

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.D. *Respondent***INDEXED AS: R. v. D.D.****Neutral citation: 2000 SCC 43.**

File No.: 27013.

2000: March 14; 2000: October 5.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Expert evidence — General approach to necessity requirement — Young child complaining about alleged sexual assaults 30 months after incidents — Defence counsel indicating that lengthy delay in reporting incidents suggested that complainant had fabricated story — Child psychologist testifying that length of time before disclosure was not indicative of truth of allegation because many factors and circumstances may affect timing of complaint — Whether trial judge erred in admitting expert evidence — Whether necessity requirement met — Whether principle concerning timing of complaint should be set out in trial judge's instructions to jury instead of in expert evidence.

The complainant alleged that the accused had sexually assaulted her when she was 5 to 6 years old. The complainant told no one about these events for two and a half years. At trial, defence counsel cross-examined the complainant, who was 10 years old at the time, on the lengthy delay in reporting the incidents and suggested that she had fabricated the story. The Crown called a child psychologist to testify that a child's delay in alleging sexual abuse does not support an inference of falsehood. During a *voir dire*, the psychologist gave a general explanation applicable to all children that delayed disclosure could occur for a variety of reasons and does not indicate the truth of an allegation. The trial

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.D. *Intimé***RÉPERTORIÉ: R. c. D.D.****Référence neutre: 2000 CSC 43.**

N° du greffe: 27013.

2000: 14 mars; 2000: 5 octobre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et
Arbour.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Analyse générale de l'exigence de nécessité — Une jeune enfant allègue avoir été agressée sexuellement, 30 mois après la survenance des incidents — Selon l'avocat de la défense, le fait que la plaignante ait attendu si longtemps avant de rapporter les incidents laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire — Le psychologue pour enfants a témoigné que le délai avant que l'enfant révèle l'incident n'était pas une indication de la véracité de l'allégation, vu que de nombreux facteurs et circonstances peuvent avoir une incidence sur le choix du moment pour faire une plainte — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant à l'admissibilité de la preuve d'expert? — L'exigence de nécessité a-t-elle été respectée? — Le principe relatif au choix du moment pour faire une plainte devrait-il être énoncé, au lieu de la présentation d'une preuve d'expert, dans le cadre des directives que donne le juge du procès au jury?

La plaignante allègue que l'accusé l'a agressée sexuellement alors qu'elle était âgée de 5 à 6 ans. Elle n'a raconté ces événements à personne pendant deux ans et demi. Au procès, l'avocat de la défense contre-interroge la plaignante, alors âgée de 10 ans, sur les raisons pour lesquelles elle a attendu si longtemps avant de rapporter les incidents et laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire. Le ministère public fait témoigner un psychologue pour enfants qui soutient que le retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle ne permet pas de déduire qu'il ne dit pas la vérité. Au cours d'un *voir-dire*, le psychologue explique de façon générale que le retard des enfants pour rapporter les faits peut être dû

judge admitted the expert evidence and the jury found the accused guilty of sexual assault and invitation to sexual touching. The Court of Appeal held that the expert evidence should not have been admitted because it was neither relevant nor necessary, set aside the verdict for this and other reasons, and ordered a new trial. The Crown appealed from the finding that the expert evidence was inadmissible but agrees that the order for a new trial was warranted based on the Court of Appeal's other reasons for setting aside the verdict. On the only issue raised in this appeal, the Court of Appeal held that the expert evidence should not have been admitted.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting on the merits): The appeal should be dismissed.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ.: The psychologist's evidence was not necessary and should not have been admitted at trial. The necessity requirement of the *Mohan* analysis exists to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated. While some degree of deference is owed to the trial judge's discretionary determination of whether the *Mohan* requirements have been met on the facts of a particular case, that discretion cannot be used to dilute the requirement for necessity. Mere helpfulness or a finding that the evidence might reasonably assist the jury is not enough to admit an expert's opinion. The need for expert evidence must be assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. Expert opinion is admissible if exceptional issues require special knowledge outside the experience of the trier of fact. The admissibility requirements governing expert evidence do not eliminate the dangers associated with opinion evidence. In particular, the province of the jury might be usurped by that of the expert witness and jurors might attorn to the opinion of an expert. Furthermore, expert opinions usually are derived from unsworn material not available for cross-examination. Finally, expert evidence is time-consuming and expensive.

Here, one statement of principle emerges from the expert evidence: the timing of disclosure signifies nothing; not all children immediately disclose sexual abuse; and the timing of disclosure depends upon the circum-

à diverses raisons et qu'il ne donne aucune indication quant à la véracité de l'allégation. Le juge du procès a admis la preuve d'expert et le jury a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels. La Cour d'appel a statué que la preuve d'expert n'aurait pas dû être admise, puisqu'elle n'était ni pertinente ni nécessaire, a annulé le verdict pour ce motif et pour d'autres motifs et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public a interjeté appel de la conclusion que la preuve d'expert était inadmissible, mais a convenu que l'ordonnance de nouveau procès était justifiée au regard des autres motifs pour lesquels la Cour d'appel a annulé le verdict. Quant à la seule question qui a été soulevée dans ce pourvoi, la Cour d'appel a conclu que la preuve d'expert n'aurait pas dû être admise.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents quant au fond): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour: Le témoignage du psychologue n'était pas nécessaire et n'aurait pas dû être admis au procès. L'exigence de nécessité énoncée dans l'analyse de l'arrêt *Mohan* vise à ce que les dangers liés à la preuve d'expert ne soient pas traités à la légère. Bien qu'il faille traiter avec une certaine retenue l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès lorsqu'il détermine si, d'après les faits d'une affaire donnée, les exigences de l'arrêt *Mohan* ont été respectées, ce pouvoir discrétionnaire ne peut être utilisé pour diluer l'exigence de nécessité. La simple utilité ou la conclusion que la preuve peut raisonnablement aider le jury ne suffit pas à l'admission de la preuve d'expert. La nécessité de la preuve d'expert doit être évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits. La preuve d'expert est admissible lorsque certaines questions exceptionnelles requièrent des connaissances particulières dépassant l'expérience du juge des faits. Les exigences d'admissibilité de la preuve d'expert n'éliminent pas les dangers qui y sont liés. Plus particulièrement, les fonctions du jury risquent d'être usurpées par celles du témoin expert et les jurés risquent de s'en remettre à l'opinion de l'expert. De plus, les opinions d'expert découlent généralement d'informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Enfin, la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse.

En l'espèce, il ressort de la preuve d'expert un énoncé de principe: le moment de la révélation n'indique rien; les enfants ne révèlent pas tous l'agression sexuelle immédiatement; et le moment de la révélation dépend de

stances of the particular victim. The content of this evidence had no technical quality sufficient to require an expert's testimony. It was neither unique nor scientifically puzzling but was rather the proper subject for a simple jury instruction. The doctrine of recent complaint in sexual assault cases as a principle of law no longer exists in Canada and a failure to make a timely complaint must not be the subject of an adverse inference based upon rejected stereotypical assumptions of how persons react to sexual abuse. A trial judge should instruct a jury that there is no inviolable rule on how people who are the victims of trauma like a sexual assault will behave. In assessing the credibility of a complainant, the timing of the complaint is simply one circumstance to consider in the factual mosaic of a particular case. A delay in disclosure, standing alone, will never give rise to an adverse inference against the credibility of the complainant. A proper jury charge in this case would have dispelled the possibility of stereotypical reasoning, saved time and expense, and eliminated superfluous or prejudicial content.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J. (dissenting on the merits): The psychologist's evidence was admissible because it met the test for admitting expert evidence set out in *Mohan* that requires relevance, necessity, the lack of any other exclusionary rule and a properly qualified expert. Its probative value also outweighed its prejudicial effects. These criteria are case-specific and factual. An appellate court cannot lay down broad rules that categories of expert evidence are always admissible or inadmissible and there is no general rule on the admissibility of expert opinion evidence on delays by children in reporting sexual assault.

The trial judge was correct in finding that the psychologist's evidence was relevant to a fact in issue at the trial. The trial turned on the credibility of the complainant and the issue of delay was subsidiary to the complainant's credibility. The "fact in issue" was whether a child's delay in reporting sexual abuse suggests that the alleged abuse did not occur. This fact was put in issue by the defence indicating that it would ask the jury to infer that the alleged events were fabrications based on the complainant's delayed reporting of the incident. Whether the complainant was not credible because she delayed disclosure was a fact in issue and the psycholo-

la situation de la victime en cause. Le contenu de la preuve n'a pas un caractère technique qui nécessiterait l'opinion d'un expert. Cette preuve n'est pas exceptionnelle ni incertaine sur le plan scientifique et peut simplement faire l'objet d'une directive au jury. La doctrine de la plainte immédiate en matière d'agression sexuelle en tant que principe de droit n'existe plus au Canada et l'omission de faire une plainte en temps opportun ne doit pas faire l'objet de quelque conclusion défavorable fondée sur des hypothèses stéréotypées, qui ont été rejetées, quant à la façon dont les personnes réagissent aux actes d'agression sexuelle. Le juge du procès doit dire au jury qu'il n'existe aucune règle immuable sur la façon dont se comportent les victimes de traumatismes comme une agression sexuelle. Dans l'évaluation de la crédibilité du plaignant, le moment de la plainte ne constitue qu'une circonstance à examiner dans la mosaïque factuelle d'une affaire donnée. À lui seul, le retard de la révélation ne donnera jamais lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant. La présentation d'une directive appropriée au jury en l'espèce aurait écarté la possibilité que le jury suive un raisonnement stéréotypé, permis de gagner du temps et d'économiser de l'argent et éliminé tout contenu superflu ou préjudiciable.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents quant au fond): Le témoignage du psychologue doit être admis car il satisfait aux critères d'admissibilité de la preuve d'expert établis dans *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification de l'expert. La valeur probante de la preuve d'expert l'emporte également sur ses effets préjudiciables. Ces critères s'appliquent selon l'affaire en cause et dépendent du contexte factuel. Une cour d'appel ne peut établir par des règles générales que certaines catégories de preuve d'expert sont toujours admissibles ou inadmissibles et il n'existe pas de règle générale sur l'admissibilité de la preuve d'expert relativement au retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle.

Le juge du procès a raison de conclure que le témoignage du psychologue est pertinent quant à un fait en litige au procès. Le procès est axé sur la crédibilité de la plaignante et la question du caractère tardif est accessoire à la crédibilité de la plaignante. Le «fait en litige» est la question de savoir si le fait qu'un enfant tarde à rapporter une agression sexuelle indique que l'agression reprochée ne s'est pas produite. La défense a soulevé ce fait en faisant savoir qu'elle demanderait au jury de déduire du caractère tardif de la déclaration que les événements allégués ne sont que pure invention. La question de savoir si la plaignante n'est pas crédible parce

gist's discussion of reasons other than fabrication for a child delaying reporting sexual abuse was relevant to that issue. Further, it is not a persuasive argument that it is common sense inference rather than a fact that a child's delay in reporting suggests that the event did not occur. Issues of fact include both facts and logical inferences that may be drawn from facts. Moreover, the evidence did not violate the rule against oath-helping because the psychologist did not interview the complainant and did not testify on whether she had told the truth. The evidence did implicate the complainant's credibility but this was permissible and almost inevitable in a case that turns on credibility.

With respect to the necessity requirement, the psychologist's evidence provided information likely to be outside the ordinary experience and knowledge of the jury and more than merely helpful. There is still a need to explain children's reactions to abuse and it was open to the trial judge to conclude that the psychologist's evidence would assist the jurors by giving them an understanding of the issue of delay in reporting that their ordinary knowledge and experience might not provide. There is no need to depart from the flexibility of the *Mohan* approach by adumbrating the necessity requirement with sub-rules relating to the type of science at issue or with a rule that expert evidence is only needed to explain abnormal behaviour. Furthermore, the fact that the complainant testified did not preclude the psychologist's evidence. The defence put the reasons for delay in question and it was open to the trial judge to permit the Crown to respond with evidence of other possible explanations for the delay. Lastly, while the need for expert evidence may be diminished if the same objective can be met with a warning to the jury, a warning in this case would not have been a complete substitute for the psychologist's evidence. Expert evidence may serve purposes that instruction does not.

Cases Cited

By Major J.

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Lillyman*, [1896] 2 Q.B.

qu'elle a tardé à rapporter l'agression est un fait en litige et le témoignage du psychologue sur les motifs, autres que l'invention, qui peuvent expliquer pourquoi un enfant tarde à rapporter l'agression sexuelle est pertinent quant à cette question. De plus, l'argument selon lequel le fait en litige, soit le retard d'un enfant pour rapporter les événements indique que ceux-ci ne se sont pas produits, n'est pas un fait, mais une déduction fondée sur le bon sens n'est pas convaincant. Les questions de fait comprennent tant les faits que les déductions logiques qui peuvent en être tirées. En outre, la preuve n'a pas porté atteinte au principe interdisant les témoignages justificatifs parce que le psychologue n'a pas interrogé la plaignante et n'a pas témoigné sur la question de savoir si elle disait la vérité. Le témoignage du psychologue compromet en effet la crédibilité de la plaignante, mais cela est permis et est presque inévitable dans une affaire reposant sur la crédibilité.

En ce qui concerne l'exigence de nécessité, le témoignage du psychologue a mis en lumière des renseignements qui dépassent vraisemblablement les connaissances et l'expérience ordinaires du jury et qui ne sont pas simplement utiles. Il y a encore un besoin d'expliquer les réactions des enfants face aux agressions et le juge du procès pouvait conclure que le témoignage du psychologue aiderait les jurés en leur permettant de comprendre la question de la déclaration tardive, ce que leurs connaissances et leur expérience ordinaires ne leur permettraient pas de faire. Il n'y a pas lieu de s'écarter de la méthode souple adoptée dans *Mohan* en assortissant le critère de la nécessité de règles secondaires selon le type de science en cause ou d'une règle selon laquelle une preuve d'expert ne pourrait être présentée qu'en présence d'un comportement anormal. De plus, le fait que la plaignante témoigne n'empêche pas que le témoignage du psychologue soit admis. La défense ayant fait de la raison du retard une question en litige, il est loisible au juge du procès de permettre à la poursuite de réagir en présentant la preuve de l'existence d'autres possibilités. Enfin, bien que la preuve d'expert puisse se révéler moins utile si une mise en garde au jury permettrait de parvenir au même résultat, une mise en garde en l'espèce n'aurait pas pu remplacer parfaitement la preuve d'expert. La preuve d'expert peut servir à autre chose que les directives.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué: *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés:** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. c. Lillyman*,

167; *Kribs v. The Queen*, [1960] S.C.R. 400; *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273.

By McLachlin C.J. (dissenting on the merits)

R. v. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. v. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL); *R. v. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563; *R. v. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C. (3d) 466; *R. v. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522; *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 275 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 11].

Authors Cited

Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

Learned Hand. "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony" (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.

Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.

Paciocco, David. *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), January 31, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

[1896] 2 Q.B. 167; *Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400; *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente quant au fond)

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. c. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL); *R. c. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563; *R. c. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C. (3d) 466; *R. c. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522; *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 275 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 11].

Doctrine citée

Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.

Learned Hand. «Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony» (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.

Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.

Paciocco, David. *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association (Ontario), January 31, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 113 O.A.C. 179, 129 C.C.C. (3d) 506, 21 C.R. (5th) 124, [1998] O.J. No. 4053 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and invitation to sexual touching and ordering a new trial. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting on the merits.

M. David Lepofsky and Christopher Webb, for the appellant.

P. Andras Schreck, for the respondent.

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

¹ THE CHIEF JUSTICE (dissenting on the merits) — This case raises the issue of when expert evidence may be admitted regarding a child's delay in making an allegation of sexual abuse. The accused in this case says that such evidence is irrelevant, unnecessary and calculated to distort the trial process. The prosecution, on the other hand, maintains that the evidence is relevant and necessary. The trial judge admitted the expert evidence and the jury convicted the accused. The Court of Appeal set aside the verdict on other grounds and ordered a new trial. It also held that the trial judge erred in admitting the expert evidence and that it should not be admitted at the new trial.

² The Crown did not appeal the order for a new trial. The only issue before us is whether the Court of Appeal erred in holding that expert evidence on delay in reporting child abuse should not have been admitted in this case. The issue is important. Quite often children do not complain about an alleged sexual assault until some time after the incident. This raises the question of whether expert evidence is admissible on the issue of what

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 113 O.A.C. 179, 129 C.C.C. (3d) 506, 21 C.R. (5th) 124, [1998] O.J. No. 4053 (QL), qui a accueilli un appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et pour incitation à des contacts sexuels et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents quant au fond.

M. David Lepofsky et Christopher Webb, pour l'appelante.

P. Andras Schreck, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente quant au fond) — La présente affaire soulève la question de savoir dans quels cas une preuve d'expert peut être admise relativement au retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle. En l'espèce, l'accusé dit que cette preuve n'est pas pertinente ni nécessaire et qu'elle vise à fausser le déroulement du procès. Pour sa part, la poursuite soutient que la preuve est pertinente et nécessaire. Le juge du procès a admis la preuve d'expert et le jury a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel a annulé le verdict pour d'autres motifs et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a également conclu que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve d'expert et que cette dernière ne devait pas être admise lors du nouveau procès.

Le ministère public n'a pas interjeté appel contre l'ordonnance de nouveau procès. La seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la preuve d'expert relativement au retard d'un enfant pour rapporter l'agression sexuelle n'aurait pas dû être admise en l'espèce. La question est importante. Bien souvent, les enfants ne se plaignent d'une agression sexuelle qu'un certain temps après l'incident. Cela soulève la question de savoir si la preuve d'expert est admissible quant aux

inferences may be drawn from a child's delay in reporting.

I. Facts

The prosecution's case is that the accused, who was living with the complainant's mother, sexually assaulted the complainant by making her touch his penis on numerous occasions in 1991 and 1992 when she was 5 to 6 years old. The complainant told no one about these events for two and a half years. In January 1995, the complainant had a conversation with a school friend about "gross" things, some of which were true and some of which were false. During the conversation, the complainant told her friend about the assaults. The friend reported the complainant's disclosure to a teacher, and the matter was referred to the Children's Aid Society. A Society worker interviewed the complainant in the presence of a police officer. The complainant first said that she could not remember any sexual touching, but later revealed incidents involving the accused. The accused categorically denies the allegations.

Charges were laid and the matter proceeded to trial. At the time of the trial the complainant was 10 years old. Defence counsel cross-examined the complainant on why she had waited so long to report the incidents and suggested that she had fabricated the story to "one up" the stories told by her friend. In response, the Crown sought to call child psychologist Dr. Peter Marshall to rebut defence counsel's submission that the lateness of the complainant's disclosure supported an inference that she was not telling the truth when she said that the accused had sexually assaulted her. The trial judge called a *voir dire* on the admissibility of Dr. Marshall's evidence on this point.

During the *voir dire*, Dr. Marshall discussed delayed disclosure of child sexual abuse, based on his knowledge of the scientific literature in the area. He testified that there are many factors which can affect the timing of a complaint, including the relationship between the child and the abuser and

conclusions qui peuvent être tirées du caractère tardif de la déclaration d'un enfant.

I. Les faits

La preuve à charge indique que l'accusé, qui vivait avec la mère de la plaignante, a agressé sexuellement cette dernière en lui faisant toucher son pénis à de nombreuses reprises en 1991 et en 1992, alors qu'elle était âgée de 5 et 6 ans. La plaignante n'a raconté ces événements à personne pendant deux ans et demi. En janvier 1995, elle a une conversation avec une camarade de classe au sujet de choses [TRADUCTION] «dégoûtantes», dont certaines sont vraies et d'autres fausses. Au cours de la conversation, elle lui raconte les agressions. La camarade rapporte la déclaration de la plaignante à un professeur, et l'affaire est soumise à la société d'aide à l'enfance. Un travailleur de la société a posé des questions à la plaignante en présence d'un policier. Celle-ci a d'abord dit qu'elle ne pouvait se souvenir d'aucun attouchement sexuel, mais a par la suite révélé des incidents impliquant l'accusé. Celui-ci nie catégoriquement les allégations.

Des accusations sont portées et l'affaire se rend au procès. Au moment du procès, la plaignante est âgée de 10 ans. L'avocat de la défense la contre-interroge sur les raisons pour lesquelles elle a attendu si longtemps avant de rapporter les incidents et laisse entendre qu'elle a inventé l'histoire pour [TRADUCTION] «avoir une meilleure histoire» que celles racontées par sa camarade. En réponse, le ministère public demande à entendre le D^r Peter Marshall, psychologue pour enfants, pour réfuter la prétention de l'avocat de la défense que le caractère tardif de la déclaration de la plaignante permet de déduire que celle-ci ne dit pas la vérité lorsqu'elle raconte que l'accusé l'a agressée sexuellement. Le juge du procès ordonne la tenue d'un *voir-dire* sur l'admissibilité du témoignage du D^r Marshall sur cette question.

Au cours du *voir-dire*, le D^r Marshall aborde la question du retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle, en se fondant sur sa connaissance de la documentation scientifique dans le domaine. Il témoigne que de nombreux facteurs peuvent avoir une incidence sur le choix du

3

4

5

the nature of the abuse. Some factors might discourage children from reporting abuse, such as embarrassment; fear of getting themselves or others into trouble; bribery or threats by the perpetrator; fear of being punished or sent away; disruption of the family; or fear that they would not be believed. Young children might also not fully comprehend what happened or not see anything wrong with the abuse.

moment pour faire une plainte, notamment la relation entre l'enfant et l'agresseur ainsi que la nature de l'agression. Certains facteurs risquent de décourager l'enfant de rapporter l'agression: par exemple, la gêne, la crainte de s'attirer des ennuis ou d'en causer aux autres, les promesses ou menaces de la part de l'agresseur, la crainte d'être puni ou d'être envoyé ailleurs, la rupture des liens familiaux, ou la crainte de ne pas être cru. Les jeunes enfants peuvent également ne pas bien saisir ce qui s'est produit ou ne rien voir de mal à l'agression.

6 Dr. Marshall also discussed the timing of allegations of abuse and its relevance to determining whether the abuse actually occurred. In his opinion, most sexual abuse is never disclosed, so one cannot assume that disclosure normally happens immediately. He testified that children disclose at various lengths of time after the event, so there is a continuum from immediate disclosure to delayed disclosure to no disclosure. When cross-examined by defence counsel as to whether the profile of a victim of abuse could be developed by reference to the timing of the complaint, Dr. Marshall stated “the fact of the delay . . . doesn’t even enter into my thinking as to whether or not it happened . . . [T]he research says that the length of time before a child reveals something is not diagnostic”. The trial judge asked him to clarify what it means when delay is “not diagnostic”, to which Dr. Marshall responded “[i]t proves nothing either way”.

Le D^r Marshall parle également du choix du moment pour faire les allégations d'agression et aborde la question de savoir s'il peut permettre de déterminer si l'agression s'est réellement produite. Selon lui, la plupart des agressions sexuelles ne sont jamais déclarées, de sorte qu'on ne peut pas tenir pour acquis que la déclaration a généralement lieu immédiatement. Il témoigne que les enfants font des déclarations à différents moments après l'événement, de sorte qu'il y a un continuum allant de la déclaration immédiate à la déclaration tardive et à l'absence de déclaration. Lorsque l'avocat de la défense lui demande en contre-interrogatoire si on peut élaborer le profil de la victime d'agression d'après le moment choisi pour la plainte, le D^r Marshall dit: [TRADUCTION] «le caractère tardif [. . .] n'entre même pas en ligne de compte lorsque je me demande si cela s'est produit. [. . .] [L]a recherche indique que le retard d'un enfant pour révéler quelque chose n'est pas diagnostique». Le juge du procès lui demande de préciser ce qu'il entend par «pas diagnostique», ce à quoi le D^r Marshall répond: [TRADUCTION] «[c]ela ne prouve rien dans un sens ou dans l'autre».

7 After Dr. Marshall testified, the trial judge asked defence counsel whether he took issue with Dr. Marshall's opinion that a delay in disclosure is not diagnostic. Defence counsel initially agreed that “the delay is provable of nothing”. Crown counsel sought confirmation of that point, because “the whole tenor of [defence counsel's] cross-examination of the complainant . . . was, If it happened you would have told somebody”. Defence counsel then stated that he intended to indicate to the jury that

Après le témoignage du D^r Marshall, le juge du procès demande à l'avocat de la défense s'il conteste l'opinion de ce dernier selon laquelle une déclaration tardive n'est pas diagnostique. Au départ, l'avocat de la défense convient que [TRADUCTION] «le caractère tardif ne prouve rien». Le ministère public cherche à obtenir une confirmation sur cette question puisque [TRADUCTION] «le fondement même du contre-interrogatoire de la plaignante [par l'avocat de la défense] est: Si cela

“the fact that the victim did not tell anybody is certainly evidence that it didn’t happen to her”.

II. Decisions

At the conclusion of the *voir dire*, the trial judge ruled Dr. Marshall’s evidence admissible. He considered the four criteria for admission of expert evidence set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9: relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a qualified expert. He held that the evidence was relevant to the delay in disclosure, given the defence’s position that the jury could draw a “common sense” inference from the delay that the complainant had fabricated the sexual assaults. On necessity, the trial judge took the view that he was bound by the statement in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 249 (*per* McLachlin J.), that

[e]xpert evidence has been properly led to explain the reasons why young victims of sexual abuse often do not complain immediately. Such evidence is helpful; indeed it may be essential to a just verdict.

He also held that Dr. Marshall’s evidence was outside the knowledge and expertise of the jury and that its admission would be necessary for the jury to reach a just verdict. He found the third and fourth *Mohan* criteria clearly met as well. Therefore, he found the expert evidence admissible.

The Court of Appeal ((1998), 113 O.A.C. 179) held that Dr. Marshall’s evidence was neither relevant nor necessary. To be relevant, evidence must be directed to establishing a fact in issue. Here the evidence was relevant to the complainant’s credibility, not to a fact in issue. Nor was the evidence necessary, since it dealt with a matter within the knowledge and experience of the ordinary juror. Moreover, taking relevance and necessity together, the prejudicial effects of the evidence outweighed its probative value. For these reasons, the Court of

s’était produit, tu l’aurais dit à quelqu’un». L’avocat de la défense déclare ensuite qu’il a l’intention de dire au jury que [TRADUCTION] «le fait que la victime n’ait rien dit à qui que ce soit prouve certainement que cela ne lui est pas arrivé».

II. Les décisions

À la fin du *voir-dire*, le juge du procès conclut que le témoignage du Dr Marshall est admissible. Il examine les quatre critères d’admissibilité de la preuve d’expert établis dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9: la pertinence, la nécessité, l’absence de règles d’exclusion et la qualification de l’expert. Il conclut que la preuve est pertinente quant au caractère tardif de la déclaration, compte tenu de l’argument de la défense que le jury, en se basant sur le caractère tardif, peut tirer la conclusion fondée sur le «bon sens» que la plaignante a inventé les agressions sexuelles. Sur la question de la nécessité, le juge du procès s’estime lié par l’énoncé fait dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 249 (le juge McLachlin), selon lequel

[d]es témoignages d’experts ont été à bon droit présentés pour expliquer pourquoi il arrive fréquemment que de jeunes victimes d’agression sexuelle ne portent pas plainte immédiatement. Ces témoignages sont utiles et peuvent même être essentiels à un juste verdict.

Il conclut également que le témoignage du Dr Marshall porte sur une matière dépassant les connaissances et l’expertise du jury et que son admission est nécessaire pour que le jury en arrive à un juste verdict. Il conclut que les troisième et quatrième critères de l’arrêt *Mohan* sont aussi respectés. Par conséquent, il juge admissible la preuve d’expert.

La Cour d’appel ((1998), 113 O.A.C. 179) conclut que le témoignage du Dr Marshall n’est ni pertinent ni nécessaire. Pour être pertinente, la preuve doit viser à établir un fait en litige. En l’espèce, la preuve est pertinente quant à la crédibilité de la plaignante, et non pas quant à un fait en litige. La preuve n’est pas non plus nécessaire, puisqu’elle porte sur une matière ne dépassant pas les connaissances et l’expérience du juré ordinaire. De plus, si on examine ensemble la pertinence et la nécessité, les effets préjudiciables de la preuve l’emportent

8

9

Appeal held that the trial judge had erred in admitting the expert evidence, and directed that it not be admitted at the new trial.

III. Issue

10 The key issue on this appeal is whether the Court of Appeal was correct in concluding that Dr. Marshall's evidence could not meet the criteria of relevance and necessity and hence should not be recalled at the new trial.

IV. Analysis

11 The test for the admissibility of expert evidence was consolidated in *Mohan, supra*. Four criteria must be met by a party which seeks to introduce expert evidence: relevance, necessity, the lack of any other exclusionary rule, and a properly qualified expert. Even where these requirements are met, the evidence may be rejected if its prejudicial effect on the conduct of the trial outweighs its probative value.

12 The application of the four *Mohan* criteria is case-specific. Determinations of relevance and necessity, as well as the assessment of whether the prejudicial effect of the evidence outweighs its probative value, must be made within the factual context of the trial. As Sopinka J. said of relevance in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 370, the inquiry "is very much a function of the other evidence and issues in a case". Taking into account the other evidence, the issues and her knowledge of the jury, the trial judge determines what are the live issues in the trial and whether the evidence will be necessary to enable the jury to dispose of them. The point was well put in *R. v. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609 (C.A.), at p. 625:

The trial judge has the advantage of hearing the evidence in issue, observing the jury and being able to appreciate the dynamics of the particular trial . . . [T]he trial judge may also be in a better position to determine

sur sa valeur probante. Pour ces motifs, la Cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve d'expert et ordonne que celle-ci ne soit pas admise lors du nouveau procès.

III. La question en litige

La principale question du pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure que le témoignage du Dr Marshall ne pouvait pas satisfaire aux critères de la pertinence et de la nécessité et qu'il ne devrait pas être reconvoqué lors du nouveau procès.

IV. Analyse

Les critères d'admissibilité de la preuve d'expert ont été regroupés dans l'arrêt *Mohan*, précité. La partie qui cherche à présenter une preuve d'expert doit respecter les quatre critères suivants: la pertinence, la nécessité, l'absence de toute autre règle d'exclusion et la qualification de l'expert. Même lorsque ces exigences sont respectées, la preuve peut être écartée si son effet préjudiciable sur le déroulement du procès l'emporte sur sa valeur probante.

Les quatre critères de l'arrêt *Mohan* s'appliquent selon l'affaire en cause. Il faut tenir compte du contexte factuel du procès pour déterminer si une preuve est pertinente et nécessaire, et si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Comme le juge Sopinka le dit au sujet de la pertinence dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 370, l'examen «dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire». Tenant compte des autres éléments de preuve, des questions en litige et de la connaissance qu'il a du jury, le juge du procès définit les questions réellement en litige et détermine si la preuve sera nécessaire pour permettre au jury de se prononcer. Cela est bien expliqué dans *R. c. F. (D.S.)* (1999), 43 O.R. (3d) 609 (C.A.), à la p. 625:

[TRADUCTION] Le juge du procès a l'avantage d'entendre les témoignages présentés, d'observer le jury et de pouvoir constater la dynamique du procès. [. . .] [I] est peut-être aussi le mieux placé pour déterminer ce qui

what may come within the normal experience of the average juror in the community in which the case is being tried.

Finally, the trial judge may be in the best position to determine whether the probative value of the evidence is outweighed by its prejudicial effect on the trial. The trial judge knows the issues, the evidence and the jury and is charged with the ultimate responsibility of running a fair trial.

For these reasons appellate courts owe deference to decisions of trial judges to admit or reject expert evidence: *F. (D.S.)*, *supra*; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717. See also *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.); *R. v. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL) (C.A.), and *R. v. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233 (Nfld. C.A.). This does not preclude appellate review. Where the record clearly does not support a finding of admissibility on the basis of the *Mohan* criteria, the Court of Appeal may rule that the evidence should not have been admitted. However, the case-specific nature of the inquiry means that an appellate court cannot lay down in advance broad rules that particular categories of expert evidence are always inadmissible. Such a categorical approach would undermine *Mohan*'s requirement of a case-by-case analysis of the four applicable criteria.

It follows that we cannot say as a general rule that expert evidence on a child's delay in reporting sexual assault is always admissible. Nor can we say it is never admissible. We can only say that it may be admissible if the four *Mohan* criteria are satisfied and if the prejudicial impact of the evidence does not outweigh its probative value. The trial judge erred if he took the comments in *Marquard*, *supra*, as indicating as a matter of *stare decisis* that expert evidence on delayed disclosure always meets the necessity test. By the same token, it would be erroneous to say that such evidence can never be admitted, as the Crown submits the Court of Appeal suggested. Admissibility of expert evidence must be determined on a case-by-case

relève de l'expérience normale du juré moyen dans la collectivité où l'affaire est jugée.

Enfin, le juge du procès est peut-être le mieux placé pour déterminer si l'effet préjudiciable de la preuve l'emporte sur sa valeur probante dans ce procès. Il connaît les questions en litige, la preuve et le jury, et c'est à lui qu'incombe la responsabilité ultime de tenir un procès équitable.

Pour ces motifs, les cours d'appel doivent faire preuve de retenue à l'égard des décisions des juges de procès d'admettre ou de rejeter une preuve d'expert: *F. (D.S.)*, précité; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717. Voir également *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641 (C.A.); *R. c. Villamar*, [1999] O.J. No. 1923 (QL) (C.A.), et *R. c. C. (G.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 233 (C.A.T.-N.). Cela n'empêche pas l'examen en appel. Lorsque, d'après les critères de l'arrêt *Mohan*, le dossier ne permet manifestement pas de statuer en faveur de l'admissibilité, la cour d'appel peut conclure que la preuve n'aurait pas dû être admise. Toutefois, vu que l'examen se fait au cas par cas, la cour d'appel ne peut pas établir à l'avance par des règles générales que certaines catégories de preuve d'expert sont toujours inadmissibles. Une telle catégorisation irait à l'encontre de l'exigence de l'arrêt *Mohan*, qui requiert l'analyse des quatre critères pertinents en fonction de chaque affaire.

Nous ne pouvons donc pas établir comme règle générale que la preuve d'expert relativement au retard d'un enfant pour rapporter une agression sexuelle est toujours admissible. Nous ne pouvons pas dire non plus qu'elle ne l'est jamais. Nous pouvons seulement dire qu'elle peut être admissible si les quatre critères de l'arrêt *Mohan* sont respectés et si son effet préjudiciable ne l'emporte pas sur sa valeur probante. Le juge du procès a commis une erreur s'il a interprété les observations faites dans l'arrêt *Marquard*, précité, comme indiquant avec l'autorité du précédent que la preuve d'expert relative à la déclaration tardive répond toujours au critère de la nécessité. De la même façon, il serait erroné de dire qu'une telle preuve ne peut jamais être admise, comme la Cour d'appel l'a indiqué selon la poursuite. L'admissibilité de la preuve

13

14

basis in the factual context of the case as it develops.

- 15 Against this background, I turn to the issue of whether the *Mohan* criteria for admissibility were met in this case.

A. *Relevance*

- 16 The trial judge found Dr. Marshall's evidence relevant to a fact in issue — the significance of the child's delay in reporting. The Court of Appeal, by contrast, held that the evidence was not relevant to a fact in issue, but only to the complainant's credibility.

- 17 In my view, the trial judge was correct in finding that Dr. Marshall's evidence was relevant to a fact in issue at the trial. The trial turned on the credibility of the complainant. If her testimony was believed, the offence was proved as charged. If there was a reasonable doubt about her credibility, the case was not made out. The issue of delay was subsidiary to the complainant's credibility. The "fact in issue" was whether a child's delay in reporting sexual abuse suggests that the alleged abuse did not occur. The defence put that fact in issue by indicating that it would ask the jury to infer from the delay in reporting that the alleged events were not real occurrences but fabrications. According to the defence, the complainant "was not credible because she waited too long". That was the fact in issue. Dr. Marshall's evidence was relevant to that issue because he discussed reasons other than fabrication, such as fear of not being believed, that might explain why a child would delay reporting sexual abuse.

- 18 It is argued that the relevance requirement is not met because the "fact in issue" — that a child's delay in reporting suggests the events did not occur — is not a fact but a common sense inference. This argument is not persuasive. How the inference is made does not affect whether there is

d'expert doit être déterminée selon chaque cas dans le contexte factuel de l'affaire au fil de son déroulement.

Sur cette toile de fond, j'aborde la question de savoir si les critères d'admissibilité de l'arrêt *Mohan* ont été respectés en l'espèce.

A. *La pertinence*

Le juge du procès a conclu que le témoignage du D^r Marshall était pertinent quant à un fait en litige — l'importance du retard de l'enfant pour rapporter les événements. Par contre, la Cour d'appel a conclu que le témoignage n'était pas pertinent quant à un fait en litige et qu'il l'était uniquement quant à la crédibilité de la plaignante.

J'estime que le juge du procès a raison de conclure que le témoignage du D^r Marshall est pertinent quant à un fait en litige au procès. Le procès est axé sur la crédibilité de la plaignante. Si l'on croit son témoignage, l'infraction reprochée est démontrée. S'il y a un doute raisonnable quant à sa crédibilité, la preuve n'est pas faite. La question du caractère tardif est accessoire à la crédibilité de la plaignante. Le «fait en litige» est la question de savoir si le fait qu'un enfant tarde à rapporter une agression sexuelle indique que l'agression reprochée ne s'est pas produite. La défense a soulevé ce fait en litige en faisant savoir qu'elle demanderait au jury de déduire du caractère tardif de la déclaration que les événements allégués ne s'étaient pas réellement produits, mais qu'ils n'étaient que pure invention. Selon la défense, la plaignante [TRADUCTION] «n'était pas crédible parce qu'elle avait attendu trop longtemps». C'est le fait en litige. Le témoignage du D^r Marshall est pertinent quant à cette question parce qu'il aborde les motifs autres que l'invention, comme la crainte de ne pas être cru, qui peuvent expliquer pourquoi un enfant tarde à rapporter l'agression sexuelle.

On prétend que l'exigence de pertinence n'est pas respectée parce que le «fait en litige», soit que le retard d'un enfant pour rapporter les événements indique que ceux-ci ne se sont pas produits, n'est pas un fait, mais une déduction fondée sur le bon sens. Cet argument n'est pas convaincant. La façon

an issue of fact at stake. Issues of fact include both facts and the logical inferences which may (or may not) be drawn therefrom. At trial, defence counsel made an issue of the reason for the delayed allegation, cross-examining the child and asking the jury to infer from the delay that the events did not occur. For the purposes of determining relevance, it does not matter whether the inference is made by counsel, drawing on “common sense”, or with the assistance of expert evidence. Either way, what is at issue is a factual proposition put by the defence — namely, that a child’s delay in reporting abuse makes it more likely that the abuse did not occur.

The Court of Appeal reasoned that Dr. Marshall’s evidence should be excluded because it represented “a blatant attempt to bolster the credibility of the only witness the Crown had to the alleged assault” (para. 18). Finlayson J.A. noted the principle, with which I agree, that the actual credibility of a particular witness is not generally the proper subject of opinion evidence: see *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *Marquard*, *supra*; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *Mohan*, *supra*; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656. This is known as the rule against oath-helping. In my view, Dr. Marshall’s evidence did not violate that principle. In *Marquard*, *supra*, at p. 249, I noted that

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

(See also D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2nd ed. 1999), at pp. 131-32.) As Finlayson J.A. recognized, Dr. Marshall had not interviewed the complainant. He could not and did not testify on the issue of whether she was telling the truth. That remained for the jury to evaluate,

dont la déduction est faite n’a aucune incidence sur la question de savoir s’il y a une question de fait en jeu. Les questions de fait comprennent tant les faits que les déductions logiques qui peuvent (ou ne peuvent pas) en être tirées. Au procès, l’avocat de la défense a fait de la raison de l’allégation tardive une question en litige en contre-interrogeant l’enfant et en demandant au jury de déduire du caractère tardif de la déclaration que les événements ne s’étaient pas produits. Pour la détermination de la pertinence, il importe peu que la déduction soit faite par les avocats, selon le «bon sens» ou à l’aide d’une preuve d’expert. D’une manière ou d’une autre, ce qui en litige est une affirmation de fait de la part de la défense — selon laquelle le retard d’un enfant pour rapporter une agression sexuelle rend plus probable le fait que l’agression ne se soit pas produite.

La Cour d’appel explique que le témoignage du Dr Marshall doit être écarté parce qu’il est [TRA-DUCTION] «une tentative flagrante de rehausser la crédibilité du seul témoin de l’agression alléguée que le ministère public avait» (par. 18). Le juge Finlayson souligne le principe, avec lequel je suis d’accord, que la crédibilité même d’un témoin donné ne doit généralement pas faire l’objet d’un témoignage d’opinion: voir *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *Marquard*, précité; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *Mohan*, précité; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656. C’est un principe qui interdit les témoignages justificatifs. Selon moi, le témoignage du Dr Marshall n’a pas porté atteinte à ce principe. Dans l’arrêt *Marquard*, précité, à la p. 249, j’ai fait remarquer

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

(Voir également D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2^e éd. 1999), aux pp. 131 et 132.) Comme le reconnaît le juge Finlayson, le Dr Marshall n’a pas interrogé la plaignante. Il ne pouvait pas témoigner sur la question de savoir si elle disait la vérité, et il ne l’a pas fait. Il apparte-

taking into account the testimony given by the child, her mother and Dr. Marshall, along with defence counsel's argument that the jury should infer fabrication.

20

As with much evidence in a trial, Dr. Marshall's testimony could be said to implicate the credibility of the complainant. Such consequences are permissible and indeed almost inevitable in a case that turns on credibility. Expert evidence would not be relevant if it did not make one version of events more probable than another, so it almost always affects the believability of one or more witnesses. It follows that an issue of fact can almost always be reformulated in terms of credibility. This does not necessarily preclude admitting the expert evidence. Provided the evidence does not directly address the issue of credibility *simpliciter*, it may be found relevant, even where the expert's testimony may increase or diminish the credibility of a witness. Here the question at trial was whether the respondent sexually assaulted the complainant. A sub-issue was whether the complainant's delay in reporting suggested that he did not assault her. The expert evidence of Dr. Marshall on the reasons why children may delay reporting sexual abuse was relevant to that sub-issue, without being directed at simply bolstering the complainant's credibility.

B. *Necessity*

21

When it comes to necessity, the question is whether the expert will provide information which is likely to be outside the ordinary experience and knowledge of the trier of fact: *Burns, supra*; *Mohan, supra*; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672. "Necessity" means that the evidence must be more than merely "helpful", but necessity need not be judged "by too strict a standard": *Mohan, supra*, at p. 23. Absolute necessity is not required.

nait au jury d'évaluer cela en tenant compte du témoignage de l'enfant, de celui de sa mère et de celui du Dr Marshall ainsi que de l'argument de l'avocat de la défense selon lequel le jury devait conclure à l'invention.

Comme pour une large part de la preuve à un procès, on pourrait dire que le témoignage du Dr Marshall compromet la crédibilité de la plaignante. De tels effets sont permis et, d'ailleurs, presque inévitables dans une affaire reposant sur la crédibilité. La preuve d'expert ne serait pas pertinente si elle ne rendait pas une version des événements plus probable qu'une autre, de sorte qu'elle touche presque toujours la crédibilité d'un ou de plusieurs témoins. Il s'ensuit qu'une question de fait peut presque toujours être tournée en question de crédibilité. Cela n'empêche pas nécessairement l'admission de la preuve d'expert. Pourvu que la preuve ne porte pas directement sur la simple question de la crédibilité, elle peut être jugée pertinente même si le témoignage de l'expert risque de rehausser ou de diminuer la crédibilité d'un témoin. En l'espèce, la question en litige au procès est de savoir si l'intimé a agressé sexuellement la plaignante. Une question accessoire est de savoir si le retard de la plaignante pour rapporter les événements indique qu'il ne l'a pas agressée. Le témoignage d'expert du Dr Marshall au sujet des raisons pour lesquelles les enfants peuvent rapporter tardivement les agressions sexuelles est pertinent quant à cette question accessoire, sans pour autant viser à rehausser simplement la crédibilité de la plaignante.

B. *La nécessité*

En ce qui a trait à la nécessité, la question est de savoir si l'expert fournit des renseignements qui dépassent vraisemblablement l'expérience et les connaissances ordinaires du juge des faits: *Burns, précité*; *Mohan, précité*; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672. La «nécessité» signifie que la preuve ne doit pas simplement être «utile», mais elle ne doit pas être jugée «selon une norme trop stricte»: *Mohan, précité*, à la p. 23. La nécessité absolue n'est pas requise.

The trial judge concluded that the evidence of delayed disclosure was outside the knowledge and expertise of the jury, citing the statement in *Marquard, supra*, that such evidence has been properly received in the past. (As mentioned earlier, if the trial judge was bypassing a thorough examination of necessity on the basis that it could be inferred as a matter of law, he proceeded contrary to the case-by-case method *Mohan* prescribes. However, the question before us is whether his conclusion was justified, not how he arrived at it.) By contrast, the Court of Appeal held that the question of what inferences could be drawn from delay in disclosure was a matter within the knowledge and expertise of the jury, on which they required no expert help.

The issue again may be put in simple terms: was there a sufficient basis for the trial judge to conclude that the issue of the child's delay in disclosure might involve matters beyond the ordinary knowledge and expertise of the jury? Was the evidence necessary to enable the trier of fact to properly dispose of the credibility issue? In answering this question, we must bear in mind that the trial judge is in the best position of determining the level of the jurors' understanding and what may assist them.

In my view, there was an ample foundation for the trial judge's conclusion that Dr. Marshall's evidence went beyond the ordinary knowledge and expertise of the jury. Based on his knowledge of the relevant scientific literature, Dr. Marshall was able to present insights into why a child might not report incidents of sexual abuse promptly. Those insights might not be within the knowledge of the ordinary juror. Appellate courts have upheld numerous decisions in which trial judges have admitted expert evidence on delayed disclosure to assist the trier of fact in child sexual abuse cases: see, e.g., *C. (G.)*, *supra*; *R. v. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563 (Ont. C.A.); *R. v. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C. (3d) 466 (Ont. C.A.); *R. v. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522 (B.C.C.A.). These decisions indicate that there is still a significant

Le juge du procès a conclu que la preuve de déclaration tardive dépassait les connaissances et l'expertise du jury, citant l'énoncé fait dans l'arrêt *Marquard*, précité, que des éléments de preuve de cette nature avaient été admis à bon droit par le passé. (Comme je l'ai mentionné précédemment, si le juge du procès ne s'est pas livré à un examen exhaustif de la nécessité parce qu'elle pouvait être déduite en droit, il n'a pas procédé au cas par cas, comme le préconise l'arrêt *Mohan*. Toutefois, la question dont nous sommes saisis est de savoir si sa conclusion était justifiée, et non pas comment il y est arrivé.) Par contre, la Cour d'appel a conclu que le jury n'avait pas besoin de l'aide d'un expert pour tirer ses propres conclusions du caractère tardif de la déclaration, car cela ne dépassait pas ses connaissances et son expertise.

Encore une fois, on peut résumer simplement la question: le juge du procès avait-il des motifs suffisants pour conclure que la question du caractère tardif de la déclaration de l'enfant peut porter sur des matières dépassant les connaissances et l'expertise ordinaires du jury? La preuve était-elle nécessaire pour permettre au juge des faits de trancher en toute connaissance de cause la question de la crédibilité? Pour répondre à cette question, nous devons nous rappeler que le juge du procès est le mieux placé pour déterminer le niveau de compréhension des jurés et ce qui peut les aider.

J'estime qu'il y a beaucoup de motifs justifiant la conclusion du juge du procès que le témoignage du Dr Marshall dépasse les connaissances et l'expertise ordinaires du jury. Grâce à sa connaissance de la documentation scientifique pertinente, le Dr Marshall a pu fournir des explications approfondies sur les motifs pour lesquels un enfant peut ne pas rapporter rapidement des agressions sexuelles. Il se peut que ces explications dépassent les connaissances du juré ordinaire. Les cours d'appel ont confirmé de nombreuses décisions en matière d'agressions sexuelles contre des enfants dans lesquelles le juge du procès avait admis la preuve d'expert sur le caractère tardif de la déclaration afin d'aider le juge des faits: voir, p. ex., *C. (G.)*, précité; *R. c. Mair* (1998), 122 C.C.C. (3d) 563 (C.A. Ont.); *R. c. T. (D.B.)* (1994), 89 C.C.C.

22

23

24

perceived need for explanation of children's reactions to abuse, as it may be outside the knowledge and experience of ordinary people.

(3d) 466 (C.A. Ont.); *R. c. C. (R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522 (C.A.C.-B.). Ces décisions indiquent qu'il y a encore un besoin apparent important d'expliquer les réactions des enfants face aux agressions, ces réactions pouvant dépasser les connaissances et l'expérience des gens ordinaires.

25 Dr. Marshall testified, in essence, that contrary to what the ordinary juror might assume, there is no "normal" child response. Some abused children complain immediately, others wait for a period of time, and some never disclose the abuse. Thus the timing of the complaint, he testified, does not help to diagnose whether it is true or fabricated. He also outlined the factors that may lead to delay in disclosure, such as fear of reprisal, lack of understanding, fear of disrupting the family, the nature of the child's relationship with the abuser, and the nature of the abuse. Some of these explanations might have occurred to ordinary jurors as a matter of experience and common sense, but some might not have been apparent to them without expert assistance. Having heard on the *voir dire* what Dr. Marshall proposed to say, it was open to the trial judge to conclude that his evidence would assist the jurors by giving them an understanding of the issue of delay in reporting that their ordinary knowledge and experience might not provide.

Le D^r Marshall a témoigné essentiellement que, contrairement à ce que le juré ordinaire pourrait penser, il n'y a aucune réaction «normale» de l'enfant. Certains enfants agressés se plaignent immédiatement, d'autres attendent un certain temps et d'autres encore ne révèlent jamais l'agression. Selon lui, le moment de la plainte n'aide donc pas à découvrir si celle-ci est vraie ou inventée. Il a également énoncé les facteurs qui peuvent retarder la plainte, comme la crainte de représailles, le manque de compréhension, la crainte de rompre les liens familiaux, la nature de la relation de l'enfant avec l'agresseur et la nature de l'agression. Certaines de ces explications auraient pu être présentes à l'esprit de jurés ordinaires en raison de leur expérience et de leur sens commun, mais certaines auraient pu ne pas leur paraître évidentes sans aide. Ayant entendu lors du voir-dire ce que le D^r Marshall se proposait de dire, le juge du procès pouvait conclure que son témoignage aiderait les jurés en leur permettant de comprendre la question de la déclaration tardive, ce que leurs connaissances et leur expérience ordinaires ne leur permettraient pas de faire.

26 The accused raises three arguments against the finding that Dr. Marshall's evidence met the criterion of necessity. First, he argues that in the area of behavioural science, normal human behaviour should not require expert explanation. Only abnormal behaviour should satisfy the necessity requirement. Since the factors that might explain a delay in disclosure — fear, embarrassment, lack of understanding — are all normal human reactions and by implication within the ken of the jury, he submits that the necessity requirement is not met.

L'accusé a soulevé trois arguments contre la conclusion que le témoignage du D^r Marshall satisfaisait au critère de la nécessité. Il prétend en premier lieu qu'en matière de sciences du comportement, le comportement humain normal ne requiert pas d'explications. Seul le comportement anormal doit satisfaire à l'exigence de nécessité. Il prétend qu'étant donné que les facteurs susceptibles d'expliquer une déclaration tardive — la crainte, la gêne, le manque de compréhension — sont tous des réactions humaines normales, donc à la portée du jury, l'exigence de nécessité n'est pas respectée.

27 I am reluctant to depart from the flexibility of the *Mohan* approach by adumbrating the necessity criterion with sub-rules relating to the type of

Je suis peu disposée à m'écarter de la méthode souple adoptée dans l'arrêt *Mohan* en assortissant le critère de la nécessité de règles secondaires

science at issue. It seems to me that the wisest course is to retain the present approach. The trial judge must determine necessity in each individual case judged simply by whether the expert testifies on matters beyond the ordinary juror's knowledge and experience. Laying down category-based rules for the admissibility of expert evidence would contradict the principled approach of *Mohan*. I see no reason to judge social sciences by a different standard than other sciences. The *Mohan* criteria already require a qualified expert and permit scrutiny of the newness or validity of the science on which the proposed evidence is based.

Moreover, a rule that expert evidence can be called only on abnormal behaviour would raise problems. It might be difficult to accurately distinguish between "normal" and "abnormal" human behaviour: see *Mohan, supra*, at pp. 35-36 (thus raising the spectre of ancillary expert evidence on what is normal and abnormal). Another problem is that the proposed rule rests on a questionable assumption — that ordinary jurors will invariably know all they need to know about "normal" behaviour in order to do justice in all cases. Judges and jurors are human, but their knowledge of a particular aspect of human behaviour may not equal that of an expert. As Wilson J. wrote in *Lavallee, supra*, at pp. 870-71:

The longstanding recognition that psychiatric or psychological testimony also falls within the realm of expert evidence is predicated on the realization that in some circumstances the average person may not have sufficient knowledge of or experience with human behaviour to draw an appropriate inference from the facts before him or her.

In such cases, expert testimony may be necessary to assist the trier of fact in resolving an issue. This does not mean, of course, that expert evidence is required in all cases in which the issue of delayed disclosure arises. It is for the parties to assess, and

selon le type de science en cause. Il me semble que la sagesse commande de conserver la méthode actuelle. Le juge du procès doit évaluer la nécessité dans chaque cas simplement en déterminant si l'expert témoigne sur des questions dépassant les connaissances et l'expérience du juré ordinaire. Établir des règles selon des catégories pour l'admissibilité de la preuve d'expert irait à l'encontre de la méthode fondée sur des principes de l'arrêt *Mohan*. Je ne vois aucune raison de juger les sciences sociales selon une norme différente de celle applicable aux autres sciences. Les critères de l'arrêt *Mohan* exigent déjà la qualification de l'expert et permettent l'examen du caractère nouveau ou de la validité de la science sur laquelle la preuve invoquée est fondée.

De plus, une règle selon laquelle une preuve d'expert ne pourrait être présentée qu'en présence d'un comportement anormal causerait des problèmes. Il pourrait être difficile de faire une distinction précise entre le comportement humain «normal» et celui qui est «anormal»: voir *Mohan, précité*, aux pp. 35 et 36 (ce qui peut faire craindre la présentation d'une preuve d'expert accessoire sur ce qui est normal et ce qui est anormal). Une autre difficulté provient du fait que la règle proposée repose sur une prémisse douteuse — que les jurés ordinaires connaîtront nécessairement tout ce qu'ils ont besoin de connaître sur le comportement «normal» pour rendre justice dans toutes les affaires. Les juges et les jurés sont humains, mais leur connaissance d'une facette particulière du comportement humain peut ne pas valoir celle d'un expert. Comme le juge Wilson l'a écrit dans l'arrêt *Lavallee, précité*, aux pp. 870 et 871:

Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage psychiatrique ou psychologique constitue également une preuve d'expert parce qu'on s'est rendu compte que, dans certaines circonstances, la personne moyenne peut ne pas avoir une connaissance ou une expérience suffisante du comportement humain pour pouvoir tirer des faits qui lui ont été présentés une conclusion appropriée.

Dans de tels cas, le témoignage d'un expert peut se révéler nécessaire pour aider le juge des faits à trancher une question. Cela ne signifie évidemment pas que la preuve d'expert est requise dans tous les cas où se pose la question du caractère tar-

ultimately the trial judge to decide, whether the facts of a particular case establish a need to put expert evidence before the trier of fact: *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

dif de la déclaration. Il incombe aux parties de déterminer, et au juge du procès de décider, si les faits d'une affaire particulière établissent le besoin de soumettre une preuve d'expert au juge des faits: *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

29

The accused's second argument against necessity is that the expert evidence on reasons for delay was not required because the child herself explained why she had not reported the incident more promptly. The fact that the complainant testifies does not preclude the trial judge from admitting other evidence on the issue. The defence having put the reason for delay in question by suggesting that it showed that the incidents had not occurred, it was open to the trial judge to permit the prosecution to respond with evidence of other possibilities. In so far as the expert provided information and insights that went beyond the complainant's testimony and the ordinary juror's knowledge, it might well have been required to assist the jury in properly assessing her credibility. Dr. Marshall's evidence did not simply repeat the complainant's evidence. He went further, positing that such explanations are common among child abuse victims. Furthermore, the current scientific consensus is that the truth or falsity of such an allegation cannot be determined on the basis of its timing. This was a subject that the child could not and did not attempt to address.

Le deuxième argument de l'accusé contre la nécessité est que la preuve d'expert relative au retard n'était pas nécessaire parce que l'enfant elle-même a expliqué pourquoi elle n'avait pas rapporté l'incident plus tôt. Le fait que la plaignante témoigne n'empêche pas le juge du procès d'admettre d'autres éléments de preuve sur cette question. La défense ayant fait de la raison du retard une question en litige en faisant valoir qu'il démontre que les incidents ne sont pas produits, il est loisible au juge du procès de permettre à la poursuite de réagir en présentant la preuve de l'existence d'autres possibilités. Dans la mesure où la preuve d'expert fournit des renseignements et des explications approfondies allant au-delà du témoignage de la plaignante et des connaissances du juré ordinaire, elle peut fort bien être nécessaire pour aider le jury à évaluer à bon escient sa crédibilité. Le témoignage du Dr Marshall ne fait pas que répéter celui de la plaignante. Il est allé plus loin en énonçant que de telles explications sont habituelles chez les enfants victimes d'agressions sexuelles. En outre, le consensus scientifique actuel est que la véracité ou la fausseté d'une telle allégation ne peut être déterminée selon le moment où elle est faite. C'est un sujet que l'enfant ne pouvait pas aborder, et elle n'a pas tenté de le faire.

30

The accused's third argument on necessity is that to the extent there was something the jury might not know from their own experience, the trial judge could have relayed this instruction to the jury in his charge. I agree that a trial judge considering the need to call expert evidence can ask whether the same thing could be accomplished by a warning to the jury. To the extent it can, the need to call the expert evidence may be diminished. However, before concluding that a jury direction renders expert evidence unnecessary, the trial judge must be satisfied that the jury instruction will achieve the same purpose as the expert

Le troisième argument de l'accusé relativement à la nécessité est que, s'il y avait des choses que les jurés ne pouvaient pas savoir d'après leur expérience, le juge du procès aurait pu donner au jury une directive en ce sens dans son exposé. Je conviens que le juge d'un procès qui examine la nécessité de présenter une preuve d'expert peut se demander si une mise en garde au jury permettrait de parvenir au même résultat. Si c'est le cas, la preuve d'expert peut se révéler moins utile. Cependant, avant de conclure qu'une directive au jury rendrait inutile la présentation d'une preuve d'expert, le juge du procès doit être convaincu qu'elle

evidence. If not, the expert evidence may still remain necessary.

In this case, it is suggested that the trial judge could have told the jury that children who suffer sexual abuse do not always complain at the first opportunity and that the jury should not automatically infer from delay in disclosure that the events did not take place and the complainant fabricated them. It is questionable whether such a warning would have served as a complete substitute for the expert evidence. The expert testified not only that many children do not report abuse immediately, but also went on to discuss the reasons why children may delay, based on the scientific literature. This additional information might reasonably have assisted the jury in deciding what, if anything, to infer from the delay, in a way that the proposed direction by the trial judge would not. If so, the evidence remained necessary.

Moreover, the expert is subject to cross-examination. After the expert's evidence is tested by cross-examination, the jury might be in a better position to evaluate the issue of delay than if it only received a simple judicial warning that delay in reporting does not necessarily mean that the child was fabricating the event. Finally, the trial judge may conclude that the jury needs to receive information on the issue immediately, rather than awaiting the end of the trial. Given the risks inherent in instructing the jury in segments throughout the trial (see *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109), the trial judge may find expert evidence timely. In *T.E.M., supra*, the court held that a trial judge may instruct the jury that people who suffer sexual abuse do not always complain at the first opportunity and that the trier of fact must not make an adverse inference on the complainant's credibility based purely on the stereotype that any delay in disclosure indicates falsehood. The court went on to add that the availability of an instruction does not prevent the parties from also leading expert

permet d'atteindre le même but que la preuve d'expert. Sinon, celle-ci peut demeurer nécessaire.

En l'espèce, on prétend que le juge du procès aurait pu dire au jury que les enfants victimes d'agression sexuelle ne se plaignent pas toujours à la première occasion et qu'il ne doit pas déduire automatiquement du caractère tardif de la déclaration que les événements n'ont pas eu lieu et que la plaignante les a inventés. Rien ne garantit qu'une telle mise en garde aurait parfaitement pu remplacer la preuve d'expert. L'expert a non seulement témoigné que plusieurs enfants ne rapportaient pas l'agression immédiatement, mais il a également abordé les raisons pour lesquelles les enfants pouvaient le faire tardivement, en se fondant sur la documentation scientifique. Ces renseignements supplémentaires peuvent raisonnablement avoir aidé le jury, d'une manière que ne peut le faire la directive proposée du juge du procès, à décider ce qu'il doit déduire du caractère tardif de la déclaration et s'il doit en déduire quelque chose. Si tel est le cas, la preuve demeure nécessaire.

De plus, l'expert peut être contre-interrogé. Suivant la mise à l'épreuve du témoignage de l'expert par le contre-interrogatoire, le jury pourrait être mieux placé pour évaluer la question du caractère tardif de la déclaration que s'il ne recevait qu'une simple mise en garde selon laquelle la déclaration tardive ne signifie pas nécessairement que l'enfant a inventé l'histoire. Enfin, le juge du procès peut conclure que le jury a besoin de recevoir des renseignements sur la question immédiatement, plutôt qu'à la fin du procès. Étant donné les risques inhérents de la fragmentation des directives au cours du procès (voir *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109), le juge du procès peut estimer que la preuve d'expert est présentée à un moment opportun. Dans l'arrêt *T.E.M.*, précité, la cour conclut que le juge du procès peut donner au jury la directive que les victimes d'agression sexuelle ne se plaignent pas toujours à la première occasion et que le juge des faits ne doit pas tirer, relativement à la crédibilité du plaignant, une conclusion défavorable purement fondée sur le stéréotype que toute déclaration tardive indique la fausseté. La cour ajoute que la possibilité de directive n'empêche pas les parties de

31

32

evidence on the issue. I agree: expert evidence may serve purposes that instruction does not.

présenter une preuve d'expert sur la question. Je suis d'accord: la preuve d'expert peut servir à autre chose que les directives.

33 Given the additional assistance that Dr. Marshall's testimony may have provided to the jury, I cannot conclude that the trial judge erred by failing to find that it was unnecessary because he could have given a jury warning. This is particularly so in view of the fact that the defence never raised this argument at trial. That said, the trial judge on the new trial should consider whether the expert's testimony is necessary to that trial in light of all the relevant circumstances, including the arguments of counsel and the possibility of a judicial instruction.

Étant donné que le témoignage du D^r Marshall a peut-être apporté une aide supplémentaire au jury, je ne peux pas affirmer que le juge du procès a commis une erreur en ne concluant pas qu'il n'était pas nécessaire parce qu'il aurait pu faire une mise en garde au jury. Surtout que la défense n'a jamais soulevé cet argument au procès. Cela dit, le juge saisi du nouveau procès doit déterminer si le témoignage est nécessaire dans ce procès, d'après toutes les circonstances pertinentes, notamment les arguments des avocats et la possibilité d'une directive de sa part.

C. *No Other Exclusionary Rule*

C. *L'absence d'autres règles d'exclusion*

34 The third criterion for admitting expert evidence is that it must not be excluded by the operation of any other rule. The only exclusionary rule raised here is the principle that an expert may not testify on the ultimate issue of credibility. As discussed earlier, this rule was not violated because Dr. Marshall testified on an issue that was subsidiary to the complainant's credibility. He did not express an opinion on whether her allegations were true or false. It was left for the jury to determine whether they accepted all, some or none of the evidence of the complainant.

Le troisième critère d'admissibilité de la preuve d'expert est qu'elle ne doit pas être écartée par l'application de quelque autre règle. La seule règle d'exclusion invoquée en l'espèce est le principe voulant qu'un expert ne peut pas témoigner sur la question de la crédibilité elle-même. Comme je l'ai mentionné précédemment, on n'a pas contrevenu à cette règle parce que le D^r Marshall a témoigné au procès sur une question qui ne touchait qu'accessoirement la crédibilité de la plaignante. Il n'a exprimé aucune opinion sur la question de savoir si les allégations de cette dernière étaient vraies ou fausses. Il incombait au jury de déterminer s'il acceptait le témoignage de la plaignante en tout ou en partie ou s'il ne l'acceptait pas du tout.

D. *Properly Qualified Expert*

D. *La qualification de l'expert*

35 The final requirement for admissibility is that the expert be properly qualified. Neither the accused nor the Court of Appeal suggested that Dr. Marshall was not properly qualified to testify on the subject of delayed disclosure.

La dernière exigence relative à l'admissibilité est la qualification de l'expert. Ni l'accusé ni la Cour d'appel n'ont prétendu que le D^r Marshall n'avait pas la qualification nécessaire pour témoigner sur la question du caractère tardif.

E. *Probative Value Versus Prejudicial Effects*

E. *La valeur probante par rapport aux effets préjudiciables*

36 This leaves for consideration the general requirement that the probative value of expert evidence must outweigh its prejudicial effects. Probative value is determined by considering the relia-

Il ne reste qu'à examiner l'exigence générale que la valeur probante de la preuve d'expert l'emporte sur ses effets préjudiciables. La valeur probante est déterminée par l'examen de la fiabilité,

bility, materiality and cogency of the expert testimony: see *K. (A.)*, *supra*, at para. 114 (*per* Charron J.A.). As with the other elements of the *Mohan* test, probative value and prejudicial effects are case-specific. The determinations made by the trial judge deserve appellate deference. In this case, Dr. Marshall's evidence brought relevant facts and opinions to the case that were not within the jury's knowledge and would not otherwise have been available to assist them. Dr. Marshall's qualifications were not questioned. His testimony was understandable and convincing. Taken together, these factors suggest that the expert evidence possessed considerable probative value.

The accused argues that the probative value of the evidence was outweighed by two important prejudicial effects: (1) that Dr. Marshall's evidence would neutralize a legitimate line of argument and interfere with his right of self-defence; and (2) that Dr. Marshall's evidence would distort the trial process through the undue weight the jury may place on expert evidence.

The first alleged prejudicial effect does not withstand scrutiny. As the trial judge noted in his decision on the *voir dire*, admitting Dr. Marshall's evidence would not prohibit defence counsel from making its "common sense" argument that delay casts doubt on whether the alleged assaults occurred. The Crown's expert evidence merely countered that argument by providing evidence that it was contrary to the current consensus in the scientific community. Conflicting evidence and inferences are the natural product of the adversarial nature of the trial process. Each side seeks to bring evidence to support its arguments. Expert witnesses are subject to cross-examination to probe the validity of their evidence and the weight to be assigned to it. At the end of the day, the jury decides what they accept and what they reject. Evidence is neither inadmissible nor unfair simply

de l'importance et du caractère convaincant du témoignage de l'expert: voir *K. (A.)*, précité, au par. 114 (le juge Charron). Comme les autres critères de l'arrêt *Mohan*, la valeur probante et les effets préjudiciables sont spécifiques à l'affaire. Les conclusions tirées par le juge du procès méritent la retenue de la part de la cour d'appel. En l'espèce, le témoignage du D^r Marshall ajoute à la preuve des faits et opinions qui dépassent les connaissances du jury et dont celui-ci n'aurait pas pu bénéficier autrement. Les qualifications du D^r Marshall n'ont pas été mises en doute. Son témoignage était compréhensible et convaincant. Considérés ensemble, ces facteurs indiquent que la preuve d'expert avait une valeur probante considérable.

L'accusé prétend que la valeur probante de la preuve est surpassée par deux importants effets préjudiciables: 1) le témoignage du D^r Marshall contrerait un argument légitime et porterait atteinte à son droit de se défendre; 2) le témoignage du D^r Marshall fausserait le déroulement du procès en raison de l'importance indue que le jury pourrait accorder à la preuve d'expert.

Le premier effet préjudiciable allégué ne résiste pas à l'analyse. Comme le juge du procès l'a souligné dans sa décision sur le voir-dire, le fait d'admettre le témoignage du D^r Marshall n'empêcherait pas l'avocat de la défense de présenter son argument fondé sur le «bon sens» que le caractère tardif de la déclaration met en doute la véracité des agressions alléguées. La preuve d'expert du ministère public ne fait que contrer cet argument en fournissant un témoignage selon lequel l'argument va à l'encontre du consensus actuel de la communauté scientifique. La preuve et les déductions contraires découlent naturellement de la nature contradictoire du déroulement du procès. Chaque partie cherche à présenter des éléments de preuve à l'appui de ses arguments. Les témoins experts sont soumis au contre-interrogatoire pour que l'on puisse évaluer la validité de leur témoignage et le poids qui doit y être attribué. Le jury détermine en bout de ligne ce qu'il accepte et ce qu'il rejette. La preuve n'est ni inadmissible ni inéquitable

37

38

because it contradicts an argument put by the other side.

simplement parce qu'elle contredit un argument présenté par la partie adverse.

39 The second prejudicial effect merits closer consideration. Low value expert testimony can distort the fact-finding process by taking a relatively simple issue, dressing it up in scientific language and presenting the trier of fact with a ready-made decision. The jury may be tempted to avoid engaging in serious consideration of the actual facts and instead rely on the apparent expertise of the scientist. In effect, the expert may usurp the domain of the jury. Trial judges must take this possibility into account in determining whether the prejudicial effect of expert evidence outweighs its probative value.

Le deuxième effet préjudiciable mérite un examen plus approfondi. Un témoignage d'expert de peu de valeur peut fausser le processus de recherche des faits en prenant une question relativement simple, en l'exprimant en des termes scientifiques et en la présentant au juge des faits avec une décision toute prête. Le jury peut être tenté d'éviter de se livrer à un examen sérieux des faits véritables et de se fier plutôt à l'expertise apparente du scientifique. Dans les faits, l'expert peut usurper les fonctions du jury. Le juge du procès doit tenir compte de cette possibilité lorsqu'il détermine si l'effet préjudiciable de la preuve d'expert l'emporte sur sa valeur probante.

40 Part of this concern is addressed at the necessity stage: a party seeking to call expert evidence must show that the subject matter of the expert's opinion falls outside the likely range of knowledge and experience of the trier of fact. Nonetheless, that may not suffice. Even if expert evidence may assist the judge or jury, that benefit must be balanced against its costs. Can the expert address the issue in understandable terms? Is the judge or jury likely to take the expert's word as unchallengeable truth, or will the trier of fact be able to examine it critically? At the same time, the judge must not underestimate the ability of jurors to assess evidence; they may be quite capable of discerning whether scientific information is legitimate or not, as long as it is presented in accessible language.

Cette préoccupation est abordée en partie à l'étape de la nécessité: une partie cherchant à présenter une preuve d'expert doit démontrer que l'objet de l'opinion de l'expert dépasse la portée probable des connaissances et de l'expérience du juge des faits. Néanmoins, cela peut ne pas suffire. Même si la preuve d'expert peut aider le juge ou le jury, cette aide doit être soupesée par rapport à ses coûts. L'expert peut-il traiter de la question en termes compréhensibles? Le juge ou le jury risquent-ils de considérer la parole de l'expert comme vérité absolue, ou est-il capable de l'examiner avec un esprit critique? Par ailleurs, le juge ne doit pas sous-estimer la capacité des jurés d'évaluer la preuve; ils peuvent fort bien être capables de voir si les renseignements scientifiques sont légitimes ou non, dans la mesure où ils sont présentés en des termes faciles à comprendre.

41 The concern that the jury may be misled was not made out in this case. Dr. Marshall testified in a clear and straightforward manner. He avoided scientific terms which might obfuscate the issue and confuse the jury. His evidence was easy to understand and well within the ability of the jury to evaluate. Unlike some expert witnesses, Dr. Marshall did not rely on his credentials or "the mystique of science" to bolster his testimony: see *Béland, supra*, at p. 434. Nor did his testimony verge on advocacy. He neither explicitly nor implicitly commented on the complainant's credibility or the ulti-

On n'a pas soulevé en l'espèce la préoccupation que le jury pouvait être induit en erreur. Le Dr Marshall a témoigné de façon claire et directe. Il a évité les termes scientifiques susceptibles d'obscurcir la question et de dérouter les membres du jury. Son témoignage était facile à comprendre et le jury était bien en mesure de l'évaluer. Contrairement à certains témoins experts, le Dr Marshall ne s'est pas fondé sur ses qualifications ni sur la «mystique de la science» pour donner plus de force à son témoignage: voir *Béland*, précité, à la p. 434. Son témoignage ne s'apparentait pas à

mate issue of the guilt or innocence of the accused. Defence counsel engaged Dr. Marshall in cross-examination and did not seem hindered by the scientific nature of the evidence. On the circumstances that prevailed in the trial below, I cannot conclude that the trial judge erred in holding that the probative value of Dr. Marshall's evidence outweighed its prejudicial effects.

V. Conclusion

I conclude that the record amply supports the trial judge's conclusion that Dr. Marshall's evidence was admissible. The Court of Appeal erred in holding that the evidence should not have been admitted and should not be admitted on the new trial. At the new trial, it will be up to the trial judge to consider the facts, the issues and the submissions of counsel and determine whether the evidence of Dr. Marshall (or any other expert the parties seek to call) meets the *Mohan* criteria for determining admissibility.

Given that the expert evidence issue was secondary to the Court of Appeal's main ruling that a new trial is necessary on other grounds, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial on the issue on which error was conceded.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

MAJOR J. — This appeal raises the question of whether expert evidence may be admitted to inform the jury that children who have suffered sexual abuse respond in different ways with respect to disclosing the abuse. The expert here did not interview the child, so his evidence was not specific to this complainant but was a general explanation applicable to all children.

une plaidoirie. Il n'a jamais explicitement ou implicitement exprimé une opinion sur la crédibilité de la plaignante ou sur la question même de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. L'avocat de la défense a mis à l'épreuve le Dr Marshall en contre-interrogatoire, et la nature scientifique de la preuve n'a pas semblé le gêner. Vu les circonstances ayant entouré le procès, je ne peux pas conclure que le juge du procès a commis une erreur en concluant que la valeur probante du témoignage du Dr Marshall l'emportait sur ses effets préjudiciables.

V. Conclusion

Je conclus que le dossier appuie amplement la conclusion du juge du procès que le témoignage du Dr Marshall était admissible. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la preuve n'aurait pas dû être admise et qu'elle ne devait pas l'être lors du nouveau procès. Au nouveau procès, il appartiendra au juge d'examiner les faits, les questions en litige et les arguments des avocats et de déterminer si le témoignage du Dr Marshall (ou de tout autre expert que les parties désirent faire entendre) satisfait aux critères d'admissibilité de l'arrêt *Mohan*.

Étant donné que la question de la preuve d'expert était secondaire par rapport à la décision principale de la Cour d'appel, selon laquelle la tenue d'un nouveau procès était nécessaire pour d'autres motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès relativement à la question sur laquelle l'existence d'une erreur a été admise.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une preuve d'expert peut être admise pour informer le jury que les enfants qui ont subi des agressions sexuelles réagissent différemment en ce qui a trait à la révélation de ces agressions. En l'espèce, l'expert n'a pas interrogé l'enfant, de sorte que son témoignage ne se rapporte pas à la plaignante en particulier mais est une explication générale applicable à tous les enfants.

42

43

44

45 The reasons of the Chief Justice conclude that the evidence of the child psychologist should be admissible as expert evidence. I reach a different conclusion. In my respectful opinion, the expert evidence tendered by the Crown failed to meet the necessity requirement identified in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, to which these reasons are confined.

I. General Approach to the Necessity Requirement

A. *Standard of Necessity*

46 The second requirement of the *Mohan* analysis exists to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated. Mere relevance or “helpfulness” is not enough. The evidence must also be necessary.

47 I agree with the Chief Justice that some degree of deference is owed to the trial judge’s discretionary determination of whether the *Mohan* requirements have been met on the facts of a particular case, but that discretion cannot be used erroneously to dilute the requirement of necessity. *Mohan* expressly states that mere helpfulness is too low a standard to warrant accepting the dangers inherent in the admission of expert evidence. *A fortiori*, a finding that some aspects of the evidence “might reasonably have assisted the jury” is not enough. As stated by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant,

expert evidence must be necessary in order to allow the fact finder: (1) to appreciate the facts due to their technical nature, or; (2) to form a correct judgment on a matter if ordinary persons are unlikely to do so without the assistance of persons with special knowledge.

(*The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 620, citing *Mohan*, *supra*, at p. 23.)

B. *Dangers of Expert Evidence*

48 In *Mohan*, Sopinka J. stated that the need for expert evidence must be assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. A brief examination of the dangers associated with the

Dans ses motifs, le Juge en chef conclut que le témoignage du psychologue pour enfants devrait être admis en tant que preuve d’expert. J’arrive à une conclusion différente. À mon avis, la preuve d’expert présentée par le ministère public ne satisfait pas à l’exigence de nécessité énoncée dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à laquelle les présents motifs se limitent.

I. Analyse générale de l’exigence de nécessité

A. *La norme de la nécessité*

La deuxième exigence énoncée dans l’analyse de l’arrêt *Mohan* vise à ce que les dangers liés à la preuve d’expert ne soient pas traités à la légère. La simple pertinence ou «utilité» ne suffit pas. La preuve doit aussi être nécessaire.

Je conviens avec le Juge en chef qu’il faut traiter avec une certaine retenue l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès lorsqu’il détermine si, d’après les faits d’une affaire donnée, les exigences de l’arrêt *Mohan* ont été respectées, mais ce pouvoir discrétionnaire ne peut être utilisé erronément pour diluer l’exigence de nécessité. L’arrêt *Mohan* dit expressément que la simple utilité est un seuil trop bas pour justifier l’acceptation des dangers inhérents à l’admission de la preuve d’expert. À plus forte raison, la conclusion que certaines facettes de la preuve «peuvent raisonnablement avoir aidé le jury» ne suffit pas. Comme l’ont indiqué J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant,

[TRADUCTION] la preuve d’expert doit être nécessaire pour permettre au juge des faits: 1) soit d’évaluer les faits, compte tenu de leur technicité, 2) soit de se former une opinion juste sur une affaire s’il est peu probable que des personnes ordinaires puissent le faire sans l’aide de personnes ayant des connaissances particulières.

(*The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 620, citant l’arrêt *Mohan*, précité, à la p. 23.)

B. *Les dangers de la preuve d’expert*

Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka dit que la nécessité de la preuve d’expert doit être évaluée à la lumière de la possibilité qu’elle fausse le processus de recherche des faits. Il est utile pour

admission of expert evidence is helpful to the analysis of this appeal.

A basic tenet of our law is that the usual witness may not give opinion evidence, but testify only to facts within his knowledge, observation and experience. This is a commendable principle since it is the task of the fact finder, whether a jury or judge alone, to decide what secondary inferences are to be drawn from the facts proved.

However, common law courts have since the 14th century recognized that certain exceptional issues require the application of special knowledge lying outside the experience of the usual trier of fact. Expert opinion evidence became admissible as an exception to the rule against opinion evidence in those cases where it was necessary to provide “a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate” (*R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42).

Despite the emergence of the exception, it has been repeatedly recognized that the admissibility requirements of expert evidence do not eliminate the dangers traditionally associated with it. Nevertheless, they are tolerated in those exceptional cases where the jury would be unable to reach their own conclusions in the absence of assistance from experts with special knowledge.

Historically, there existed two modes of utilizing such expert knowledge as was available: first, to select jurors who by experience were best suited to deal with the facts before them, and second, to call experts as friends of the court rather than as witnesses for one side or the other. (See Learned Hand, “Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony” (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.) In this manner, the neutrality of the experts was assured. This notion has long disappeared and now the “professional expert witness” has emerged. Although not biased in a dishonest sense, these witnesses frequently move from the impartiality generally associated with professionals

l’analyse du présent pourvoi d’examiner brièvement les dangers liés à l’admission de la preuve d’expert.

Selon un principe fondamental de notre droit, le témoin ordinaire ne peut pas rendre un témoignage d’opinion; il ne peut témoigner que sur les faits relevant de ses connaissances, de ses observations et de son expérience. Il s’agit d’un principe louable puisqu’il appartient au juge des faits, qu’il s’agisse d’un jury ou d’un juge seul, de décider quelles conclusions secondaires doivent être tirées des faits prouvés.

Toutefois, les tribunaux de common law reconnaissent depuis le 14^e siècle que certaines questions exceptionnelles requièrent l’application de connaissances particulières dépassant l’expérience du juge des faits ordinaire. La preuve d’expert est devenue admissible à titre d’exception à la règle contre les témoignages d’opinion dans les cas où il était nécessaire de fournir «une conclusion toute faite que [le juge et le jury], en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler» (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42).

Malgré l’émergence de l’exception, il a été reconnu à maintes reprises que les exigences d’admissibilité de la preuve d’expert n’éliminaient pas les dangers qui y sont traditionnellement liés. Néanmoins, ils sont tolérés dans les cas exceptionnels où le jury serait incapable de tirer ses propres conclusions sans l’aide d’experts ayant des connaissances particulières.

Par le passé, il existait deux façons d’utiliser les connaissances d’expert disponibles: premièrement, en choisissant des jurés qui, en raison de leur expérience, étaient les plus aptes à examiner les faits dont ils étaient saisis; deuxièmement, en faisant entendre les experts à titre d’amis de la cour plutôt qu’à titre de témoins d’une partie ou de l’autre. (Voir Learned Hand, «Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony» (1901), 15 *Harv. L. Rev.* 40.) De cette manière, la neutralité des experts était assurée. Cette notion est disparue depuis longtemps et le «témoin expert professionnel» est apparu. Bien qu’ils n’aient aucun parti-pris dicté par la malhonnêteté, ces

49

50

51

52

to advocates in the case. In some notable instances, it has been recognized that this lack of independence and impartiality can contribute to miscarriages of justice. (See, e.g., *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report) (1998), at p. 172.)

témoins passent fréquemment de l'impartialité généralement associée aux professionnels à la défense d'une idée. Il a été reconnu dans certains cas notoires que ce manque d'indépendance et d'impartialité pouvait contribuer aux erreurs judiciaires. (Voir, p. ex., *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (le rapport Kaufman) (1998), aux pp. 199 et 200.)

53 The primary danger arising from the admission of any opinion evidence is that the province of the jury might be usurped by that of the witness. This danger is especially prevalent in cases of expert opinion evidence. Faced with an expert's impressive credentials and mastery of scientific jargon, jurors are more likely to abdicate their role as fact-finders and simply attorn to the opinion of the expert in their desire to reach a just result. See *Mohan*, *supra*, per Sopinka J. at p. 21:

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. As La Forest J. stated in *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 434, with respect to the evidence of the results of a polygraph tendered by the accused, such evidence should not be admitted by reason of "human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science".

Le principal danger découlant de l'admission d'un témoignage d'opinion est que les fonctions du jury risquent d'être usurpées par celles du témoin. Ce danger est particulièrement présent dans les cas de témoignages d'opinion d'experts. Devant les qualifications impressionnantes d'un expert et sa maîtrise du langage scientifique, les jurés sont plus susceptibles d'abandonner leur rôle de juge des faits et de simplement s'en remettre à l'opinion de l'expert dans leur désir d'en venir à un résultat juste. Voir *Mohan*, précité, le juge Sopinka, à la p. 21:

La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 434, relativement au témoignage sur les résultats d'un détecteur de mensonges produits par l'accusé, une telle preuve ne devrait pas être admise en raison de «la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science».

54 The danger of attornment to the opinion of the expert is further increased by the fact that expert evidence is highly resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field. In cases where there is no competing expert evidence, this will have the effect of depriving the jury of an effective framework within which to evaluate the merit of the evidence.

Le danger de s'en remettre à l'opinion de l'expert est davantage aggravé par le fait que la preuve d'expert est très imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine. Dans les affaires où il n'y a aucune preuve d'expert contradictoire, cela a pour effet de priver le jury d'un cadre efficace dans lequel évaluer le bien-fondé de la preuve.

55 Additional dangers are created by the fact that expert opinions are usually derived from academic literature and out-of-court interviews, which material is unsworn and not available for cross-exami-

Des dangers supplémentaires sont créés par le fait que les opinions d'expert découlent généralement de la documentation scientifique et d'entrevues extrajudiciaires, car ces informations ne sont

nation. Though not properly admissible as evidence for the proof of its contents, this material generally finds its way into the proceedings because “if an expert is permitted to give his opinion, he ought to be permitted to give the circumstances upon which that opinion is based” (*R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.), at p. 65). In many cases, this material carries with it prejudicial effects which require special instructions to the jury (*Abbey, supra*, at p. 45).

Finally, expert evidence is time-consuming and expensive. Modern litigation has introduced a proliferation of expert opinions of questionable value. The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admission of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into “a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept” (*Mohan, supra*, at p. 24).

C. Summary of General Approach to Necessity

In summary of the general principles expressed above, I adopt the following passage by Professor Paciocco:

As the *Mohan* Court explained, the four-part test serves as recognition of the time and expense that is needed to cope with expert evidence. It exists in appreciation of the distracting and time-consuming thing that expert testimony can become. It reflects the realization that simple humility and a desire to do what is right can tempt triers of fact to defer to what the expert says. It even addresses the fact that with expert testimony, lawyers may be hard-pressed to perform effectively their function of probing and testing and challenging evidence because its subject matter will often pull them beyond their competence, let alone their expertise. This leaves the trier of fact without sufficient information to assess its reliability adequately, increasing the risk that the expert opinion will simply be attorned to. When should we place the legal system and the truth at such risk by allowing expert evidence? Only when lay persons are apt to come to a wrong conclusion without expert assis-

pas attestées sous serment et ne peuvent pas faire l’objet d’un contre-interrogatoire. Bien qu’en principe elles ne soient pas admissibles en tant que preuve de leur contenu, ces informations finissent généralement par faire partie des procédures parce que [TRADUCTION] «si l’on permet à un expert de donner son opinion, on devrait lui permettre de divulguer les circonstances sur lesquelles celle-ci se fonde» (*R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.), à la p. 65). Souvent, ces informations ont des effets préjudiciables qui requièrent des directives spéciales au jury (*Abbey, précité*, à la p. 45).

Enfin, la preuve d’expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d’opinions d’expert de valeur douteuse. On n’insistera jamais assez sur l’importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu’on laisse le champ libre à l’admission de la preuve d’expert, le procès a tendance à dégénérer en «un simple concours d’experts, dont le juge des faits se ferait l’arbitre en décidant quel expert accepter» (*Mohan, précité*, à la p. 24).

C. Résumé de l’analyse générale de l’exigence de nécessité

Pour résumer les principes généraux exposés précédemment, j’adopte les propos suivants du professeur Paciocco:

[TRADUCTION] Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Mohan*, le critère en quatre parties permet de prendre conscience du temps et des dépenses qu’exige la preuve d’expert. Ce critère existe pour la raison que le témoignage d’expert peut détourner l’attention et prendre énormément de temps. Il reflète la constatation que la simple humilité et le désir de faire ce qui est juste peut amener le juge des faits à s’en remettre à ce que dit l’expert. Il vise même le fait qu’avec le témoignage d’expert, les avocats peuvent avoir beaucoup de mal à exercer efficacement leurs fonctions d’examiner, d’éprouver et de contester la preuve parce que son objet dépasse leur compétence, et à plus forte raison leur expertise. Il en résulte que le juge des faits manque de renseignements pour évaluer adéquatement la fiabilité de la preuve, ce qui accroît le risque qu’il s’en remette simplement à l’opinion d’expert. Quand devons-nous faire courir un tel risque au système juridique et à la vérité en

56

57

tance, or where access to important information will be lost unless we borrow from the learning of experts. As *Mohan* tells us, it is not enough that the expert evidence be helpful before we will be prepared to run these risks. That sets too low a standard. It must be necessary.

(D. Paciocco, *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* (1998), at pp. 16-17.)

II. Application of General Principles

A. *Introduction*

58 In my view, the content of the expert evidence admitted in this case was not unique or scientifically puzzling but was rather the proper subject for a simple jury instruction. This being the case, its admission was not necessary.

59 Distilling the probative elements of Dr. Marshall's testimony from its superfluous and prejudicial elements, one bald statement of principle emerges. In diagnosing cases of child sexual abuse, the timing of the disclosure, standing alone, signifies nothing. Not all victims of child sexual abuse will disclose the abuse immediately. It depends upon the circumstances of the particular victim. I find surprising the suggestion that a Canadian jury or judge alone would be incapable of understanding this simple fact. I cannot identify any technical quality to this evidence that necessitates expert opinion.

B. *The Law in Relation to Timing of Disclosure*

60 In medieval times, the opinion expressed in Dr. Marshall's evidence was contrary to our law. Authorities from as early as the 13th century reveal that the common law once contained an absolute requirement that victims of sexual abuse raise an immediate "hue and cry" in order for their appeal to be heard. An example is provided by the following archaic passage cited in *Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, at p. 764:

permettant la preuve d'expert? Seulement quand les profanes sont susceptibles d'en venir à une conclusion erronée sans l'aide d'experts ou qu'ils seront privés de renseignements importants s'ils ne peuvent recourir aux connaissances d'experts. Comme l'arrêt *Mohan* nous l'indique, il ne suffit pas que la preuve d'expert soit utile pour que nous soyons prêts à courir ces risques. C'est un critère trop faible. Elle doit être nécessaire.

(D. Paciocco, *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* (1998), aux pp. 16 et 17.)

II. L'application des principes généraux

A. *Introduction*

J'estime que le contenu de la preuve d'expert admise en l'espèce n'est pas exceptionnel ni incertain sur le plan scientifique et qu'il peut simplement faire l'objet d'une directive au jury. Cela étant, l'admission de cette preuve n'était pas nécessaire.

Si on sépare les éléments probants du témoignage du Dr Marshall de ses éléments superflus et préjudiciables, il en ressort un énoncé de principe évident. Lorsqu'on détermine s'il y a eu agression sexuelle sur un enfant, le moment de la révélation, à lui seul, n'indique rien. Les enfants victimes d'agression sexuelle ne révèlent pas tous l'agression immédiatement. Cela dépend de la situation de la victime en cause. Je trouve surprenant que l'on laisse entendre qu'un jury ou juge canadien serait incapable de comprendre ce simple fait. Je ne vois pas dans ce témoignage un caractère technique qui nécessiterait l'opinion d'un expert.

B. *Le droit relatif au moment de la révélation*

Au Moyen-Âge, l'opinion exprimée dans le témoignage du Dr Marshall était contraire à notre droit. Une jurisprudence remontant au 13^e siècle révèle qu'à une époque, la common law contenait l'exigence absolue que les victimes d'agression sexuelle soulèvent immédiatement une «clameur publique» pour que leur recours puisse être entendu. L'extrait archaïque suivant cité dans *Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, à la p. 764, en fournit un exemple:

When therefore a virgin has been so deflowered and overpowered, against the peace of the lord the king, forthwith and while the act is fresh she ought to repair with hue and cry to the neighboring vills and there display to honest men the injury done to her, the blood and her dress stained with blood, and the tearing of her dress; and so she ought to go to the provost of the hundred and to the serjeant of the lord the king and to the coroners and to the viscount and make her appeal at the first county court.

By the end of the 1700s, this formal requirement had evolved into a factual presumption. See, e.g., *Hawkins' Pleas of the Crown*, where the author states: "It is a strong, but not a conclusive, presumption against a woman that she made no complaint in a reasonable time after the fact" (cited by Hawkins J. in *R. v. Lillyman*, [1896] 2 Q.B. 167, at pp. 170-71).

Owing to the inflexibility of the common law, the notion of hue and cry persisted throughout most of the 20th century. See *Kribs v. The Queen*, [1960] S.C.R. 400, per Fauteux J., at p. 405:

The principle is one of necessity. It is founded on factual presumptions which, in the normal course of events, naturally attach to the subsequent conduct of the prosecutrix shortly after the occurrence of the alleged acts of violence. One of these presumptions is that she is expected to complain upon the first reasonable opportunity, and the other, consequential thereto, is that if she fails to do so, her silence may naturally be taken as a virtual self-contradiction of her story.

This reasoning was followed in *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315.

Today and for some time, the rationale in *Kribs* has been repeatedly subjected to criticism, is not followed, and has been overruled. The *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 301, as cited by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 322, states:

The expectations of medieval England as to the reaction of an innocent victim of a sexual attack are no longer relevant. A victim may have a genuine complaint but

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsqu'une vierge a été déflorée par la force, contre la paix de Sa Majesté le Roi, elle doit sur-le-champ, pendant que l'acte est tout récent, demander réparation en soulevant une clameur publique dans les villages voisins et montrer aux hommes honnêtes le tort qui lui a été fait, le sang et sa robe tachée de sang ainsi que la déchirure de sa robe; et elle doit donc s'adresser au prévôt du peuple, au sergent de Sa Majesté le Roi, aux coroners et au vicomte et faire appel à la première cour de comté.

Vers la fin des années 1700, cette exigence formelle s'était transformée en présomption de fait. Voir, p. ex., *Hawkins' Pleas of the Crown*, où l'auteur déclare: [TRADUCTION] «Le fait qu'une femme n'ait fait aucune plainte dans un délai raisonnable après le fait constitue une présomption forte, mais pas concluante, contre elle» (cité par le juge Hawkins dans *R. c. Lillyman*, [1896] 2 Q.B. 167, aux pp. 170 et 171).

Compte tenu de la rigidité de la common law, la notion de clameur publique a persisté au cours de la majeure partie du 20^e siècle. Voir *Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400, le juge Fauteux, à la p. 405:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un principe de nécessité. Il est fondé sur des présomptions de fait qui, dans le cours normal des événements, sont naturellement liées à la conduite de la plaignante peu après la survenance des actes de violence allégués. L'une de ces présomptions est qu'elle devrait se plaindre à la première occasion raisonnable et l'autre, qui en est une conséquence, est que si elle ne le fait pas, son silence peut naturellement être interprété comme la contradiction implicite de sa version.

Ce raisonnement a été suivi dans l'arrêt *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315.

Aujourd'hui et depuis un certain temps, le fondement de l'arrêt *Kribs* fait l'objet de nombreuses critiques, n'est pas suivi et a été écarté. Le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), à la p. 335, cité par Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 322, déclare:

Les attentes de l'Angleterre médiévale relativement aux réactions de la victime innocente d'une agression sexuelle ne sont plus pertinentes. Une victime peut avoir

61

62

delay making it because of such legitimate concerns as the prospect of embarrassment and humiliation, or the destruction of domestic or personal relationships. The delay may also be attributable to the youth or lack of knowledge of the complainant or to threats of reprisal from the accused. In contemporary society, there is no longer a logical connection between the genuineness of a complaint and the promptness with which it is made.

In response to this criticism, Parliament chose to abrogate the authority of *Kribs* and *Timm* by statute (see s. 275 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46).

63 Application of the mistake reflected in the early common law now constitutes reversible error. See *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, *per* McLachlin J. (as she then was) at p. 136:

Finally, the Court of Appeal relied on the fact that neither of the older children was “aware or concerned that anything untoward occurred which is really the best test of the quality of the acts.” This reference reveals reliance on the stereotypical but suspect view that the victims of sexual aggression are likely to report the acts, a stereotype which found expression in the now discounted doctrine of recent complaint. In fact, the literature suggests the converse may be true; victims of abuse often in fact do not disclose it, and if they do, it may not be until a substantial length of time has passed.

The significance of the complainant’s failure to make a timely complaint must not be the subject of any presumptive adverse inference based upon now rejected stereotypical assumptions of how persons (particularly children) react to acts of sexual abuse: *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at pp. 408-9; *R. v. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

C. Appropriateness of a Judicial Instruction

64 Given that the statement of principle expressed by Dr. Marshall reflects the current state of Cana-

une plainte réelle à formuler mais la retarder à cause d’inquiétudes aussi légitimes que la perspective d’être embarrassée et humiliée ou la possibilité de la destruction de liens familiaux ou personnels. Le retard peut également être attribué à la jeunesse ou au manque d’expérience de la plaignante ou à des menaces de représailles émanant de l’accusé. Dans la société contemporaine, il n’y a plus de rapport logique entre le bien-fondé d’une plainte et la promptitude avec laquelle elle est formulée.

À la suite de cette critique, le Parlement a choisi d’abolir le précédent établi dans *Kribs* et *Timm* (voir art. 275 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46).

L’application de l’erreur reflétée dans la common law des premiers temps constitue maintenant une erreur justifiant l’annulation. Voir *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), à la p. 136:

Enfin, la Cour d’appel s’est fondée sur le fait qu’aucune des deux enfants plus âgées n’était [TRADUCTION] «consciente que quelque chose d’inconvenant s’était produit ou ne s’en préoccupait, ce qui, en réalité, est le meilleur critère quant à la nature des actes.» Il faut en conclure qu’elle s’est appuyée sur l’opinion stéréotypée mais douteuse qu’il est probable que les victimes d’agression sexuelle dénonceront ces actes, un stéréotype qui a trouvé expression dans la doctrine aujourd’hui mise de côté de la plainte immédiate. En fait, selon la documentation sur le sujet, c’est plutôt le contraire qui serait vrai; en réalité, il arrive fréquemment que les victimes d’abus ne dénoncent pas celui-ci, et si elles le font, ce n’est peut-être pas avant un long moment.

L’importance de l’omission de la plaignante de faire une plainte en temps opportun ne doit pas faire l’objet de quelque conclusion défavorable présumée fondée sur des hypothèses stéréotypées, maintenant rejetées, quant à la façon dont les personnes (particulièrement les enfants) réagissent aux actes d’agression sexuelle: *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), aux pp. 408 et 409; *R. c. T.E.M.* (1996), 187 A.R. 273 (C.A.).

C. L’opportunité d’une directive du juge

Étant donné que l’énoncé de principe exprimé par le Dr Marshall reflète l’état actuel du droit

dian law, it could have and should have been included in the trial judge's instructions to the jury. As this would have effectively dispelled the possibility that the jury might engage in stereotypical reasoning, it was not necessary to inject the dangers of expert evidence into the trial.

A trial judge should recognize and so instruct a jury that there is no inviolable rule on how people who are the victims of trauma like a sexual assault will behave. Some will make an immediate complaint, some will delay in disclosing the abuse, while some will never disclose the abuse. Reasons for delay are many and at least include embarrassment, fear, guilt, or a lack of understanding and knowledge. In assessing the credibility of a complainant, the timing of the complaint is simply one circumstance to consider in the factual mosaic of a particular case. A delay in disclosure, standing alone, will never give rise to an adverse inference against the credibility of the complainant.

It was submitted that it is preferable to introduce the concept contained in Dr. Marshall's evidence to the jury by way of expert testimony rather than by judicial instruction. In my view, this argument is flawed. There is nothing to be gained from a cross-examination of the simple and irrefutable proposition advanced in this case by the expert. As well, there is no benefit to be derived from the added flexibility of expert evidence since the undeniable nature of the proposition does not lend itself to future advancements in knowledge and understanding.

A jury instruction, in preference to expert opinion, where practicable, has advantages. It saves time and expense. But of greater importance, it is given by an impartial judicial officer, and any risk of superfluous or prejudicial content is eliminated.

In this appeal, the evidence presented by the expert was precisely what the jury would have been instructed by a proper charge. There is no difference of substance between the two.

canadien, il aurait pu et aurait dû faire l'objet d'une directive du juge au jury. Puisque cela aurait écarté efficacement la possibilité que le jury suive un raisonnement stéréotypé, il n'était pas nécessaire d'intégrer au procès les dangers de la preuve d'expert.

Le juge du procès doit reconnaître et dire au jury qu'il n'existe aucune règle immuable sur la façon dont se comportent les victimes de traumatismes comme une agression sexuelle. Certaines personnes font une plainte immédiate, certaines tardent à révéler l'agression tandis que d'autres ne la révéleront jamais. De nombreuses raisons expliquent le retard, dont à tout le moins la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance. Dans l'évaluation de la crédibilité du plaignant, le moment de la plainte ne constitue qu'une circonstance à examiner dans la mosaïque factuelle d'une affaire donnée. À lui seul, le retard de la révélation ne donnera jamais lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant.

On a prétendu qu'il était préférable de présenter au jury le concept contenu dans le témoignage du Dr Marshall au moyen du témoignage d'un expert plutôt qu'au moyen d'une directive du juge. J'estime que cet argument est mal fondé. Il n'y a rien à gagner du contre-interrogatoire relatif à la proposition simple et irrefutable avancée en l'espèce par l'expert. De même, il n'y a aucun avantage découlant de la plus grande souplesse de la preuve d'expert, car la nature indéniable de la proposition ne permet pas d'améliorer les connaissances et la compréhension.

Favoriser la directive au jury plutôt que l'opinion d'un expert, lorsque cela est possible, comporte des avantages. Cela fait gagner du temps et économiser de l'argent. Plus important encore, la directive est donnée par un officier de justice impartial et tout risque de contenu superflu ou préjudiciable est éliminé.

Dans le présent pourvoi, le témoignage de l'expert consistait exactement en ce qu'une directive appropriée aurait exposé au jury. Il n'y a aucune différence de fond entre les deux.

65

66

67

68

III. Conclusion

69 The doctrine of recent complaint as a principle of law did not exist in Canada at the time of the trial. The expert evidence supported the wisdom of having abolished that principle. There was no basis for the exercise of the trial judge's discretion to permit expert evidence that supported the correctness of the change in our law.

70 As a result, the expert evidence led in this case, as disclosed by the trial record, was not capable and did not meet the second requirement of necessity in the *Mohan* analysis. If a proper jury instruction had been given, there was no possibility that the jury would have been unable to grasp the concept because of its technical nature, there being none in this case. There was no possibility that the jury would reach an erroneous conclusion if not assisted by the expert.

71 As a consequence, the appeal is dismissed. I agree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal that the expert evidence tendered by the Crown in this case was inadmissible. As there is to be a new trial in any event, I refrain from deciding whether the prejudicial effect of its admission resulted in a miscarriage of justice on the facts of this case.

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting on the merits.

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

Solicitors for the respondent: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

III. Conclusion

La doctrine de la plainte immédiate n'existait pas au Canada en tant que principe de droit au moment du procès. La preuve d'expert confirme la sagesse de l'abolition de ce principe. Rien ne permettait au juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre une preuve d'expert appuyant le bien-fondé de la modification apportée à notre droit.

Par conséquent, la preuve d'expert présentée en l'espèce, selon le dossier du procès, ne pouvait pas respecter et n'a pas respecté la deuxième exigence de l'analyse de l'arrêt *Mohan*, soit celle de la nécessité. Si une directive appropriée avait été donnée au jury, il n'aurait pas été possible que ce dernier soit incapable de comprendre le concept en raison de sa nature technique puisqu'il n'y avait rien de technique dans la présente affaire. Il n'était pas possible que le jury tire une conclusion erronée sans l'aide de l'expert.

Le pourvoi est donc rejeté. Je partage la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario que la preuve d'expert présentée par le ministère public dans la présente affaire est irrecevable. Étant donné qu'il y aura un nouveau procès de toute manière, je ne me prononce pas sur la question de savoir si, à la lumière des faits de l'espèce, l'effet préjudiciable de l'admission de cette preuve a donné lieu à une erreur judiciaire.

Pourvoi rejeté, le juge en chef MCLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents quant au fond.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Pinkofsky Lockyer, Toronto.