

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**C.C.F.** *Respondent*INDEXED AS: **R. v. F. (C.C.)**

File No.: 25198.

Hearing and judgment: October 16, 1997.

Reasons delivered: December 18, 1997.

Present: Sopinka,\* Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Videotape evidence — Children — Videotape made of child-complainant's testimony shortly after alleged crime and admitted into evidence on adoption by child — Requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1 of the Criminal Code — Whether voir dire necessary — Effect of inconsistencies between child's viva voce evidence and videotaped statement — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.*

The respondent was convicted of touching his six-year-old daughter for a sexual purpose. The police investigated the complaint the evening it was made and videotaped the complainant's statement describing the incident. At trial, the complainant was shown the videotape following her examination-in-chief. She identified herself in the videotape, confirmed that she made the statements on the videotape and that they were true. The trial judge ruled that the complainant had adopted the videotaped statement and admitted it as evidence pursuant to s. 715.1 of the *Criminal Code*. On cross-examination the complainant made statements which contradicted in part the videotaped statements. The Ontario Court of Appeal overturned the conviction and directed a new trial at the discretion of the Crown. At issue here were the requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1 and the effect of an inconsistency between the child's *viva voce* evidence and her videotaped statement. Also at issue was whether

\* Sopinka J. joined in the judgment of October 16, 1997 but took no part in these reasons for judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**C.C.F.** *Intimé*RÉPERTORIÉ: **R. c. F. (C.C.)**

N° du greffe: 25198.

Audition et jugement: 16 octobre 1997.

Motifs déposés: 18 décembre 1997.

Présents: Les juges Sopinka\*, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Enregistrement magnétoscopique — Enfants — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de l'enfant plaignant réalisé peu de temps après le crime reproché et admis en preuve après sa confirmation par celle-ci — Conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1 du Code criminel — Un voir-dire était-il nécessaire? — Effet des incohérences entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.*

L'intimé a été déclaré coupable d'avoir commis des attouchements à des fins d'ordre sexuel sur sa fille âgée de six ans. La police a enquêté sur la plainte le soir même où elle a été déposée et a enregistré sur bande magnétoscopique la déclaration de la plaignante décrivant l'incident. Au procès, après l'interrogatoire principal de la plaignante, on lui a montré l'enregistrement magnétoscopique de sa déclaration. La plaignante a dit que c'était bien elle qu'on voyait sur la bande, et elle a confirmé qu'elle avait fait les déclarations contenues dans l'enregistrement et que celles-ci étaient vraies. Le juge du procès a statué que la plaignante avait confirmé la déclaration enregistrée et a admis cette déclaration en preuve conformément à l'art. 715.1 du *Code criminel*. Au cours du contre-interrogatoire, la plaignante a fait des déclarations contredisant en partie les déclarations enregistrées sur la bande magnétoscopique. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès, à la dis-

\* Le juge Sopinka a pris part au jugement du 16 octobre 1997, mais n'a pas pris part aux présents motifs de jugement.

a *voir dire* should have been held with respect to the admissibility of the complainant's videotaped statement.

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 715.1 of the *Code* is a statutory exception to the hearsay rule which permits an out-of-court statement to be admitted at the trials of certain enumerated offences if the complainant is under 18 and if the video was made within a reasonable time following the alleged offence. The complainant must also describe the acts complained of and, while testifying, adopt the contents of the videotape. The section's primary goal is to create a record of what is probably the best recollection of the event. It is also to prevent or reduce materially the likelihood of inflicting further injury upon a child as a result of participating in court proceedings.

The word "adopts" in s. 715.1 should be given a meaning consistent with the section's aim and purpose and the word "confirme" in the French text must be given the same meaning. The strict adoption test for prior inconsistent statements, which was necessary to ensure a reasonable degree of reliability, should not be used because s. 715.1 has built-in guarantees of trustworthiness and reliability.

A witness who cannot remember the events cannot be effectively cross-examined on the contents of his or her statement. Several factors present in s. 715.1 provide the requisite reliability of the videotaped statement: (a) the requirement that the statement be made within a reasonable time; (b) the fact that the trier of fact can watch the entire interview, which provides an opportunity to observe the demeanor and to assess the personality and intelligence of the child; (c) the requirement that the child attest that he or she was attempting to be truthful at the time that the statement was made. As well, the child can be cross-examined at trial as to whether he or she was actually being truthful when the statement was made. Moreover, where the complainant has no independent memory of the events, there is an obvious necessity for the videotaped evidence. The trier of fact,

création du ministère public. Les questions en litige étaient de savoir quelles sont les conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1, quel est l'effet d'une incohérence entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique, et si un voir-dire aurait dû être tenu quant à l'admissibilité de la déclaration de la plaignante enregistrée sur bande magnétoscopique.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'article 715.1 du *Code*, qui est une exception législative à la règle de l'inadmissibilité du oui-dire, permet qu'une déclaration extrajudiciaire soit admise en preuve dans les procès concernant les infractions qui y sont énumérées, si le plaignant a moins de 18 ans et si l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable après l'infraction reprochée. Le plaignant doit également y décrire les faits à l'origine de l'accusation et il doit confirmer dans son témoignage le contenu de l'enregistrement magnétoscopique. L'article a pour objet primordial de consigner ce qui est probablement le meilleur souvenir de l'événement. Il vise également à prévenir ou à réduire considérablement le risque de préjudice supplémentaire à l'enfant par suite de sa participation aux procédures judiciaires.

Il faut donner au mot anglais «adopts» utilisé à l'art. 715.1 un sens compatible avec l'objet de cet article, et le même sens doit être attribué au mot correspondant «confirme» dans le texte français. Le critère strict de confirmation appliqué aux déclarations antérieures incompatibles, qui était nécessaire pour garantir que ces déclarations possédaient un degré raisonnable de fiabilité, ne devrait pas être appliqué parce que l'art. 715.1 intègre des garanties de fidélité et de fiabilité.

Le témoin qui ne peut se souvenir des événements ne peut pas vraiment être contre-interrogé sur le contenu de sa déclaration. L'article 715.1 comporte divers éléments qui assurent la fiabilité requise de la déclaration enregistrée: a) la déclaration doit avoir été faite dans un délai raisonnable; b) le juge des faits peut regarder toute l'entrevue et ainsi observer le comportement de l'enfant et apprécier sa personnalité et son intelligence; c) l'enfant doit attester qu'il essayait de dire la vérité au moment où la déclaration a été faite. En outre, on peut contre-interroger l'enfant au procès et lui demander s'il disait vraiment la vérité au moment où la déclaration a été faite. Qui plus est, lorsque le plaignant n'a aucun souvenir indépendant des événements, la nécessité de l'enregistrement magnétoscopique est évidente. Cependant, il faut donner au juge des faits une mise en garde spéciale

however, should be given a special warning of the dangers of convicting based on the videotape alone.

Once the trial judge rules that the statement has been adopted, the video becomes evidence of the events described as if the child were giving the statements on the videotape in open court. An adopted videotaped statement should, together with the *viva voce* evidence given at trial, comprise the whole of the evidence-in-chief of the complainant. Any questions which arise concerning the circumstances in which the video was made, the veracity of the witnesses' statements, or the overall reliability of the evidence, are matters for the trier of fact to consider in determining how much weight the videotaped statement should be given. Parts of the video contradicted during cross-examination are not rendered inadmissible but may well be given less weight in the final determination of the issues. The fact that the video is contradicted in cross-examination does not necessarily mean that the video is wrong or unreliable.

The standard for assessing credibility which would be applied to an adult's evidence is not always appropriate in assessing a young child's credibility. The peculiar perspectives of children can affect their recollection of events and the presence of inconsistencies, especially those related to peripheral matters, should be assessed in context. A skilful cross-examination is almost certain to confuse a child, even if he or she is telling the truth, and that confusion can lead to inconsistencies in the child's testimony.

A *voir dire* must be held in order to review the contents of the tape to ensure that the statements within it conform to the rules of evidence. At this stage, the trial judge may exercise his or her discretion to exclude the videotaped statement if prejudice from its admission would outweigh its probative value. The discretionary power to exclude evidence should not be used to determine issues of weight. Where there is conflicting evidence and opinion as to how useful the videotaped statement may be in providing an honest and complete account of the complainant's story, the statement should

contre les risques que comporterait le fait de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi seulement de l'enregistrement magnétoscopique.

Une fois que le juge du procès a statué que la déclaration a été confirmée, l'enregistrement devient un témoignage sur les événements qui y sont décrits, comme si l'enfant faisait les déclarations contenues dans l'enregistrement en salle d'audience. L'enregistrement ainsi confirmé devrait, avec le témoignage rendu de vive voix rendu au procès, constituer l'ensemble du témoignage en interrogatoire principal présenté par le plaignant. Toute question qui se soulève au sujet des circonstances dans lesquelles l'enregistrement a été fait, de la véracité des déclarations du témoin ou de la fiabilité globale de la preuve sera prise en considération par le juge des faits dans l'appréciation du poids qui doit être accordé à la déclaration enregistrée. Le fait que des parties de l'enregistrement soient contredites durant le contre-interrogatoire ne les rend pas inadmissibles en preuve, mais il se peut fort bien que, au moment de la décision finale sur les questions en litige, on accorde moins de poids à un enregistrement qui a été contredit. Le fait que l'enregistrement a été contredit au cours du contre-interrogatoire ne signifie pas que le contenu de l'enregistrement est faux ou qu'il n'est pas fiable.

La norme applicable pour apprécier la crédibilité du témoignage d'un adulte ne convient pas toujours pour apprécier la crédibilité d'un jeune enfant. Les enfants ont une perspective des choses qui peut influencer sur leur souvenir des événements, et la présence d'incohérences, spécialement sur des questions secondaires, devrait être évaluée en contexte. Un contre-interrogatoire habile permet presque à coup sûr d'embrouiller un enfant, même s'il dit la vérité, et cette confusion peut engendrer des incohérences dans son témoignage.

Un *voir-dire* doit être tenu pour examiner le contenu de l'enregistrement afin de s'assurer que les déclarations qu'il contient respectent les règles de la preuve. À cette étape, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour écarter l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration si le préjudice que pourrait causer son admission en preuve l'emporte sur sa valeur probante. Le pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve ne devrait pas être exercé pour trancher des questions concernant la valeur probante. Lorsqu'il existe des éléments de preuve contradictoires et que les avis sont partagés sur l'utilité de l'enregistrement magnétoscopique pour obtenir un récit honnête et complet de la version du plaignant, la déclaration devrait être admise en preuve, sauf si le juge du procès est convaincu

be admitted unless the trial judge is satisfied that it could interfere with the truth-finding process.

Although it is preferable for the police to refrain, to the extent that it is reasonably possible, from interviewing the complainant before the videotaped statement is recorded, the ultimate reliability of the videotaped statement is not a question which should be resolved at the *voir dire*. The fact that a pre-video interview was conducted, and any effect it may have had on the subsequently videotaped statement, should go to the weight to be accorded the evidence and not to its admissibility. The police officers conducting the videotaped interview should pose simple, open-ended questions to the child. In some situations, however, it will be necessary and appropriate to ask leading questions.

No substantial wrong resulted from the failure to hold a *voir dire*. Since the complainant adopted the videotape's contents and absent evidence that the trial judge would or should have exercised the residual discretion to exclude the evidence because of unfairly prejudicial effects its admission would have on the respondent, the videotaped statement was properly admitted.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **not followed:** *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; **considered:** *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; **referred to:** *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Smith* (1985), 66 A.R. 195; *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *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; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Buric*, [1997] 1 S.C.R. 535.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1 [ad. R.S.C., c. 19 (3rd Suppl.), s. 16].

qu'elle pourrait nuire au processus de recherche de la vérité.

Même s'il est préférable que les policiers s'abstiennent, dans la mesure où cela est raisonnablement possible, d'interroger le plaignant avant d'enregistrer sa déclaration, en définitive, la fiabilité de l'enregistrement magnétoscopique n'est pas une question qui doit être tranchée à l'occasion d'un *voir-dire*. Le fait qu'une entrevue ait été réalisée avant l'enregistrement magnétoscopique et l'effet qu'a pu avoir cette entrevue sur la déclaration enregistrée par la suite concernent le poids qui doit être accordé à la preuve, non son admissibilité. Les policiers menant l'interrogatoire enregistré devraient poser à l'enfant des questions simples à réponses libres. Dans certaines situations, cependant, il sera nécessaire et approprié de poser des questions suggestives.

L'omission de tenir un *voir-dire* n'a causé aucun tort important. Étant donné que la plaignante a confirmé le contenu de l'enregistrement magnétoscopique et qu'il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer que le juge du procès aurait pu ou aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et écarter l'élément de preuve en cause en raison d'effets injustement préjudiciables qu'aurait son admission pour l'intimé, l'enregistrement magnétoscopique a à bon droit été admis en preuve.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **arrêt non suivi:** *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; **arrêt examiné:** *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; **arrêts mentionnés:** *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Smith* (1985), 66 A.R. 195; *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *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; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Buric*, [1997] 1 R.C.S. 535.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1 [aj. L.R.C., ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 16].

**Authors Cited**

- Bala, Nicholas and Hilary McCormack. "Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.) and Levogiannis*" (1994), 25 C.R. (4th) 341. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "adopt".
- Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., vol. I, 1986, November 4, 1986 (Hon. Bob Kaplan), p. 1040.
- Flin, Rhona and J. R. Spencer. "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189.
- Lathi, Diana B. "Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases" (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507.
- McGrath, Mike and Carolyn Clemens. "The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases" (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229.
- Perry, Nancy Walker and Bradley D. McAuliff, "The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications" (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 88 O.A.C. 397, [1996] O.J. No. 379 (QL), setting aside a conviction by Lane J. Appeal allowed.

*Christine Bartlett-Hughes*, for the appellant.

*Christopher Hicks*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — Section 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides that if a videotape is made within a reasonable time after the offence it will be admissible in evidence if the young complainant adopts it when testifying. The appellate courts of Alberta and Ontario have given different meaning to the word "adopted". What constitutes the adoption of a videotape statement is the first and paramount issue that must be resolved in this appeal. The second is a consideration of what effect, if any, subsequent contradictory evidence of

**Doctrine citée**

- Bala, Nicholas and Hilary McCormack. «Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.) and Levogiannis*» (1994), 25 C.R. (4th) 341. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «adopt».
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., vol. I, 1986, 4 novembre 1986 (l'hon. Bob Kaplan), p. 1040.
- Flin, Rhona and J. R. Spencer. «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189.
- Lathi, Diana B. «Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases» (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507.
- McGrath, Mike and Carolyn Clemens. «The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases» (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229.
- Perry, Nancy Walker and Bradley D. McAuliff, «The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications» (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 88 O.A.C. 397, [1996] O.J. No. 379 (QL), qui a infirmé la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Lane. Pourvoi accueilli.

*Christine Bartlett-Hughes*, pour l'appelante.

*Christopher Hicks*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, indique qu'un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction est admissible en preuve si le jeune plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement. Les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario ont donné un sens différent au mot «*adopted*» («*confirme*»). La première question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi est la question primordiale de savoir ce qui constitue la confirmation d'une déclaration faite dans un enregistrement magnétoscopique. La seconde question concerne l'effet d'une déposition ultérieure contradictoire du

the complainant will have upon the admissibility of the videotape statement.

#### Factual Background

2 The respondent was convicted of touching his daughter for a sexual purpose. At the time of the offence the little girl was just six years old. At that time, the complainant was living with her mother and younger brother. The respondent had separated from the complainant's mother some years earlier.

3 On the evening of the incident, the respondent visited the complainant's mother in an attempt to reconcile with her but his offers were rejected. Eventually the respondent, as he had done on other occasions, went to sleep in the complainant's bed. The next morning the complainant told her mother that the respondent had touched her "privates" while he was in bed with her. That evening, police spoke to the complainant and her mother and took them to the police station. The police conducted an initial interview with the complainant and then videotaped her statement.

4 In that videotape, S.D. (the complainant) told the police officer that on the previous night, she had been asleep in bed with her mother when the respondent, banging on the door, woke them up. She stated that her mother left the room and the respondent went to sleep with her in her bed. S.D. said that the respondent touched her "around there, inside" and gestured to her genital area. She also stated that, although neither of them said anything, she knew her father was awake because she saw him. She stated that the respondent had been wearing his underwear. When asked how they had been lying, S.D. said she was on her side and her father was on his back. She also agreed with the officer's suggestion that, after touching her, the respondent had put his hand on his own privates.

5 At trial, the complainant was shown the videotaped statement following her examination-in-

plaignant sur l'admissibilité en preuve de l'enregistrement.

#### Les faits

L'intimé a été déclaré coupable d'avoir commis des attouchements sur sa fille à des fins d'ordre sexuel. Au moment de l'infraction, la petite fille n'avait que six ans. À cette époque, la plaignante vivait avec sa mère et son jeune frère. L'intimé vivait séparé de la mère de la plaignante depuis quelques années.

Le soir de l'incident, l'intimé s'est rendu chez la mère de la plaignante dans le but de se réconcilier avec elle, mais ses offres ont été rejetées. Plus tard, comme il l'avait fait à d'autres occasions, l'intimé est allé se coucher dans le lit de la plaignante. Le lendemain matin, celle-ci a dit à sa mère que l'intimé l'avait touchée aux «parties» pendant qu'il était au lit avec elle. Le même soir, les policiers ont parlé avec la plaignante et sa mère et ils les ont emmenées au poste de police. Les policiers ont fait une première entrevue avec la plaignante et ont ensuite enregistré sa déclaration sur bande magnéto-

scopique. Dans cette déclaration enregistrée, S.D. (la plaignante) a dit à l'agent de police que, le soir précédent, elle était au lit avec sa mère et dormait quand l'intimé, frappant à grands coups dans la porte, les a réveillées. Elle a affirmé que sa mère a quitté la chambre et que l'intimé s'est couché avec elle dans son lit. S.D. a dit que l'intimé l'avait touchée [TRADUCTION] «par là, à l'intérieur», et elle a fait un geste indiquant ses organes génitaux. Elle a aussi dit que, même si aucun d'eux ne disait quoi que ce soit, elle savait que son père était éveillé parce qu'elle l'avait vu éveillé. Elle a affirmé que l'intimé était en sous-vêtements. Lorsqu'on lui a demandé de quelle façon ils étaient étendus dans le lit, S.D. a dit qu'elle était couchée sur le côté et que son père était sur le dos. Elle a également souscrit à la suggestion du policier que, après l'avoir touchée, l'intimé avait touché ses propres organes génitaux.

Au procès, après l'interrogatoire principal de la plaignante, on lui a montré l'enregistrement

chief. The complainant identified herself in the videotape, confirmed that she made the statements on the videotape and that they were true. The trial judge ruled that the complainant had adopted the videotaped statement and admitted it as evidence pursuant to s. 715.1 of the *Code*. On cross-examination the complainant made statements which contradicted in part the videotaped statements. For instance, she testified that the respondent was wearing pants and a shirt in bed and that she could not tell whether the respondent was awake or asleep when he touched her.

The respondent was convicted by Lane J. of the Ontario Court (Provincial Division) and sentenced to 15 months in custody. The Ontario Court of Appeal (1996), 88 O.A.C. 397, overturned that decision and directed a new trial at the discretion of the Crown. The Crown was granted leave to appeal to this Court, [1996] 3 S.C.R. xii.

On this appeal, upon the conclusion of oral argument, the judgment of the Court of Appeal was set aside, and the decision of Lane J. convicting the respondent, C.C.F. was restored with reasons to follow.

#### Relevant Statutory Provision

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1

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

magnétoscopique de sa déclaration. La plaignante a dit que c'était bien elle qu'on voyait sur la bande, et elle a confirmé qu'elle avait fait les déclarations contenues dans l'enregistrement et que celles-ci étaient vraies. Le juge du procès a statué que la plaignante avait confirmé la déclaration enregistrée et a admis cette déclaration en preuve conformément à l'art. 715.1 du *Code*. Au cours du contre-interrogatoire, la plaignante a fait des déclarations contredisant en partie celles enregistrées sur la bande magnétoscopique. Par exemple, elle a témoigné que l'intimé portait un pantalon et une chemise au lit et qu'elle ne pouvait pas dire si celui-ci était éveillé ou endormi lorsqu'il l'a touchée.

Le juge Lane, de la Cour de l'Ontario (Division provinciale) a déclaré l'intimé coupable et l'a condamné à 15 mois de prison. La Cour d'appel de l'Ontario (1996), 88 O.A.C. 397, a infirmé cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès, à la discrétion du ministère public. Le ministère public a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1996] 3 R.C.S. xii.

Dans le présent pourvoi, au terme de l'argumentation orale, l'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé et la décision du juge Lane déclarant l'intimé C.C.F. coupable a été rétablie. La Cour a annoncé que ses motifs suivraient.

#### La disposition législative pertinente

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1

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

6

7

8

Judgments Below*Ontario Court (Provincial Division)*

9 Lane J. noted that the requirements of s. 715.1 had been met and that the videotaped statement was properly admitted. Next, she considered the appropriate weight to be given to the videotape. She carefully noted that the motive of the child to falsify and the nature of questions posed during the videotaped interview must be considered. Nonetheless she placed considerable weight on the videotape. With respect to the essential elements of the offence recounted in it, she was satisfied that the complainant told her story in a spontaneous manner in response to “open-ended” questions. The only question that appeared to be leading was whether the respondent had touched his own genitals after touching the complainant. Lane J. refused to make a finding of fact in that regard. However, she found that the essential facts of what occurred had been set out in the videotape and apart from certain inconsistencies of “peripheral detail”, those facts were consistent with the complainant’s testimony at trial.

10 With respect to the testimony S.D. gave under cross-examination, that the respondent could have been asleep when he touched her, Lane J. observed that S.D. was very tired and yawning when she gave this evidence, which was at the end of a very long and skilful cross-examination. Nevertheless, when asked if the respondent could have touched her by accident, the complainant was adamant that he had not. Lane J. also accepted the complainant’s statement on the video with respect to the clothes the respondent was wearing. The trial judge stated that she did not have concerns about the inconsistencies which related to peripheral detail and concluded that the videotape should be given considerable weight.

11 Lane J. remarked that S.D.’s *viva voce* testimony at trial strongly reinforced the essence of the

Les décisions des juridictions inférieures*Cour de l’Ontario (Division provinciale)*

Le juge Lane a souligné que les exigences de l’art. 715.1 avaient été respectées et que l’enregistrement magnétoscopique de la déclaration était régulièrement admis en preuve. Ensuite, elle a apprécié le poids qui devait être accordé à cet enregistrement. Elle a soigneusement indiqué qu’il fallait prendre en considération les motifs que pouvait avoir l’enfant de mentir ainsi que la nature des questions posées au cours de l’entrevue enregistrée. Elle a néanmoins accordé un poids considérable à l’enregistrement. Quant aux éléments essentiels de l’infraction qui y est relatée, elle était convaincue que la plaignante avait raconté l’incident d’une manière spontanée en réponse à des questions à réponses libres. La seule question qui paraissait suggestive était celle de savoir si l’intimé avait touché ses propres organes génitaux après avoir touché la plaignante. Le juge Lane a refusé de tirer une conclusion de fait à cet égard. Toutefois, elle a conclu que les faits essentiels de ce qui s’était passé avaient été énoncés dans l’enregistrement magnétoscopique et que, à part certaines incohérences sur des [TRADUCTION] «détails secondaires», ces faits concordaient avec le témoignage de la plaignante au procès.

En ce qui a trait à la déclaration de S.D. en contre-interrogatoire selon laquelle l’intimé aurait pu être endormi lorsqu’il l’a touchée, le juge Lane a fait observer que S.D. était très fatiguée et bâillait lorsqu’elle a fait cette déclaration, à la fin d’un contre-interrogatoire très long et très habile. Néanmoins, lorsqu’on lui a demandé s’il était possible que l’intimé ait pu la toucher par accident, la plaignante a répondu catégoriquement que non. Le juge Lane a aussi retenu la déclaration faite par la plaignante, sur la bande magnétoscopique, relativement aux vêtements que portait l’intimé. Le juge du procès a affirmé qu’elle n’était pas inquiète à propos des incohérences, qui portaient sur des détails secondaires, et elle a conclu qu’il fallait accorder un poids considérable à l’enregistrement.

Le juge Lane a souligné que le témoignage rendu de vive voix au procès par S.D. renforçait

offence as it had been described initially on the videotape and that she was satisfied beyond a reasonable doubt as to the essence of the complaint. She found that the testimony of S.D. was completely consistent in the essential details of the incident and that consistency remained notwithstanding a very skilled and lengthy cross-examination.

She found the respondent guilty and sentenced him to 15 months in custody.

*Ontario Court of Appeal*

In a brief endorsement, the Court of Appeal found that the trial judge's failure to conduct a *voir dire* did not have any effect upon the trial or its resolution. The court rejected the suggestion that s. 715.1 must be read as requiring that the police should not interview the witness before videotaping. Although the nature of the interview may be examined on a *voir dire* to ensure fairness to the accused, it would be unreasonable to interpret s. 715.1 as requiring that the witness had never been questioned before the statement was videotaped.

Respecting the videotaped evidence, the court found that the differences between what the complainant said on the tape and what she testified to at trial were material. The court held that the videotaped evidence that was later disavowed could not be considered as having been adopted under s. 715.1. Although the trial judge could have made a finding of guilt based on the sworn testimony, despite the inconsistencies with the videotape, she erred in finding the respondent guilty on the basis of the videotape, including those portions of the tape that were contradicted at trial. The contradicted evidence became inadmissible under s. 715.1 when it was disavowed in cross-examination and, therefore, could not form the basis for the reasons leading to conviction.

grandement l'essence de l'infraction décrite initialement dans l'enregistrement magnétoscopique et qu'elle était convaincue hors de tout doute raisonnable quant à l'essence de la plainte. Elle a conclu que le témoignage de S.D. était tout à fait cohérent sur les détails essentiels de l'incident, et que cette cohérence n'avait pas été altérée en dépit d'un contre-interrogatoire très long et très habile.

Elle a déclaré l'intimé coupable et l'a condamné à 15 mois de prison.

*Cour d'appel de l'Ontario*

Dans un bref jugement manuscrit, la Cour d'appel a conclu que l'omission du juge du procès de tenir un *voir-dire* n'avait eu aucun effet sur le procès ou son issue. La cour a rejeté l'argument que l'art. 715.1 a pour effet d'exiger que les policiers n'interrogent pas le témoin avant d'enregistrer sa déclaration sur bande magnétoscopique. Bien que la nature de l'interrogatoire puisse être examinée à l'occasion d'un *voir-dire*, par mesure d'équité envers l'accusé, il serait déraisonnable de considérer que l'art. 715.1 exige que le témoin n'ait jamais été interrogé avant l'enregistrement magnétoscopique de sa déclaration.

Pour ce qui est du témoignage enregistré sur la bande magnétoscopique, la cour a conclu que les différences entre ce que la plaignante avait dit lors de l'enregistrement et sa déposition au procès étaient importantes. La cour a statué que le témoignage enregistré sur bande magnétoscopique, qui a ultérieurement été désavoué, ne pouvait pas être considéré comme ayant été confirmé en sens de l'art. 715.1. Bien que le juge du procès eût pu conclure à la culpabilité en se fondant sur le témoignage sous serment, en dépit des incohérences avec l'enregistrement magnétoscopique, elle avait commis une erreur en concluant à la culpabilité de l'intimé sur la foi de l'enregistrement, y compris les parties de cet enregistrement qui avaient été contredites au procès. Le témoignage contredit a cessé d'être admissible au sens de l'art. 715.1 lorsqu'il a été désavoué en contre-interrogatoire et, par conséquent, il ne pouvait servir de fondement aux motifs aboutissant à la déclaration de culpabilité.

12

13

14

15 The conviction was set aside and a new trial was directed, at the discretion of the Crown.

La déclaration de culpabilité a été annulée et un nouveau procès a été ordonné, à la discrétion du ministère public.

#### Issues

#### Les questions en litige

- 16
- (1) What are the requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1?
  - (2) What effect does an inconsistency between the child's *viva voce* evidence and his or her videotaped statement have?
  - (3) Should a *voir dire* have been held with respect to the admissibility of the complainant's videotaped statement?

- (1) Quelles sont les conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1?
- (2) Quel est l'effet d'une incohérence entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique?
- (3) Un *voir-dire* aurait-il dû être tenu quant à l'admissibilité de la déclaration de la plaignante enregistrée sur bande magnétoscopique?

#### Analysis

#### L'analyse

#### *The Admissibility of a Videotaped Statement Under s. 715.1*

#### *L'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1*

17 Section 715.1 is a statutory exception to the rule that hearsay is inadmissible. It permits an out-of-court statement to be admitted for the truth of its contents, provided that certain conditions are met. Specifically, the complainant must be under 18 years of age, the offence must be one of an enumerated list of offences (predominantly sexual offences), the video must have been made within a reasonable time following the alleged offence, the complainant must describe the acts complained of and, while testifying, adopt the contents of the videotape.

L'article 715.1 est une exception législative à la règle de l'inadmissibilité du oui-dire. Il permet, à certaines conditions, qu'une déclaration extrajudiciaire soit admise en preuve pour établir la véracité de son contenu. Plus précisément, le plaignant doit avoir moins de 18 ans; l'infraction doit faire partie de celles qui y sont énumérées (surtout des infractions à caractère sexuel); l'enregistrement magnétoscopique doit avoir été réalisé dans un délai raisonnable après l'infraction reprochée; le plaignant doit y décrire les faits à l'origine de l'accusation; le plaignant doit confirmer dans son témoignage le contenu de l'enregistrement magnétoscopique.

#### (i) The Purpose of s. 715.1

#### (i) L'objet de l'art. 715.1

18 The interpretation of legislation will always be facilitated by a consideration of its aim or goal. In the case of *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, the constitutional validity of s. 715.1 was considered. The section was unanimously held to be constitutionally valid. Chief Justice Lamer, writing for six members of the Court, made this comment upon the aim and purpose of the section at p. 429:

L'interprétation d'une loi est toujours facilitée par la prise en considération de son objet. Dans l'arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, notre Cour a examiné la validité constitutionnelle de l'art. 715.1 et a statué à l'unanimité que cet article est valide. S'exprimant au nom de six juges de la Cour, le juge en chef Lamer a fait le commentaire suivant quant à l'objet de cet article, à la p. 429:

By allowing for the videotaping of evidence under certain express conditions, s. 715.1 not only makes partici-

En permettant l'enregistrement magnétoscopique de témoignages dans certaines conditions précises, non

pation in the criminal justice system less stressful and traumatic for child and adolescent complainants, but also aids in the preservation of evidence and the discovery of truth.

It will be self-evident to every observant parent and to all who have worked closely with young people that children, even more than adults, will have a better recollection of events shortly after they occurred than they will some weeks, months or years later. The younger the child, the more pronounced will this be. Indeed to state this simply expresses the observations of most Canadians. It is a common experience that anyone, and particularly children, will have a better recollection of events closer to their occurrence than he or she will later on. (See, e.g., Rhona Flin and J. R. Spencer, "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189, at p. 190.) It follows that the videotape which is made within a reasonable time after the alleged offence and which describes the act will almost inevitably reflect a more accurate recollection of events than will testimony given later at trial. Thus the section enhances the ability of a court to find the truth by preserving a very recent recollection of the event in question.

There is another aspect of the section that cannot be ignored. Any kind of assault on a child may be traumatic. Assaults of a sexual nature are still more likely to have a serious deleterious effect. This traumatic effect will be greater still when the perpetrator is a parent, guardian or person in authority. Recalling the events will be extremely difficult for every child and the more sensitive the young person, the greater will be the difficulty experienced. It follows that anything that can be done to ease the traumatic effect upon a child should be encouraged. Thus a record of events made in more informal and less forbidding surroundings than a

seulement l'art. 715.1 rend la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, mais encore il favorise la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.

Il est évident aux yeux de tout parent observateur et de toute personne qui travaille auprès des jeunes que les enfants, encore plus que les adultes, ont un meilleur souvenir d'un événement peu de temps après qu'il se soit produit que ce n'est le cas lorsqu'il s'est écoulé des semaines, des mois voire des années. D'ailleurs, plus l'enfant est jeune, plus cette différence sera marquée. De fait, cette observation ne fait qu'exprimer ce que la plupart des Canadiens sont à même de constater. Il est notoire que les gens, et plus particulièrement les enfants, ont un meilleur souvenir d'un événement peu de temps après celui-ci qu'à mesure que le temps passe. (Voir, par exemple, Rhona Flin et J. R. Spencer, «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189, à la p. 190.) Il s'ensuit qu'un enregistrement magnétoscopique décrivant l'acte, réalisé dans un délai raisonnable après l'infraction reprochée et décrivant les faits à l'origine de l'accusation, reflétera presque inévitablement un souvenir plus précis des événements que ne le fera le témoignage ultérieur au procès. Par conséquent, cet article accroît la capacité du tribunal de découvrir la vérité en préservant un souvenir très frais de l'événement en question.

Il y a un autre aspect de cet article qui ne saurait être passé sous silence. Toute forme de voies de fait commise contre un enfant est susceptible de le traumatiser. Les voies de fait d'ordre sexuel risquent encore plus d'avoir des effets nocifs. Le traumatisme sera encore plus grand lorsque l'auteur de l'infraction est le père, la mère, un tuteur ou une autre personne en situation d'autorité. Le souvenir des événements sera extrêmement pénible pour tout enfant et, plus la jeune personne est sensible, plus grandes seront les difficultés qu'elle éprouvera. Il s'ensuit qu'il faut encourager toute mesure qui peut être prise pour atténuer l'effet traumatisant pour l'enfant. Par conséquent, le fait de recueillir une description des événements dans un environnement plus informel et moins sévère qu'une salle d'audience permettra de réduire le ris-

19

20

courtroom will serve to reduce the likelihood of inflicting further injury upon the child witness.

21 It can thus be seen that the primary goal of the section is to create a record of what is probably the best recollection of the event that will be of inestimable assistance in ascertaining the truth. The video record may indeed be the only means of presenting a child's evidence. For example, a child assaulted at the age of three or four years may have very little real recollection of the events a year or two later when the child is attempting to testify at trial. Justice L'Heureux-Dubé in her minority reasons in *L. (D.O.)*, *supra*, noted the fundamental importance of having the videotape before the court. At p. 450 she stated:

Section 715.1 ensures that the child's story will be brought before the court regardless of whether the young victim is able to accomplish this unenviable task.

22 The important subsidiary aim of the section is to prevent or reduce materially the likelihood of inflicting further injury upon a child as a result of participating in court proceedings. This will be accomplished by reducing the number of interviews that the child must undergo and thereby diminish the stress occasioned a child by repeated questioning on a painful incident. Further, the videotaping will take place in surroundings that are less overwhelming for a child than the courtroom.

23 Numerous Canadian academic writers have noted and stressed the goals of s. 715.1. For instance, Professor Bala stated, in Nicholas Bala and Hilary McCormack, "Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.)* and *Levogiannis*" (1994), 25 C.R. (4th) 341, at p. 343:

One of the main purposes of this provision is to ensure that the courts have access to the best description possible of the events, as a child is more likely to have an

que de préjudice supplémentaire pour l'enfant témoin.

On peut donc constater que le but premier de l'article est de permettre de recueillir un compte rendu qui est probablement le meilleur souvenir de l'événement et qui sera d'une aide inestimable dans la recherche de la vérité. De fait, il est possible que ce compte rendu vidéo soit le seul moyen de présenter le témoignage de l'enfant. Par exemple, un enfant qui aurait été agressé à l'âge de trois ou quatre ans peut très bien n'avoir conservé que très peu de souvenirs concrets des événements un an ou deux plus tard, lorsqu'il tente de témoigner au procès. Dans les motifs minoritaires qu'elle a exposés dans *L. (D.O.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, a souligné l'importance fondamentale que l'enregistrement magnétoscopique soit déposé devant la cour. À la page 450, elle a déclaré ceci:

L'article 715.1 fait en sorte que le récit de l'enfant soit porté à la connaissance de la cour, indépendamment de la capacité de la jeune victime à accomplir cette pénible tâche.

L'article a aussi un objectif subsidiaire important, soit celui de prévenir ou de réduire considérablement le risque de préjudice supplémentaire à l'enfant par suite de sa participation aux procédures judiciaires. Cet objectif sera atteint en réduisant le nombre d'interrogatoires auxquels l'enfant doit se soumettre et, par conséquent, en diminuant le stress qui lui est infligé par des interrogatoires successifs sur un incident douloureux. Qui plus est, l'enregistrement magnétoscopique se fera dans un environnement moins intimidant pour l'enfant qu'une salle d'audience.

De nombreux universitaires canadiens ont souligné l'importance des objectifs visés par l'art. 715.1. Par exemple, dans Nicholas Bala et Hilary McCormack, «Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.)* and *Levogiannis*» (1994), 25 C.R. (4th) 341, à la p. 343, le professeur Bala a affirmé ceci:

[TRADUCTION] L'un des objectifs principaux de cette disposition est de faire en sorte que les tribunaux disposent de la description la plus fidèle possible des événe-

accurate and complete memory of the events when the videotape is made, than several months later at the time of trial. Children are also more likely to fully remember and relate often painful memories in a relatively relaxed interview than in the strange, stressful, and formal court environment.

This was the same approach which had been taken before s. 715.1 came into force. During the second reading of Bill C-15, An Act to Amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, the Hon. Bob Kaplan indicated that one of the purposes of s. 715.1 would be to capture the child's story at a time when it is fresh in her mind. He stated at p. 1040:

... videotaping a complainant at a time closer to the incident will reflect more accurately the vocabulary and life experience of a child. The evidence a child gives in court will be much different four or five years later because of the evolution of the child, because of his or her greater understanding of the sexual behaviour of adults and because of his or her own sexuality. That in itself is an argument for admitting a videotape. . . .

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., vol. I, 1986, November 4, 1986.)

With a view to achieving the same goals as those sought by the Canadian legislators many jurisdictions in the United States have enacted statutes making videotaped interviews with children admissible in criminal proceedings. It is usually a precondition for admissibility that the child be available for cross-examination at trial. This is often effected by means of a live video-link. Some schemes provide for a "video deposition" when the child is unavailable to give evidence at trial. In this type of legislation, the videorecording is made outside the courtroom in the presence of counsel and the defendant. The defendant is given an opportunity to cross-examine the child at that time. The video is then admitted at trial in lieu of the testimony of the child. However, several states

ments, étant donné qu'un enfant est davantage susceptible d'avoir un souvenir plus précis et plus complet des événements au moment où l'enregistrement magnétoscopique est réalisé, qu'au procès plusieurs mois plus tard. Il y a davantage de chances que les enfants se rappellent complètement et relatent en entier des souvenirs souvent douloureux dans le cadre d'un interrogatoire mené dans une atmosphère relativement détendue plutôt que dans le contexte inhabituel, stressant et sévère du tribunal.

Il s'agit là aussi de l'approche qui avait été retenue avant l'entrée en vigueur de l'art. 715.1. Durant la deuxième lecture du projet de loi C-15, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, l'honorable Bob Kaplan a indiqué que l'art. 715.1 avait notamment pour objectif de permettre de recueillir le récit de l'enfant à un moment où les événements sont encore frais à son esprit. Il a déclaré ce qui suit, à la p. 1040:

[TRADUCTION] . . . l'enregistrement magnétoscopique du témoignage du plaignant peu après l'incident rendra compte plus fidèlement du vocabulaire et de la maturité d'un enfant. Il ne faut pas oublier que ce témoignage sera fort différent dans quatre ou cinq ans parce que cet enfant aura vieilli et qu'il comprendra mieux, et le comportement sexuel adulte et sa propre sexualité. Cet argument a suffisamment de poids, en soi, pour justifier l'admissibilité des bandes magnétoscopiques . . .

(*Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., vol. I, 1986, 4 novembre 1986.)

Dans la poursuite des mêmes objectifs que ceux visés par les législateurs canadiens, de nombreux États américains ont édicté des lois rendant admissibles dans les procédures pénales l'enregistrement magnétoscopique d'entrevues réalisées avec des enfants. Habituellement, l'admissibilité de l'enregistrement est subordonnée à la condition que l'enfant soit disponible pour être contre-interrogé au procès. Cette disponibilité est souvent assurée par liaison vidéo. Certains régimes législatifs permettent le recours à la «déposition vidéo» lorsque l'enfant n'est pas disponible pour témoigner au procès. Dans le cadre de ces régimes, l'enregistrement magnétoscopique est réalisé à l'extérieur de la salle d'audience, en présence des avocats et du défendeur. Ce dernier a alors la possibilité de con-

24

25

permit the child to be called as a witness at trial despite the admission of the videotape.

tre-interroger l'enfant. L'enregistrement est ensuite admis en preuve au procès à la place du témoignage de l'enfant. Cependant, plusieurs États permettent que l'enfant soit assigné comme témoin au procès malgré l'admission en preuve de l'enregistrement magnétoscopique.

<sup>26</sup> Legislation of this type was first enacted in Montana in 1977 with the stated aim of reducing the trauma that young victims of sexual abuse face when thrust into the criminal justice system (Mike McGrath and Carolyn Clemens, "The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases" (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229, at p. 230). By 1994, 37 states allowed videotaped testimony by children in child abuse cases, and 30 states permitted children who were allegedly victims of abuse to testify by means of one-way or two-way closed circuit television. See Diana B. Lathi, "Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases" (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507, at p. 531 (f.n. 126).

La première mesure législative de ce type a été édictée au Montana en 1977, dans le but déclaré d'atténuer les traumatismes auxquels sont soumis les jeunes victimes d'exploitation sexuelle au cours de leur passage dans le système de justice pénale (Mike McGrath et Carolyn Clemens, «The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases» (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229, à la p. 230). En 1994, 37 États autorisaient le témoignage d'enfants par enregistrement magnétoscopique dans les cas d'exploitation sexuelle d'enfants, et 30 États permettaient aux enfants dont on alléguait qu'ils avaient été victimes d'exploitation de témoigner par l'entremise d'un système de télévision en circuit fermé unidirectionnelle ou bidirectionnelle. Voir Diana B. Lathi, «Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases» (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507, à la p. 531 (note 126).

<sup>27</sup> Many of these statutes have been challenged by defendants as violating their constitutional right to confront their accusers guaranteed by the Sixth Amendment. However, most courts have upheld these innovations because of the significant emotional distress that face-to-face confrontation can cause children which in turn affects their ability to testify and thus impairs the truth-seeking process. See Lathi, *supra*, at p. 531.

La validité d'un grand nombre de ces lois a été contestée par des défenseurs pour le motif qu'elles violaient le droit constitutionnel que leur garantit le Sixième amendement, soit celui de confronter leurs accusateurs. Toutefois, dans la plupart des cas, les tribunaux ont confirmé la validité de ces mesures nouvelles en raison de la détresse émotionnelle considérable que ces confrontations directes peuvent causer aux enfants, détresse qui à son tour affecte leur capacité de témoigner et, par conséquent, entrave le processus de recherche de la vérité. Voir Lathi, *loc. cit.*, à la p. 531.

<sup>28</sup> The reasons advanced in the U.S. Courts to support the use of videotaped statements are reflected in those advanced by Canadian courts and academic writers. First, videotaping may reduce the number of pretrial interviews required of the child. Second, videotaping the statements lessens the chance of inflicting further harm on the child by, at least, lessening the stress at trial. Third, videotap-

Les motifs avancés devant les tribunaux des États-Unis pour étayer l'utilisation de déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique se reflètent dans ceux avancés au Canada par les tribunaux et les auteurs universitaires. Premièrement, l'enregistrement magnétoscopique des déclarations peut réduire le nombre d'interrogatoires préalables auxquels l'enfant pourrait avoir à se soumettre avant le

ing may increase the accuracy of the testimony since the child may feel more comfortable and be more forthcoming in the atmosphere in which the video is recorded. Fourth, the admission of a videotape may prompt a guilty plea by the defendant and eliminate entirely the need for the child to appear as a witness in court. Finally, videotaping preserves an early account of the alleged events including the gestures and facial expressions accompanying the child's initial statement (Nancy Walker Perry and Bradley D. McAuliff, "The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications" (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387). As the authors state, at p. 420:

The standard courtroom setting is particularly likely to induce trauma among child witnesses; it also is likely to impair their communicative abilities. Under such circumstances, the truth-seeking function of the court may be vitiated if videotaped testimony is not allowed in cases involving child witnesses.

The experience in the United States emphasizes and confirms the two primary purposes of s. 715.1. First, it enhances the fundamental truth-seeking role of the courts. Second, it reduces the likelihood of inflicting further injury on a child as a result of involvement in the criminal process. With those goals in mind, what is the appropriate test for determining whether a young person has adopted the videotaped statement.

(ii) The Test for Adoption

Section 715.1 provides that a videotaped statement is admissible in evidence if the complainant "adopts the contents of the videotape" while testi-

procès. Deuxièmement, l'enregistrement des déclarations atténue le risque de préjudice supplémentaire à l'enfant, à tout le moins en diminuant le stress au procès. Troisièmement, l'enregistrement magnétoscopique des déclarations peut accroître la fidélité du témoignage, étant donné que l'enfant est susceptible de se sentir plus à l'aise et d'être plus ouvert dans le cadre dans lequel l'enregistrement est réalisé. Quatrièmement, l'admission en preuve de l'enregistrement peut avoir pour effet d'inciter le défendeur à plaider coupable et ainsi éliminer complètement le besoin de faire témoigner l'enfant en cour. Finalement, l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration permet de conserver un récit des événements allégués, qui est recueilli tôt après les faits et qui montre également les gestes et les expressions du visage de l'enfant pendant qu'il fait cette déclaration initiale (Nancy Walker Perry et Bradley D. McAuliff, «The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications» (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387). Comme l'affirment ces auteurs, à la p. 420:

[TRADUCTION] L'environnement habituel des salles d'audience est particulièrement susceptible de causer un traumatisme aux enfants témoins; cet environnement est également susceptible de diminuer leur capacité de communiquer. Dans de telles circonstances, le fait de ne pas autoriser l'utilisation de dépositions enregistrées sur bande magnétoscopique dans les affaires où des enfants sont des témoins pourrait nuire aux tribunaux dans la recherche de la vérité.

Aux États-Unis, l'expérience souligne et confirme les deux objectifs principaux de l'art. 715.1. Premièrement, cette disposition aide les tribunaux dans leur rôle fondamental de recherche de la vérité. Deuxièmement, elle réduit le risque que les enfants subissent un préjudice supplémentaire par suite de leur participation au processus pénal. En gardant ces objectifs à l'esprit, il faut se demander quel est le critère approprié pour décider si un enfant a confirmé la déclaration enregistrée.

(ii) Le critère de confirmation

Aux termes de l'art. 715.1, l'enregistrement magnétoscopique d'une déclaration est admissible en preuve si le plaignant «confirme [...] le con-

29

30

fyng. What meaning should be attributed to that phrase?

tenu de l'enregistrement» dans son témoignage. Quel sens faut-il donner à cette expression?

31 The law of evidence has developed rough guidelines for determining whether a witness has adopted a prior inconsistent statement. Originally, prior inconsistent statements were admissible solely for attacking a witness' credibility, even in circumstances where the witness adopted it as true. However, over time, the rule has been broadened. If the witness admitted the prior statement was true, it was considered to have been adopted and would be admissible for the truth of its contents (*Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531). Initially, the conditions that had to exist before a witness could "adopt" a prior inconsistent statement were not considered by the courts. Instead, judges relied upon their assessment of the witness' demeanor and reaction upon being confronted with a prior statement to determine whether the witness adopted it as true.

Il s'est établi, en droit de la preuve, des lignes directrices générales permettant de décider si un témoin a confirmé une déclaration antérieure incompatible. À l'origine, les déclarations antérieures incompatibles n'étaient admises en preuve que pour attaquer la crédibilité du témoin, même dans les cas où ce témoin en confirmait la véracité. Cependant, avec le temps, la règle a été élargie. Si le témoin admettait la véracité de la déclaration antérieure, on considérait que celle-ci avait été confirmée et elle devenait admissible pour établir la véracité de son contenu (*Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531). Initialement, les tribunaux ne se sont pas interrogés sur les conditions qui devaient exister pour qu'un témoin puisse «confirmer» une déclaration antérieure incompatible. Au lieu de cela, les juges s'en remettaient à leur appréciation du comportement du témoin et de sa réaction lorsqu'il était confronté à une déclaration antérieure pour décider si le témoin en confirmait la véracité.

32 However, in *R. v. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701 (C.A.), it was held that adoption occurs when the witness admits the truth of the statement under oath. This was the approach taken by Estey J. in *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588. He found, at p. 608, that the question to be resolved was whether the witness had "adopted it in the witness box as being the truth as she now sees it". In *R. v. Smith* (1985), 66 A.R. 195, the Alberta Court of Appeal held that a previous inconsistent statement is adopted if the witness accepts it as being true at the moment she is testifying. Lieberman J.A. stated that it was insufficient for the witness to affirm that when she gave the statement she was being candid. The Ontario Court of Appeal applied a similar approach to the adoption of prior inconsistent statements in *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357, at p. 364:

Cependant, dans *R. c. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701 (C.A.), il a été jugé qu'il y a confirmation lorsque le témoin admet sous serment la véracité de la déclaration. C'est l'approche qu'a adoptée le juge Estey dans *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588. Il a conclu, à la p. 608, que la question qu'il fallait trancher était de savoir si le témoin avait «reconn[u] [la déclaration] [. . .], lors de sa déposition, comme la vérité telle qu'[il] la voit à présent». Dans *R. c. Smith* (1985), 66 A.R. 195, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu qu'une déclaration antérieure incompatible est confirmée si le témoin en admet la véracité lorsqu'il dépose. Le juge Lieberman a affirmé qu'il ne suffisait pas que le témoin affirme qu'il était sincère lorsqu'il a fait la déclaration. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué une approche similaire quant à la confirmation de déclarations incompatibles antérieures dans *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357, à la p. 364:

The jury had to understand that before they could find that the witness had adopted the statement and that they could use what was said in the statement as proof of the

[TRADUCTION] Les jurés devaient comprendre que, avant qu'ils puissent conclure que le témoin avait confirmé la déclaration qu'elle avait faite et qu'ils puissent considé-

truth of the facts stated in it, they had to be satisfied that she acknowledged that she made the statement and that it was true, or, of course, that she made part of the statement and that that part of it was true. And so, she adopted it as part of her testimony under oath at the trial.

In the context of prior inconsistent statements the term “adoption” is used to distinguish between the situation presented by a witness who admits making a prior inconsistent statement but not its truth and that of a witness admitting not only that the prior statement was made but also that it is true. It is only in the latter case that the statement is “adopted” and admissible for the truth of its contents. The question remains whether the test for adopting a prior inconsistent statement should be applied to the videotaped statement contemplated by s. 715.1.

*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), defines “adopt” as follows:

To accept, appropriate, choose, or select. To make that one’s own (property or act) which was not so originally.

Obviously the term “adoption” is capable of several meanings. However, in the context of s. 715.1 the proper interpretation should be one which accords with its aim and purpose. At this point it must be observed that the French version of the *Code* uses in lieu of the word “adopts” the word “*confirme*” which may not have precisely the same meaning as “adopts”. Nonetheless the word “*confirme*” in s. 715.1 must be given the same meaning as that attributed to “adopts” in these reasons. It is the meaning which best reflects the purpose of the section.

The Alberta and Ontario Courts of Appeal have taken different approaches to the adoption of videotaped evidence. In *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, the Alberta Court of Appeal found that a witness “adopted” her statement within the meaning of s. 715.1 when she recalled giving the statement and testified that she was then

rer que cette déclaration faisait la preuve des faits y contenus, ils devaient être convaincus que le témoin avait reconnu avoir fait cette déclaration et qu’elle était vraie, ou, évidemment, qu’elle était l’auteur d’une partie de la déclaration et que cette partie était vraie. Et que, de ce fait, elle a confirmé cette déclaration dans le cadre de son témoignage sous serment au procès.

Dans le contexte des déclarations antérieures incompatibles, le terme «confirmation» est utilisé pour établir une distinction entre le cas du témoin qui admet avoir fait une déclaration antérieure incompatible, mais non la véracité de cette déclaration, et celui du témoin qui admet non seulement avoir fait la déclaration antérieure mais affirme aussi qu’elle est vraie. Ce n’est que dans ce dernier cas que la déclaration est «confirmée» et admissible en preuve pour établir la véracité de son contenu. Il reste à se demander si le critère de confirmation des déclarations antérieures incompatibles devrait être appliqué à l’égard des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées par l’art. 715.1.

Le *Black’s Law Dictionary* (6<sup>e</sup> éd. 1990), définit «*adopt*» de la façon suivante:

[TRADUCTION] Accepter, s’appropriier ou choisir. Faire sien ce qui ne l’était pas (un bien ou un acte).

De toute évidence, le mot «confirmation» peut avoir plusieurs sens. Toutefois, dans le contexte de l’art. 715.1, l’interprétation qui doit être donnée à ce mot est celle qui est compatible avec l’objet de l’article. À ce stade-ci, il convient de souligner que, dans le *Code*, le mot anglais «*adopts*» est rendu par le mot «*confirme*», qui n’a peut-être pas exactement le même sens. Néanmoins, il faut donner au mot «*confirme*» à l’art. 715.1 le même sens que celui attribué au mot «*adopts*» dans les présents motifs. C’est ce sens qui reflète le mieux l’objet de l’article.

Les cours d’appel de l’Alberta et de l’Ontario ont retenu des approches différentes quant à la confirmation de témoignages enregistrés sur bande magnétoscopique. Dans *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, la Cour d’appel de l’Alberta a conclu qu’un témoin avait «confirmé» («*adopteds*») sa déclaration au sens de l’art. 715.1 lorsqu’elle

33

34

35

36

attempting to be honest and truthful. It was held that the complainant need not have a present recollection of the events discussed. The decision approved the use of the videotape as evidence of the events described, even if the complainant is unable to recall the events discussed in the tape which formed the basis for the charge.

avait dit qu'elle se rappelait avoir fait cette déclaration et qu'elle s'était alors efforcée d'être honnête et de dire la vérité. La cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la plaignante ait un souvenir contemporain des événements discutés sur la bande. Cet arrêt a approuvé l'utilisation de l'enregistrement magnétoscopique comme preuve des événements décrits, même si le plaignant est incapable de se souvenir des événements qui sont discutés sur la bande et qui constituent le fondement de l'accusation.

<sup>37</sup> In *Meddoui*, it was found that s. 715.1 modified the rule concerning past recollection recorded which required that the witness have no present memory of the events described in the record before it could be admitted for the truth of its contents. This rule was developed to prevent the admission of prior consistent statements which were deemed irrelevant. Section 715.1 was found to be an exception to the rule. Further it was recognized that a very early account can be of more probative value than present testimony, particularly if the present memory is faulty or it is difficult for the witness to articulate it in court. It was held that a present assurance of past honesty would be a sufficient indication of trustworthiness to warrant the admission of the statement.

Dans *Meddoui*, la cour a conclu que l'art. 715.1 modifie la règle concernant les souvenirs transcrits, ou consignés d'une autre façon, qui exigeait que le témoin n'ait aucun souvenir contemporain des événements décrits dans le document les rapportant avant que ce document puisse être admis en preuve pour établir la véracité de son contenu. Cette règle a été établie afin d'empêcher l'admission en preuve de déclarations antérieures compatibles jugées non pertinentes. La cour a conclu que l'art. 715.1 constituait une exception à cette règle. Elle a en outre reconnu qu'un compte rendu recueilli très tôt après les événements pouvait être d'une plus grande valeur probante que le témoignage donné au procès, particulièrement lorsque la mémoire contemporaine du témoin lui fait défaut ou qu'il a de la difficulté à exprimer ses souvenirs à la cour. La cour a statué qu'une assurance contemporaine de l'honnêteté passée serait une indication suffisante de fiabilité justifiant l'admission en preuve de la déclaration.

<sup>38</sup> In *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5, the Ontario Court of Appeal rejected the *Meddoui* interpretation of "adopts" in favour of a narrower one. It was held that in order to adopt the contents of a videotaped statement, the child complainant must be able, based on a present memory of the events referred to in the videotape, to verify the accuracy and contents of the statement. The child must not only acknowledge making the statement but also the truth of its contents. This interpretation of "adopts" was based upon the more traditional

Dans l'arrêt *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté, en faveur d'une interprétation plus restrictive, l'interprétation qui avait été donnée au mot «confirme» dans *Meddoui*. La cour a conclu que, pour confirmer le contenu d'un enregistrement magnétoscopique, l'enfant plaignant doit être capable, à partir de son souvenir contemporain des événements relatés dans l'enregistrement, d'attester l'exactitude et le contenu de sa déclaration. L'enfant doit non seulement reconnaître avoir fait la déclaration, mais il doit aussi en reconnaître la véracité. Cette interprétation de «confirme» était fondée sur l'approche

approach which had been used in the context of prior inconsistent statements.

Should the *Meddoui* decision or the *Toten* decision be applied in defining s. 715.1 or should portions of each form the basis for determining if there has been “adoption” of the videotaped statement?

In light of the clear aim and purpose of s. 715.1, I cannot accept the Ontario Court of Appeal position that the same meaning of adoption should be used in the context of the videotaped statements of a child as was applied to prior inconsistent statements. Adoption is not a term with a static legal meaning which must apply in all circumstances. The strict adoption test for prior inconsistent statements was necessary to ensure a reasonable degree of reliability before allowing the statements to be admitted for the truth of their contents. However, s. 715.1 has built-in guarantees of trustworthiness and reliability which eliminate the need for such a stringent requirement for adoption. Further, a lack of present memory or an inability to provide testimony at trial regarding the events referred to in the videotape as a result of the youthfulness and the emotional state of the complainant increases the need to consider the videotaped statement.

The test set out in *Toten* would prevent a child who has little, or no memory of the events from “adopting” the video and it would therefore be inadmissible under s. 715.1. However, it is precisely in this situation that the video is most needed. Children, particularly younger ones, are prone to forget details of an event with the passage of time. A videotape made shortly after the event is more likely to be accurate than the child’s *viva voce* testimony, given months later, at trial. It is quite possible that a young child will have a recollection of going to the police station and making the statement and of her attempt to be truthful at the time yet have no memory of the unpleasant events. This is particularly true where the elapsed

plus traditionnelle qui avait été utilisée à l’égard des déclarations antérieures incompatibles.

Est-ce *Meddoui* ou *Toten* qui doit être appliqué pour définir l’art. 715.1, ou est-ce que des parties de chacun de ces arrêts devraient être utilisées pour décider s’il y a eu «confirmation» de la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique?

Vu l’objet manifeste de l’art. 715.1, je ne peux accepter la position de la Cour d’appel de l’Ontario que la notion de confirmation utilisée dans le contexte de l’enregistrement magnétoscopique des déclarations d’enfants devrait être la même que celle qui était appliquée à l’égard des déclarations antérieures incompatibles. Le mot confirmation n’a pas, en droit, un sens fixe qui doit être appliqué en toutes circonstances. Le critère strict de confirmation appliqué aux déclarations antérieures incompatibles était nécessaire pour s’assurer que ces déclarations possédaient un degré raisonnable de fiabilité avant de les admettre pour établir la véracité de leur contenu. Cependant, l’art. 715.1 intègre des garanties de fidélité et de fiabilité qui éliminent la nécessité d’avoir recours à un critère de confirmation aussi rigoureux. En outre, le fait que, en raison du bas âge ou de l’état émotionnel du plaignant, celui-ci n’ait pas de souvenirs contemporains des événements relatés dans l’enregistrement magnétoscopique ou soit incapable de témoigner au procès au sujet de ceux-ci, accroît le besoin de prendre en considération la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique.

Le critère établi dans *Toten* empêcherait un enfant qui n’a que peu ou pas de souvenirs des événements de «confirmer» l’enregistrement, qui serait donc inadmissible en vertu de l’art. 715.1. Or, c’est précisément dans cette situation que l’enregistrement est le plus nécessaire. Les enfants, particulièrement les plus jeunes, ont tendance à oublier les détails d’un événement avec le temps. Un enregistrement réalisé peu de temps après l’événement a plus de chance d’être fidèle que le témoignage présenté de vive voix au procès par l’enfant des mois après. Il est fort possible qu’un jeune enfant se souvienne d’être allé au poste de police, d’y avoir fait une déclaration et de s’être efforcé de dire la vérité à ce moment-là, et, pour-

39

40

41

time between the initial complaint and the date of trial is lengthy. If effect is to be given to the aims of s. 715.1 of enhancing the truth-seeking role of the courts by preserving an early account of the incident and of preventing further injury to vulnerable children as a result of their involvement in the criminal process, then the videotape should generally be admitted.

tant, qu'il n'ait aucun souvenir des événements désagréables. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'est écoulé beaucoup de temps entre la plainte initiale et le procès. Afin de permettre la réalisation des objectifs de l'art. 715.1, c'est-à-dire, d'une part, aider les tribunaux dans la recherche de la vérité en préservant un compte rendu recueilli peu de temps après l'incident, et, d'autre part, empêcher que des enfants vulnérables subissent un préjudice supplémentaire par suite de leur participation au processus pénal, l'enregistrement magnétoscopique devrait généralement être admis en preuve.

42 In *Toten*, it was suggested that the videotape would be useful in circumstances where a child has a memory of events but is unable to articulate them. In my view, this approach is too narrow. It fails to take into account the broader purposes of the legislation. Trial judges do not expect children to be perfectly articulate. They know that the examination-in-chief of a child will not precisely match the ideal narrative form of an adult's testimony. Indeed, the trial judge has the discretion to permit counsel to use leading questions on examination-in-chief in order to get the child's evidence before the trier of fact. Children are vulnerable victims and for a number of reasons their testimonial capacities may range from a complete inability to articulate recalled events to an ability to recount some but not all of the events. In any of these circumstances, the admission of a videotaped statement would assist a court in arriving at the truth. It would be inappropriate to construe the section as one which only addresses the "inarticulate complainant".

Dans *Toten*, il a été suggéré que l'enregistrement magnétoscopique serait utile dans les cas où l'enfant se rappelle des événements, mais est incapable de les exprimer. Selon moi, cette approche est trop étroite. Elle ne tient pas compte des objectifs plus vastes de la loi. Les juges qui président les procès ne s'attendent pas à ce que les enfants s'expriment parfaitement. Ils savent que l'interrogatoire principal d'un enfant ne correspondra pas de façon précise à la forme narrative idéale du témoignage d'un adulte. De fait, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les avocats à poser des questions suggestives au cours de l'interrogatoire principal afin de permettre au juge des faits d'obtenir le témoignage de l'enfant. Les enfants sont des victimes vulnérables et, pour diverses raisons, leur aptitude à témoigner peut aller de l'incapacité totale d'exprimer en mots les événements dont ils se souviennent à la capacité de raconter certains événements, mais pas tous. Dans l'une ou l'autre de ces situations, l'admission d'une déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique aiderait la cour à découvrir la vérité. Il ne conviendrait pas de considérer que l'article ne vise que les «plaignants incapables de s'exprimer».

43 Although I agree with much of the reasoning in *Meddoui* I cannot accept the suggestion put forward that when a witness has an independent present memory of the events the videotape adds nothing to the testimony. The admission of the videotaped statements made shortly after the events in issue may be of great assistance in augmenting a child's testimony at trial by the account

Bien que je sois d'accord avec une bonne partie du raisonnement énoncé dans *Meddoui*, je ne peux souscrire à la thèse qui a été avancée et selon laquelle, lorsqu'un témoin a un souvenir contemporain indépendant des événements, l'enregistrement magnétoscopique n'ajoute rien au témoignage. L'admission en preuve de déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique peu de

of events given in the statement when the incidents were fresh in the child's mind. In *Toten*, at p. 28, it was wisely observed that "[t]he prior statement, combined with the complainant's in-court evidence, may well afford a more complete version of the complainant's evidence."

I recognize that the *Meddoui* approach to "adoption" gives rise to another problem. Specifically, a witness who cannot remember the events cannot be effectively cross-examined on the contents of his or her statement, and therefore the reliability of his or her testimony cannot be tested in that way. However, it was recognized 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, that cross-examination is not the only guarantee of reliability. There are several factors present in s. 715.1 which provide the requisite reliability of the videotaped statement. They include: (a) the requirement that the statement be made within a reasonable time; (b) the trier of fact can watch the entire interview, which provides an opportunity to observe the demeanor, and assess the personality and intelligence of the child; (c) the requirement that the child attest that she was attempting to be truthful at the time that the statement was made. As well, the child can be cross-examined at trial as to whether he or she was actually being truthful when the statement was made. These *indicia* provide enough guarantees of reliability to compensate for the inability to cross-examine as to the forgotten events. Moreover, where the complainant has no independent memory of the events there is an obvious necessity for the videotaped evidence. In *Meddoui*, it was recommended that in such circumstances, the trier of fact should be given a special warning (similar to the one given in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811) of the dangers of

temps après les événements en cause peut être d'une grande aide en augmentant le témoignage de l'enfant au procès, du fait que le récit des événements décrits dans la déclaration a été fait lorsque les incidents étaient frais à la mémoire de l'enfant. Dans *Toten*, à la p. 28, on a avec justesse souligné que [TRADUCTION] «[l]a déclaration antérieure, conjuguée à la déposition du plaignant en cour, peut fort bien offrir une version plus complète du témoignage du plaignant».

Je reconnais que l'approche retenue dans *Meddoui* quant à la «confirmation» soulève un autre problème. Plus précisément, le témoin qui est incapable de se souvenir des événements ne peut pas vraiment être contre-interrogé sur le contenu de sa déclaration, et, par conséquent, la fiabilité de son témoignage ne peut pas être mise à l'épreuve de cette façon. Cependant, il a été reconnu dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, que le contre-interrogatoire n'est pas la seule garantie de fiabilité. L'article 715.1 comporte divers éléments qui assurent la fiabilité requise de la déclaration enregistrée sur la bande magnéto-scopique. Il s'agit notamment du fait que: a) la déclaration doit avoir été faite dans un délai raisonnable; b) le juge des faits peut regarder toute l'entrevue, et qu'il a ainsi l'occasion d'observer le comportement de l'enfant et d'apprécier sa personnalité et son intelligence; c) l'enfant doit attester qu'il essayait de dire la vérité au moment où la déclaration a été faite. De même, on peut contre-interroger l'enfant au procès et lui demander s'il disait vraiment la vérité au moment où la déclaration a été faite. Ces éléments fournissent suffisamment de garanties de fiabilité pour compenser l'incapacité de contre-interroger sur les événements oubliés. Qui plus est, lorsque le plaignant n'a aucun souvenir indépendant des événements, la nécessité de l'enregistrement magnéto-scopique est évidente. Dans *Meddoui*, on a recommandé que, dans de telles circonstances, on fasse une mise en garde spéciale au juge des faits (analogue à celle faite dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811) contre les risques que comporterait le fait de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi seulement de l'enregistrement magnéto-scopique.

convicting based on the videotape alone. In my view, this was sage advice that should be followed.

*The Effect of an Inconsistency Between the Child's Viva Voce Testimony and Her Videotaped Statement*

45 The test of adoption should not be the final determination of reliability but rather a means of ascertaining whether the videotape meets the threshold degree of reliability required to admit it for the truth of its contents. The adoption of the videotape renders the evidence admissible pursuant to s. 715.1. Once the trial judge rules that the statement has been adopted, the video becomes the evidence of the events described as if the child were giving the statements on the videotape in open court (*L. (D.O.)*, *supra*, at p. 458). An adopted videotaped statement should, together with the *viva voce* evidence given at trial, comprise the whole of the evidence-in-chief of the complainant.

46 After the videotaped evidence has been admitted, any questions which arise concerning the circumstances in which the video was made, the veracity of the witness' statements, or the overall reliability of the evidence, will be matters for the trier of fact to consider in determining how much weight the videotaped statement should be given.

47 If, in the course of cross-examination, defence counsel elicits evidence which contradicts any part of the video, this does not render those parts inadmissible. Obviously a contradicted videotape may well be given less weight in the final determination of the issues. However, the fact that the video is contradicted in cross-examination does not necessarily mean that the video is wrong or unreliable. The trial judge may still conclude, as in this case, that the inconsistencies are insignificant and find the video more reliable than the evidence elicited

Selon moi, il s'agissait d'un sage conseil, qui devrait être suivi.

*L'effet d'une incohérence entre le témoignage de vive voix de l'enfant et sa déclaration sur l'enregistrement magnétoscopique*

Le critère de confirmation ne devrait pas constituer la décision finale sur la question de la fiabilité, mais plutôt être un moyen de s'assurer que l'enregistrement satisfait au degré de fiabilité requis pour être admis pour établir la véracité de son contenu. La confirmation de l'enregistrement rend cet élément de preuve admissible conformément à l'art. 715.1. Une fois que le juge du procès a statué que la déclaration a été confirmée, l'enregistrement devient un témoignage sur les événements qui y sont décrits comme si l'enfant faisait les déclarations contenues dans l'enregistrement en salle d'audience (*L. (D.O.)*, précité, à la p. 458). L'enregistrement ainsi confirmé devrait, avec le témoignage rendu de vive voix au procès, constituer l'ensemble du témoignage en interrogatoire principal présenté par le plaignant.

Une fois que l'enregistrement magnétoscopique a été admis en preuve, toute question qui se souélève au sujet des circonstances dans lesquelles l'enregistrement a été fait, de la véracité des déclarations du témoin ou de la fiabilité globale de la preuve sera prise en considération par le juge des faits dans l'appréciation du poids qui doit être accordé à la déclaration enregistrée.

Si, dans le cours du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense arrache des déclarations qui contredisent une partie ou une autre de l'enregistrement magnétoscopique, cela ne rend pas ces parties inadmissibles en preuve. Il est évident que, au moment de la décision finale sur les questions en litige, il se peut fort bien qu'on accorde moins de poids à un enregistrement qui a été contredit. Cependant, le fait que l'enregistrement a été contredit au cours du contre-interrogatoire ne signifie pas nécessairement que le contenu de l'enregistrement est faux ou qu'il n'est pas fiable. Le juge du procès peut néanmoins conclure, comme en l'espèce, que les incohérences sont sans importance et que l'enregistrement est plus fiable que le témoi-

at trial. In *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 55, Wilson J. stated that

a flaw, such as a contradiction, in a child's testimony should not be given the same effect as a similar flaw in the testimony of an adult. . . . While children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it.

She concluded that, although each witness' credibility must be assessed, the standard which would be applied to an adult's evidence is not always appropriate in assessing the credibility of young children. This approach to the evidence of children was reiterated in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 132-34. There McLachlin J. acknowledged that the peculiar perspectives of children can affect their recollection of events and that the presence of inconsistencies, especially those related to peripheral matters, should be assessed in context. A skilful cross-examination is almost certain to confuse a child, even if she is telling the truth. That confusion can lead to inconsistencies in her testimony. Although the trier of fact must be wary of any evidence which has been contradicted, this is a matter which goes to the weight which should be attached to the videotape and not to its admissibility.

In the case at bar, Lane J. properly viewed the inconsistencies as a matter going to weight. She applied the principles from *B. (G.)*, *supra*, and *W. (R.)*, *supra*, in holding that the minor inconsistencies regarding peripheral details were not of "great significance" and that they should not preclude her from relying on the videotaped statement as true. Furthermore, she found that the complainant's evidence-in-chief and cross-examination were consistent with the evidence she gave in her videotaped statement with respect to the essential elements of the assault. As Lane J. noted:

gnage obtenu au procès. Dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 55, le juge Wilson a déclaré ceci:

. . . une faille, comme une contradiction, dans le témoignage d'un enfant ne devrait pas avoir le même effet qu'une faille semblable dans le témoignage d'un adulte. [ . . . ] Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait.

Elle a conclu que, même si la crédibilité de tout témoin doit être appréciée, la norme applicable aux adultes à cet égard ne convient pas toujours pour apprécier la crédibilité d'un jeune enfant. Cette façon d'aborder la question du témoignage des enfants a été répétée dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 132 à 134. Dans cet arrêt, le juge McLachlin a reconnu que les enfants ont une perspective des choses qui peut influencer sur leur souvenir des événements et que la présence d'incohérences, spécialement sur des questions secondaires, devrait être évaluée en contexte. Un contre-interrogatoire habile permet presque à coup sûr d'embrouiller un enfant, même s'il dit la vérité. Cette confusion peut engendrer des incohérences dans son témoignage. Même si le juge des faits doit être prudent à l'égard de tout élément de preuve qui a été contredit, il s'agit là d'une question qui concerne le poids qui doit être accordé à l'enregistrement magnétoscopique et non son admissibilité.

En l'espèce, le juge Lane a, avec raison, considéré que la présence des incohérences était une question concernant la valeur probante. Elle a appliqué les principes dégagés dans les arrêts *B. (G.)* et *W. (R.)*, précités, et statué que les incohérences mineures sur des détails secondaires n'avaient pas une [TRADUCTION] «grande importance» et qu'elles ne devraient pas l'empêcher de tenir pour avérée la déclaration enregistrée sur la bande magnétoscopique. En outre, elle a conclu que, en ce qui a trait aux éléments essentiels de l'agression, le témoignage rendu par la plaignante en interrogatoire principal et en contre-interrogatoire concordait avec sa déclaration sur l'enregistrement magnétoscopique. Le juge Lane a dit ceci:

48

49

... I am satisfied beyond a reasonable doubt as to the essence of her complaint. As I have said before, she was totally consistent with respect to the essential details and that consistency remained notwithstanding a very skilled cross-examination.

Lane J. was entitled to prefer the videotaped evidence to that elicited on cross-examination. Her decision was not unreasonable and should not be disturbed.

*Should a Voir Dire Have Been Held?*

50 At trial, the videotape was shown to the complainant and she testified that it was her in the video, that she had made the statements it contained and that they were true. Lane J. then ruled that the requirements of s. 715.1 had been met and that the videotaped evidence was admissible for the truth of its contents. It is apparent that no formal *voir dire* was held with respect to the admissibility issue.

51 The minority reasons of L'Heureux-Dubé J. in *L. (D.O.)*, *supra*, indicate that, prior to the introduction of a videotaped statement under s. 715.1, a *voir dire* must be held in order to review the contents of the tape to ensure that the statements within it conform to the rules of evidence. I agree with this conclusion. Both *L. (D.O.)* and *Toten*, *supra*, indicate that, at this stage, the trial judge may exercise his or her discretion to exclude the videotaped statement if prejudice from its admission would outweigh its probative value. The discretion to exclude the videotape is limited to those cases where its admission would operate unfairly to the accused. Those cases will be relatively rare. (See *Toten*, at p. 32; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 548.) L'Heureux-Dubé J. in *L. (D.O.)*, at p. 463, suggests that there are a number of factors which should be taken into account in exercising this discretion:

[TRADUCTION] ... je suis convaincue hors de tout doute raisonnable en ce qui concerne l'essence de sa plainte. Comme je l'ai dit précédemment, elle s'est montrée tout à fait cohérente sur les détails essentiels et cette cohérence n'a pas été altérée en dépit d'un contre-interrogatoire très habile.

Il était loisible au juge Lane de préférer l'enregistrement magnétoscopique au témoignage obtenu en contre-interrogatoire. Sa décision n'était pas déraisonnable et ne devrait pas être modifiée.

*Un voir-dire aurait-il dû être tenu?*

Au procès, l'enregistrement magnétoscopique a été montré à la plaignante, qui a témoigné que c'était elle qu'on voyait sur la bande, qu'elle avait fait les déclarations contenues dans l'enregistrement et que ces déclarations étaient vraies. Le juge Lane a alors statué que les conditions de l'art. 715.1 étaient remplies et que la déclaration sur la bande magnétoscopique était admissible pour établir la véracité de son contenu. Il est manifeste qu'aucun voir-dire formel n'a été tenu sur la question de l'admissibilité.

Les motifs minoritaires exposés par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *L. (D.O.)*, précité, indiquent que, préalablement à l'admission en preuve de l'enregistrement magnétoscopique d'une déclaration en vertu de l'art. 715.1, un voir-dire doit être tenu pour examiner le contenu de l'enregistrement afin de s'assurer que les déclarations qu'il contient respectent les règles de la preuve. Je suis d'accord avec cette conclusion. Tant l'arrêt *L. (D.O.)* que l'arrêt *Toten*, précité, indiquent que, à cette étape, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour écarter l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration si le préjudice que pourrait causer son admission en preuve l'emporte sur sa valeur probante. Ce pouvoir discrétionnaire d'écarter l'enregistrement est limité aux affaires où l'admission de l'enregistrement serait inéquitable pour l'accusé. Ces affaires seront relativement rares. (Voir *Toten*, à la p. 32; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 548.) Le juge L'Heureux-Dubé, dans *L. (D.O.)*, à la p. 463, énumère de nombreux facteurs qui, selon elle, devraient être pris en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire:

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) The form of questions used by any other person appearing in the videotaped statement;</li> <li>(b) any interest of anyone participating in the making of the statement;</li> <li>(c) the quality of the video and audio reproduction;</li> <li>(d) the presence or absence of inadmissible evidence in the statement;</li> <li>(e) the ability to eliminate inappropriate material by editing the tape;</li> <li>(f) whether other out-of-court statements by the complainant have been entered;</li> <li>(g) whether any visual information in the statement might tend to prejudice the accused (for example, unrelated injuries visible on the victim);</li> <li>(h) whether the prosecution has been allowed to use any other method to facilitate the giving of evidence by the complainant;</li> <li>(i) whether the trial is one by judge alone or by a jury; and</li> <li>(j) the amount of time which has passed since the making of the tape and the present ability of the witness to effectively relate to the events described.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>a) le genre des questions utilisées par toute autre personne apparaissant sur la bande;</li> <li>b) l'intérêt de toute personne participant à la prise de la déclaration;</li> <li>c) la qualité de la reproduction magnétoscopique et sonore;</li> <li>d) la présence ou l'absence d'éléments de preuve inadmissibles dans la déclaration;</li> <li>e) la possibilité d'éliminer les éléments inadéquats par l'épuration de la bande;</li> <li>f) l'existence ou l'absence d'autres déclarations extrajudiciaires de la plaignante déposées en preuve;</li> <li>g) l'existence de renseignements visuels qui tendraient à porter préjudice à l'accusé (par exemple, des blessures de la victime non reliées à l'incident);</li> <li>h) la question de savoir si la poursuite a été autorisée à utiliser toute autre méthode visant à faciliter le témoignage de la plaignante;</li> <li>i) le fait que le procès ait lieu devant un juge seul ou devant juge et jury; et</li> <li>j) le temps écoulé depuis l'enregistrement de la bande et la capacité actuelle du témoin de relater les événements décrits de façon effective.</li> </ul> |
|--|---|

A consideration of these factors would help to ensure that the contents of the statement generally conform to the rules of evidence and that the statement has probative value. The discretionary power to exclude evidence should not be used to determine issues of weight. In cases where there is conflicting evidence and opinion as to how useful the videotaped statement may be in providing an honest and complete account of the complainant's story, the statement should be admitted unless the trial judge is satisfied that it could interfere with the truth-finding process. (See *Toten*, at pp. 32-33.)

The respondent argued in this appeal that the pre-video interview conducted by the police officers may have tainted the videotaped evidence and that this possibility ought to have been canvassed in a *voir dire*. Although I agree that it

La prise en compte de ces facteurs aiderait à faire en sorte que le contenu de la déclaration respecte de façon générale les règles de la preuve et que la déclaration ait une valeur probante. Le pouvoir discrétionnaire d'écartier des éléments de preuve ne devrait pas être exercé pour trancher des questions concernant la valeur probante. Dans les cas où il existe des éléments de preuve contradictoires et où les avis sont partagés sur l'utilité de l'enregistrement magnétoscopique pour obtenir un récit honnête et complet de la version du plaignant, la déclaration devrait être admise en preuve, sauf si le juge du procès est convaincu qu'elle pourrait nuire au processus de recherche de la vérité. (Voir *Toten*, aux pp. 32 et 33.)

Dans le présent pourvoi, l'intimé a prétendu que l'entrevue effectuée par les policiers avant l'enregistrement magnétoscopique pouvait avoir vicié la déclaration ainsi enregistrée et que cette possibilité aurait dû être examinée dans un *voir-dire*. Même si

would have been preferable for the police to have refrained, to the extent that it was reasonably possible, from interviewing the complainant before the videotaped statement was recorded, the ultimate reliability of the videotaped statement is not a question which should be resolved at the *voir dire*. The fact that a pre-video interview was conducted, and any effect it may have had on the subsequently videotaped statement, will go to the weight which should be accorded the evidence, not its admissibility. It would be preferable if the police officers conducting the videotaped interview would pose simple, open-ended questions to the child. It must be recognized that in some situations it will be necessary and appropriate to ask leading questions. Recently, an Ontario Court of Appeal decision was upheld in which the possibility of witness tainting was ruled a question of weight not admissibility: see *R. v. Buric*, [1997] 1 S.C.R. 535.

je conviens qu'il aurait été préférable que, dans la mesure où cela était raisonnablement possible, les policiers s'abstiennent d'interroger la plaignante avant d'enregistrer sa déclaration, en définitive, la fiabilité de l'enregistrement magnétoscopique n'est pas une question qui doit être tranchée à l'occasion d'un voir-dire. Le fait qu'une entrevue ait été réalisée avant l'enregistrement magnétoscopique et l'effet qu'a pu avoir cette entrevue sur la déclaration enregistrée par la suite concernent le poids qui doit être accordé à la preuve et non son admissibilité. Il serait préférable que les policiers menant l'interrogatoire enregistré posent à l'enfant des questions simples à réponses libres. Il faut reconnaître que, dans certaines situations, il sera nécessaire et approprié de poser des questions suggestives. Notre Cour a récemment confirmé un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait statué que la possibilité que des témoignages soient viciés était une question concernant le poids de ces témoignages et non leur admissibilité; voir *R. c. Buric*, [1997] 1 R.C.S. 535.

54

Wherever evidence is tendered for admission under s. 715.1 of the *Code*, a formal *voir dire* must be held to determine whether the requirements of the section are met and to ensure that the videotape conforms with the rules of evidence. However, no substantial wrong resulted from Lane J.'s failure to hold a *voir dire*. Since S.D. duly adopted the contents of the videotape and there is no evidence suggesting that Lane J. would or should have exercised her residual discretion to exclude the evidence because of unfairly prejudicial effects its admission would have on the respondent, the videotaped statement was properly admitted.

Lorsqu'on demande l'admission en preuve d'un témoignage en vertu de l'art. 715.1 du *Code*, un voir-dire formel doit être tenu afin de décider si les exigences de cet article sont respectées et si l'enregistrement est conforme aux règles de la preuve. Cependant, l'omission du juge Lane de tenir un voir-dire n'a causé aucun tort important. Étant donné que S.D. a dûment confirmé le contenu de l'enregistrement magnétoscopique et qu'il n'y a aucune preuve tendant à indiquer que le juge Lane aurait pu ou aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et écarter cet élément de preuve en raison d'effets injustement préjudiciables qu'aurait son admission pour l'intimé, l'enregistrement magnétoscopique a à bon droit été admis en preuve.

55

If it can reasonably be done, a sensitive judicial system should, with the aim of s. 715.1 in mind, interpret the section in a manner that will attempt to avoid further injury to children resulting from their participation in the criminal trial process. That must of course be done within the balanced bounds of always ensuring that the accused enjoys the fundamental right to a fair trial. The definitions

Dans la mesure où cela est raisonnablement possible, un système judiciaire sensible au problème devrait, en ayant à l'esprit l'objectif de l'art. 715.1, interpréter cet article d'une manière qui tende à éviter que la participation des enfants au processus pénal ne leur cause un préjudice supplémentaire. Cela doit évidemment être fait d'une manière équilibrée, c'est-à-dire en veillant toujours à ce que

and procedures set out in these reasons strive to achieve these aims.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Hicks, Block, Adams, Derstine, Toronto.*

l'accusé jouisse de son droit fondamental à un procès équitable. Les définitions et les procédures énoncées dans les présents motifs visent à réaliser ces objectifs.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Hicks, Block, Adams, Derstine, Toronto.*