

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

W.J.F. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. F. (W.J.)

File No.: 26854.

1999: May 19; 1999: October 15.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Evidence — Hearsay — Necessity and reliability exception — Sexual assault of child — Child making statements to relatives but not responding verbally to questions at trial — No reason given for failure to testify — Whether reason for failure to testify required for finding that out-of-court statements admissible as necessary and reliable.

The accused was charged with sexually assaulting a five-year-old girl. The complainant, who was six years and eight months old at trial, testified in a cleared courtroom behind a screen with a support person present. She did not answer when asked about the assaults and did not adopt a videotape of her extensive account given to the police. Crown counsel applied to have her out-of-court statements to relatives about the alleged assaults introduced into evidence for the truth of their contents as an exception to the hearsay rule, on the basis that the statements met the requirements of necessity and reliability. On a *voir dire*, the trial judge ruled that the statements were inadmissible because the Crown, since it had not presented evidence establishing why the child failed to testify, had failed to establish necessity. The Crown presented no further evidence, and the accused was acquitted. The majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. At issue here is whether the

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

W.J.F. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. F. (W.J.)

N° du greffe: 26854.

1999: 19 mai; 1999: 15 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Preuve — Oui-dire — Exception fondée sur la nécessité et la fiabilité — Agression sexuelle d'une enfant — Enfant ayant fait des déclarations à des membres de sa famille mais ne répondant pas verbalement aux questions posées lors du procès — Aucune raison donnée pour expliquer l'omission de témoigner — La raison de l'omission de témoigner est-elle requise pour pouvoir conclure à l'admissibilité de déclarations extrajudiciaires pour le motif qu'elles sont nécessaires et fiables?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle d'une enfant de cinq ans. La plaignante, qui était âgée de six ans et huit mois au moment du procès, a témoigné à huis clos derrière un écran, en présence d'une personne chargée de l'assister. Elle n'a pas répondu aux questions portant sur les agressions en cause et n'a pas confirmé le contenu d'un enregistrement magnétoscopique du récit complet qu'elle en avait fait à la police. L'avocat du ministère public a ensuite demandé que les déclarations extrajudiciaires qu'elle avait faites à des membres de sa famille relativement aux agressions alléguées soient produites comme preuve de la véracité de leur contenu, à titre d'exception à la règle du oui-dire, pour le motif que ces déclarations satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès a décidé que ces déclarations étaient inadmissibles parce que le ministère public n'avait pas établi la nécessité étant donné qu'il n'avait présenté aucune preuve établissant pourquoi l'enfant n'avait pas témoigné. Le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel du ministère public. Il s'agit en l'espèce de savoir si le ministère public était incapable

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

Crown could not establish necessity absent extrinsic evidence explaining why the child refused to testify.

Held (Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: The requirement of necessity may be established either on the basis of what has happened at trial or on the basis of evidence. Evidence as to the reason why the child fails to give evidence in court, while often useful, is not essential. What is required is that the trial judge be satisfied that the evidence is unavailable despite reasonable efforts to obtain it. Fear or disinclination, without more, do not constitute necessity. If the circumstances reveal that the child cannot, for whatever reason, give evidence in a meaningful way, then the trial judge may conclude that it is self-evident, or evident from the proceedings, that out-of-court statements are “necessary” if the court is to get the evidence and discover the truth of the matter. An insistence on evidence to support necessity in every case cannot be reconciled with the values underlying the hearsay rule and the increasing sensitivity in society generally to the difficulties children face when called upon to testify. Here, the record disclosed inability to testify consistent with trauma and negated the suggestion that the child was unwilling to testify.

Per L’Heureux-Dubé J.: Although in complete agreement with the reasons of McLachlin J., the need for increased sensitivity to the difficulties that child witnesses face required emphasis. Separating the child witness from the alleged abuser does not erase the trauma of testifying. When a child witness is unable to respond in a meaningful way, sometimes what happened may make it so clear that the witness was truly unable to testify that necessity can be inferred absent evidence as to why the witness cannot testify. Expert testimony is neither a panacea nor a prerequisite to observing and understanding the traumatized child witness.

Per Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. (dissenting): A finding of necessity for the admission of hearsay evidence requires an evidentiary foundation that is appropriate in the circumstances. If the trial judge is to satisfy him- or herself that the hearsay evidence is actually necessary, counsel attempting to introduce the evi-

d’établir la nécessité en l’absence de preuve extrinsèque expliquant pourquoi l’enfant refusait de témoigner.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Les juges Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: La nécessité requise peut être établie soit en fonction de ce qui s’est passé au procès, soit en fonction d’éléments de preuve. La preuve qui explique pourquoi l’enfant ne témoigne pas en cour, bien qu’elle soit souvent utile, n’est pas essentielle. Ce qui est nécessaire, c’est que le juge du procès soit convaincu que le témoignage n’est pas disponible malgré le déploiement d’efforts raisonnables pour l’obtenir. La peur ou le manque d’enthousiasme, sans plus, ne constitue pas de la nécessité. Si les circonstances révèlent que l’enfant ne peut pas, pour une raison quelconque, témoigner de façon utile, le juge du procès peut alors conclure qu’il est évident en soi, ou évident d’après ce qui s’est passé au procès, que les déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires» pour que le tribunal puisse obtenir la preuve et découvrir la vérité. Le fait d’insister pour qu’une preuve étayant la nécessité soit présentée dans tous les cas n’est pas conciliable avec les valeurs sous-jacentes de la règle du oui-dire et la sensibilité accrue de la société en général aux difficultés qu’éprouvent les enfants appelés à témoigner. En l’espèce, le dossier révélait une incapacité de témoigner susceptible d’être due à un traumatisme, et écartait l’idée que l’enfant ne voulait pas témoigner.

Le juge L’Heureux-Dubé: En dépit d’un accord complet avec les motifs du juge McLachlin, la nécessité de développer une sensibilité accrue vu les difficultés qu’éprouvent les enfants appelés à témoigner mérite d’être soulignée. Séparer le témoin enfant de son prétendu agresseur n’efface pas le traumatisme que lui cause son témoignage. Lorsqu’un témoin enfant n’arrive pas à répondre de façon utile, il peut parfois être si évident, d’après ce qui s’est passé, que le témoin était réellement incapable de déposer, qu’il est possible de déduire la nécessité sans disposer d’une preuve expliquant pourquoi le témoin ne peut pas déposer. La preuve d’expert n’est ni une panacée ni une condition préalable pour observer et comprendre le témoin enfant traumatisé.

Le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major (dissidents): Conclure qu’il est nécessaire d’admettre une preuve par oui-dire requiert un fondement probant approprié dans les circonstances. Si le juge du procès doit s’assurer que la preuve par oui-dire est réellement nécessaire, il incombe à l’avocat qui tente de présenter

dence must make some reasonable attempt to establish such a foundation. Here, the Crown did not take even simple steps to determine if the witness could continue after a pause. The reason a witness has stopped talking has everything to do with present or future availability and ability to testify and must accordingly be subject to a specific determination based on an evidentiary foundation before the admission of hearsay evidence becomes reasonably necessary.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. P. (J.)*, [1993] 1 S.C.R. 469, aff'g (1992), 13 C.R. (4th) 79, 74 C.C.C. (3d) 276; **referred to:** *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. C.N.* (1997), 195 A.R. 387; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266; *R. v. P. (J.)*, [1993] 1 S.C.R. 469, aff'g (1992), 13 C.R. (4th) 79, 74 C.C.C. (3d) 276.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16 [repl. c. 19 (3rd Supp.), s. 18; am. 1994, c. 44, s. 89].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1 [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 16; repl. 1997, c. 16, s. 7].

Authors Cited

American Psychological Association. Brief for *Amicus Curiae* in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), 1989 U.S. Briefs 478 (Lexis).
Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montreal: Thémis, 1993, 231.

cette preuve de tenter raisonnablement d'établir un tel fondement. En l'espèce, le ministère public n'a même pas pris des mesures élémentaires en vue de déterminer si le témoin pourrait continuer après une pause. La raison pour laquelle un témoin a cessé de parler est directement liée à sa disponibilité présente et future pour déposer et à sa capacité présente ou future de le faire, et doit, par conséquent, faire l'objet d'une décision particulière fondée sur une preuve pour que l'admission d'une preuve par ouï-dire devienne raisonnablement nécessaire.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. P. (J.)*, [1993] 1 R.C.S. 469, conf. (1992), 13 C.R. (4th) 79; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. C.N.* (1997), 195 A.R. 387; *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, autorisation de pourvoi refusée, [1966] R.C.S. vii; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266; *R. c. P. (J.)*, [1993] 1 R.C.S. 469, conf. (1992), 13 C.R. (4th) 79.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1 [aj. ch. 19 (3^e suppl.), art. 16; rempl. 1997, ch. 16, art. 7].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16 [rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 18; mod. 1994, ch. 44, art. 89].

Doctrine citée

American Psychological Association. Brief for *Amicus Curiae* in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), 1989 U.S. Briefs 478 (Lexis).
Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Thémis, 1993, 231.

- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
- Bulkley, Josephine, and Claire Sandt, eds. *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*. Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children* ("Badgley Report"). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Castel, Jacqueline. "The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?" (1992), 10 *Can. J. Fam. L.* 283.
- Harvey, Wendy, and Paulah Edwards Dauns. *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process*. Toronto: Butterworths, 1993.
- Marchese, Claudia L. "Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*" (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411.
- McLeer, Susan V., et al. "Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children", *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650-654.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Child Witnesses*. Toronto: The Commission, 1991.
- Paciocco, David M. "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.
- Roberts, Julian V. *Sexual Assault Legislation in Canada, An Evaluation: An Analysis of National Statistics* (Report No. 4). Ottawa: Department of Justice, 1990.
- Saywitz, Karen. "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in Josephine Bulkley and Claire Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*. Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994, 15.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Western Australia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses*. Perth: The Commission, 1990.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5, 3rd ed. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
- Bulkley, Josephine, and Claire Sandt, eds. *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*. Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* («rapport Badgley»). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- Castel, Jacqueline. «The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?» (1992), 10 *Rev. can. d. fam.* 283.
- Harvey, Wendy, and Paulah Edwards Dauns. *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process*. Toronto: Butterworths, 1993.
- Marchese, Claudia L. «Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child's Trauma Against the Defendant's Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*» (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 411.
- McLeer, Susan V., et al. «Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children», *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650-654.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Child Witnesses*. Toronto: The Commission, 1991.
- Paciocco, David M. «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.
- Roberts, Julian V. *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation: Analyse des statistiques nationales* (Rapport n° 4). Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.
- Saywitz, Karen. «Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application», in Josephine Bulkley and Claire Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*. Washington, D.C.: ABA Center on Children and the Law, 1994, 15.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Western Australia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses*. Perth: The Commission, 1990.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5, 3rd ed. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.
- APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1998), 165 D.L.R. (4th) 247, 128 C.C.C. (3d) 550, 18 C.R. (5th) 199, [1999] 3
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1998), 165 D.L.R. (4th) 247, 128 C.C.C. (3d) 550, 18 C.R. (5th) 199, [1999] 3

W.W.R. 42, [1998] S.J. No. 604 (QL), dismissing an appeal from acquittal by Ebert Prov. Ct. J. Appeal allowed, Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Daryl Rayner, for the appellant.

David W. Andrews, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — This case is about a child witness who stopped answering questions during an examination. The Crown asked the trial judge to conclude that the witness was necessarily unavailable to provide further evidence, thus allowing the admission of hearsay evidence in the form of the witness's prior out-of-court statements to various relatives. The trial judge held that the Crown had failed to offer any evidence as to why the witness had stopped testifying and thus as to whether hearsay evidence was necessary. As a result, the trial judge refused to infer that hearsay evidence was now necessary. Justice McLachlin would overturn the holding of the trial judge. After a consideration of the difficult circumstances of this case, I find myself unable to agree with McLachlin J.'s conclusion.

Admitting hearsay evidence is always a serious matter. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764, I highlighted the dangers inherent in hearsay evidence:

... the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the declarant when the statement was made (as well as the trier's inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent.

W.W.R. 42, [1998] S.J. No. 604 (QL), qui a rejeté l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Ebert de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Daryl Rayner, pour l'appelante.

David W. Andrews, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — Il est question en l'espèce d'un témoin enfant qui a cessé de répondre aux questions qui lui étaient posées lors d'un interrogatoire. Le ministère public a demandé au juge du procès de conclure que ce témoin était nécessairement non disponible pour continuer à déposer, et d'autoriser ainsi l'admission d'une preuve par ouï-dire consistant en des déclarations extrajudiciaires que le témoin avait faites antérieurement à divers membres de sa famille. Le juge du procès a décidé que le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve expliquant pourquoi le témoin avait cessé de déposer et, partant, pourquoi une preuve par ouï-dire était nécessaire. En conséquence, le juge du procès a refusé de conclure qu'une preuve par ouï-dire était désormais nécessaire. Le juge McLachlin est d'avis d'écarter la décision du juge du procès. Compte tenu des circonstances difficiles de la présente affaire, il m'est impossible de souscrire à la conclusion du juge McLachlin.

Admettre une preuve par ouï-dire est toujours une chose sérieuse. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 764, j'ai souligné les dangers inhérents de la preuve par ouï-dire:

... l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite; l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite (ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits de s'assurer que le témoin a vraiment dit ce que l'on prétend qu'il a dit), et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite.

1

2

While not all of these dangers apply to every type of hearsay evidence, their general presence underlines the importance to a fair justice system of trial judges' treating hearsay evidence in a prudent fashion.

3 Balanced against this, of course, is the reality that hearsay evidence may be the best or the only evidence going to some critical fact. This Court has adopted a modern, principled approach to hearsay evidence, recognizing that out-of-court statements may be admitted for the truth of their contents where their admission is reasonably necessary to the determination of a fact in issue and where the circumstances surrounding these statements tend to support their reliability. See *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. This Court has also properly taken up its role in protecting the most vulnerable members of our society by recognizing the trauma that children who are victims of horrible crimes may face in appearing in court and by interpreting the *Khan* and *Smith* principles in an appropriately flexible fashion. See *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 20.

4 In interpreting these principles flexibly, however, we must not forget that the reasonable necessity criterion is a real requirement that serves as an important protection in our criminal justice system. It is not a mere formality established whenever a witness is uncommunicative for some unknown reason; it requires an evidentiary foundation. McLachlin J. has written elsewhere: "There is no presumption of necessity; it must always be considered on the circumstances of a particular case" (*Rockey*, *supra*, at para. 17 (emphasis added)). In my respectful view, McLachlin J.'s approach in the case at bar would require a trial judge to infer necessity in circumstances where the Crown failed to take even simple steps to establish it.

5 Commencing at para. 33, McLachlin J. separates the reasons for which a witness is not testifying from the question of that witness's availability and,

Bien que ces dangers ne s'appliquent pas intégralement à tous les types de preuve par oui-dire, leur existence en général souligne que, pour assurer l'équité d'un système judiciaire, il importe que le juge du procès traite avec prudence la preuve par oui-dire.

En revanche, bien entendu, la preuve par oui-dire peut constituer la meilleure ou la seule preuve concernant un fait décisif. Notre Cour a adopté une approche moderne et fondée sur des principes relativement à la preuve par oui-dire, en reconnaissant que les déclarations extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu lorsque leur admission est raisonnablement nécessaire à la détermination d'un fait en litige et lorsque les circonstances entourant ces déclarations tendent à étayer leur fiabilité. Voir *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Notre Cour a aussi assumé à bon droit son rôle de protection des membres les plus vulnérables de notre société en reconnaissant le traumatisme que peuvent subir les enfants victimes de crimes horribles lorsqu'ils comparaissent en cour, et en donnant aux principes des arrêts *Khan* et *Smith* une interprétation plus appropriée. Voir *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 20.

Toutefois, en interprétant ces principes d'une manière souple, nous ne devons pas oublier que le critère de la nécessité raisonnable est une exigence réelle qui constitue une protection importante dans notre système de justice criminelle. Il ne s'agit pas simplement d'une formalité à remplir chaque fois qu'un témoin se montre peu communicatif pour une raison inconnue; il doit y avoir une preuve en ce sens. Dans un autre arrêt, le juge McLachlin a écrit: «Il n'existe pas de présomption de nécessité; chaque cas doit être examiné à la lumière des circonstances qui lui sont propres» (*Rockey*, précité, au par. 17 (je souligne)). J'estime, en toute déférence, que l'approche adoptée en l'espèce par le juge McLachlin obligerait le juge du procès à déduire la nécessité dans des circonstances où le ministère public n'a même pas tenté de l'établir.

À partir du par. 33, le juge McLachlin établit une distinction entre les raisons pour lesquelles un témoin ne dépose pas et la question de la disponi-

thus, from the issue of the necessity of introducing substitute hearsay evidence. What this dichotomy obscures is the reality that why a witness is not testifying has everything to do with that witness's present or future availability and ability to testify. A witness suffering a temporary physical illness is different from a witness who is on the verge of suffering permanent mental trauma, who is different from a witness who is effectively recanting, who is in turn different from a witness who simply decides not to participate in the process. Without knowing why a witness is uncommunicative, we cannot know whether that witness is genuinely unavailable or, accordingly, whether resort to hearsay evidence is reasonably necessary.

It is appropriate for a trial judge to be quite cautious in making determinations as to why a witness has stopped testifying. A trial judge is unlikely to bring to the bench any particular medical expertise. To ask the trial judge to guess and make assumptions about why a witness has stopped testifying puts a heavy burden on him or her. This burden is all the heavier when the trial judge has no expertise to evaluate the risks of harm to a child witness in proceeding, yet he or she must try to evaluate these in a charged context with a great deal at stake.

A finding of necessity for the admission of hearsay evidence requires an evidentiary foundation that is appropriate in the circumstances: see *Khan*, *supra*, at p. 546. If the trial judge is to satisfy him- or herself that the hearsay evidence is actually necessary, it is incumbent on counsel attempting to introduce the evidence to make some reasonable attempt to establish such a foundation. In *R. v. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266, a case not dissimilar from that at bar, the Ontario Court of Appeal considered a situation where the Crown had adduced no evidence as to why a child witness's testimony in court did not go as far as her earlier out-of-court statements. The Ontario Court of Appeal held that this meant that the Crown had failed to establish the reasonable necessity of admitting the hearsay statements. This is not a

bilité de ce témoin et, ainsi, la question de la nécessité de présenter une preuve par ouï-dire substitutive. Cette dichotomie masque le fait que la raison pour laquelle un témoin ne dépose pas est directement liée à sa disponibilité présente ou future pour déposer et à sa capacité présente ou future de le faire. Le témoin temporairement atteint d'une maladie physique est différent du témoin au bord du traumatisme mental permanent, lequel diffère du témoin qui se rétracte effectivement et qui, à son tour, est différent du témoin qui décide simplement de ne pas participer au processus. Si nous ignorons pourquoi un témoin est peu communicatif, nous ne pouvons pas savoir si ce témoin est véritablement non disponible ni, par conséquent, si le recours à une preuve par ouï-dire est raisonnablement nécessaire.

Il est opportun que le juge du procès soit très prudent en déterminant pourquoi un témoin a cessé de déposer. Le juge du procès est peu susceptible d'être doté d'une compétence médicale particulière. C'est lui imposer un lourd fardeau que de lui demander d'essayer de deviner pourquoi un témoin a cessé de déposer. Ce fardeau est d'autant plus lourd que le juge du procès n'a pas la compétence voulue pour évaluer les risques de préjudice auxquels sera exposé le témoin enfant en déposant, et pourtant il doit tenter de les évaluer dans un contexte tendu où l'enjeu est considérable.

Conclure qu'il est nécessaire d'admettre une preuve par ouï-dire requiert un fondement probant approprié dans les circonstances: voir *Khan*, précité, à la p. 546. Si le juge du procès doit s'assurer que la preuve par ouï-dire est réellement nécessaire, il incombe à l'avocat qui tente de présenter cette preuve de tenter raisonnablement d'établir un tel fondement. Dans *R. c. Aguilar* (1992), 10 O.R. (3d) 266, une affaire semblable à celle dont nous sommes saisis, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une situation où le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve expliquant pourquoi le témoignage en cour d'une enfant n'allait pas aussi loin que ses déclarations extrajudiciaires antérieures. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que cela signifiait que le ministère public n'avait pas établi la nécessité raisonnable d'admettre les

6

7

matter of treating child witnesses more harshly than adult witnesses, as McLachlin J. claims at para. 42. Rather, it is a matter of acting prudently in admitting anyone's hearsay evidence when there seems to be a viable alternative in the form of direct testimony and, particularly, when the liberty of an accused is at stake.

déclarations relatées. Il ne s'agit pas de traiter les témoins enfants plus durement que les témoins adultes, comme l'affirme le juge McLachlin au par. 42. Il s'agit plutôt d'agir prudemment en admettant une preuve par ouï-dire quand il semble exister une solution de rechange viable sous forme de témoignage direct et, en particulier, quand la liberté d'un accusé est en jeu.

8 Where a trial judge determines that a witness is unavoidably unavailable or incompetent to testify and a party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source, the reasonable necessity of out-of-court statements might appear self-evident. For example, in *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, the Quebec Court of Appeal recognized that it was impossible for a toddler to appear as a competent witness, thus making the introduction of her out-of-court statements reasonably necessary. I note, however, that the determination of necessity in such circumstances resulted from a prior determination of the witness's incapacity. McLachlin J., in affirming the Quebec Court of Appeal's decision on behalf of a unanimous Supreme Court of Canada, effectively recognized that such a determination was something that itself required inquiry: *R. v. P. (J.)*, [1993] 1 S.C.R. 469.

Lorsque le juge du procès décide qu'un témoin est inévitablement non disponible pour déposer ou inhabile à le faire et qu'une partie est incapable d'obtenir une preuve de qualité comparable auprès d'une autre source, la nécessité raisonnable de déclarations extrajudiciaires pourrait sembler évidente en soi. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. P. (J.)* (1992), 13 C.R. (4th) 79, la Cour d'appel du Québec a reconnu qu'il était impossible pour une bambine d'être considérée comme un témoin habile à déposer, ce qui rendait donc la présentation de ses déclarations extrajudiciaires raisonnablement nécessaire. Je souligne, cependant, que la conclusion de nécessité dans ces circonstances découlait d'une conclusion antérieure que le témoin était incapable de déposer. En confirmant l'arrêt de la Cour d'appel du Québec au nom de la Cour suprême du Canada à l'unanimité, le juge McLachlin a en réalité reconnu qu'une telle conclusion requérait en soi une enquête: *R. c. P. (J.)*, [1993] 1 R.C.S. 469.

9 In the case at bar, the trial judge determined that the child witness was competent to testify. The process was not entirely easy. The witness was unfamiliar with the courtroom, and the record shows clearly that there were numerous occasions when either she gave a non-verbal response or the recorder did not pick up her verbal response. However, it is indisputable that she answered many questions. When she stopped answering questions, Crown counsel adduced no evidence as to why she had stopped. Crown counsel did not even take the simple step of asking for an adjournment to determine in an appropriately sensitive manner if the witness could continue after a pause.

En l'espèce, le juge du procès a décidé que le témoin enfant était habile à déposer. Tout ne s'est pas déroulé aisément. Le témoin n'était pas familier avec la salle d'audience, et le dossier montre clairement qu'à maintes reprises elle a donné soit une réponse non verbale soit une réponse verbale qui n'a pu être captée par le système d'enregistrement. Cependant, elle a incontestablement répondu à de nombreuses questions. Quand elle a cessé de répondre aux questions qui lui étaient posées, l'avocat du ministère public n'a présenté aucun élément de preuve expliquant pourquoi elle avait cessé de le faire. Il n'a même pas pris la peine de demander un ajournement afin de pouvoir déterminer avec toute la délicatesse voulue si le témoin pourrait continuer après une pause.

Works written in the area specifically refer to an adjournment as a step that may help to deal with a situation where a child witness stops talking during testimony: W. Harvey and P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993), at p. 184; K. Saywitz, "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in J. Bulkley and C. Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, at p. 40. The Crown failed to take simple, appropriate steps that might have enabled the witness to continue testifying and that would have helped the trial judge to determine whether the witness could resume testifying.

The trial judge, who had the unique opportunity to observe the witness's demeanour and comportment, found that she simply did not know why the witness had stopped answering questions. Who knows? Maybe she did not, understanding the promise to tell the truth, want to repeat that which she had said earlier while not under such a promise. Accordingly, in balancing the need for a fair trial process with the need for sensitivity to the circumstances of child witnesses, she held that the Crown had not set out a foundation for the reasonable necessity of the use of hearsay evidence despite the dangers associated with it. The Saskatchewan Court of Appeal upheld the trial judge's exercise of discretion. I see no reason to disturb it. In my view, the reason a witness stops talking has everything to do with his or her present or future availability and ability to testify. This means that it must be the subject of a specific determination by the trial judge based on an evidentiary foundation before the admission of hearsay evidence becomes reasonably necessary. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I am in complete agreement with the reasons of my colleague Justice

Des ouvrages rédigés en la matière décrivent expressément l'ajournement comme une mesure susceptible d'être utile pour remédier à une situation où un témoin enfant cesse de témoigner: W. Harvey et P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993), à la p. 184; K. Saywitz, «Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application», dans J. Bulkley et C. Sandt, dir., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, à la p. 40. Le ministère public n'a même pas pris des mesures élémentaires qui auraient pu permettre au témoin de continuer à déposer et qui auraient aidé le juge du procès à déterminer si le témoin pouvait reprendre son témoignage.

Le juge du procès, qui était dans une position privilégiée pour observer le comportement et la conduite du témoin, a conclu qu'elle ne savait absolument pas pourquoi le témoin avait cessé de répondre aux questions qui lui étaient posées. Qui sait? Peut-être que, comprenant la nature de la promesse de dire la vérité, elle ne voulait pas répéter ce qu'elle avait dit auparavant sans avoir fait une telle promesse. Par conséquent, en s'inspirant du besoin d'assurer l'équité du procès avec celui de prendre en considération la situation des témoins enfants, le juge du procès a décidé que le ministère public n'avait pas établi qu'il était raisonnablement nécessaire d'utiliser une preuve par ouï-dire malgré les dangers qu'une telle preuve comporte. La Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la validité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Je ne vois aucun motif de modifier cette décision. À mon avis, la raison pour laquelle un témoin cesse de parler est directement liée à sa disponibilité présente et future pour déposer et à sa capacité présente ou future de le faire. Cela signifie que, pour que l'admission d'une preuve par ouï-dire devienne raisonnablement nécessaire, il faut que le juge du procès prenne à ce sujet une décision particulière fondée sur une preuve. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis entièrement d'accord avec les motifs de ma collègue le

10

11

12

McLachlin. I write separately to emphasize the need for increased sensitivity to the difficulties that children face when called upon to testify, particularly in abuse cases.

jugé McLachlin. J'écris des motifs distincts pour souligner la nécessité de développer une sensibilité accrue vu les difficultés qu'éprouvent les enfants appelés à témoigner, particulièrement dans les cas de traitements abusifs.

13

The extent of sexual abuse of children in this country is a tragic fact. See Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984) ("Badgley Report"). Reporting of sexual offences has increased since the Badgley Report, see J. V. Roberts, *Sexual Assault Legislation in Canada, An Evaluation: An Analysis of National Statistics* (1990), at pp. 9-12, and it is estimated that up to 80 percent of all sexual offences involve children. See N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, at p. 292. In recent years, we have come to realize that for children who are victimized by sexual abuse, their ordeal continues as they are forced to enter the strange and unfamiliar terrain of the courtroom. See K. Saywitz, "Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application", in J. Bulkley and C. Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, at pp. 37-38 (and sources cited therein); N. Bala, "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 231, at p. 233; J. R. Spencer and R. H. Flin, *The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), at pp. 290-97. Thus, Parliament has taken important steps "to sensitize the law to the realities of the child witness" (para. 42). This Court has upheld the constitutionality of allowing complainants to testify behind a screen (*R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475) and of introducing a videotape of the complainant's statement regarding the offence (*R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419). In writing for a unanimous Court in *Levogiannis*, *supra*, at p. 483, I recognized that "young complainants often suffer tremendous stress when required to testify before those whom they accuse". As discussed in the brief for *amicus curiae* of the American Psychological Association in *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836

L'ampleur des agressions sexuelles d'enfants dans notre pays est consternante. Voir Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) («rapport Badgley»). Le nombre des infractions d'ordre sexuel signalées a augmenté depuis la publication du rapport Badgley, voir J. V. Roberts, *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation: Analyse des statistiques nationales* (1990), aux pp. 11 à 15, et on estime que, dans près de 80 pour 100 des cas, les victimes sont des enfants. Voir N. Bala et M. Bailey, «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, à la p. 292. Au cours des dernières années, nous nous sommes rendus compte que l'épreuve des enfants victimes d'agressions sexuelles se poursuit lorsqu'ils sont forcés de s'engager sur un terrain qui leur est totalement inconnu: la salle d'audience. Voir K. Saywitz, «Children in Court: Principles of Child Development for Judicial Application», dans J. Bulkley et C. Sandt, dir., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994), 15, aux pp. 37 et 38 (et les sources qui y sont citées); N. Bala, «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993), 231, à la p. 233; J. R. Spencer et R. H. Flin, *The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), aux pp. 290 à 297. Le Parlement a donc pris des mesures importantes pour «sensibiliser le droit aux réalités du témoin enfant» (par. 42). Notre Cour a confirmé la constitutionnalité de la pratique consistant à permettre aux plaignants de témoigner derrière un écran (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475) et à présenter un enregistrement magnétoscopique de la déclaration du plaignant relativement à l'infraction reprochée (*R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419). Dans les motifs unanimes que j'ai rédigés au nom de la Cour dans *Levogiannis*, précité, à la p. 483,

(1990) (1989 U.S. Briefs 478 (Lexis)), social science evidence supports this assertion.

Yet separating the child witness from his or her alleged abuser does not erase the trauma of testifying. I agree that “[t]he entire court process may be alien and frightening to children, no matter how well briefed” (para. 43). The findings of the Ontario Law Reform Commission’s *Report on Child Witnesses* (1991) support this assertion: “There is now a realization that furnishing evidence in court can be extremely traumatic for a child” (p. 70). Moreover, the Ontario Law Reform Commission recognized that testifying in court may cause children to suffer short or long term psychological damage (at p. 71, citing the Law Reform Commission of Western Australia, Discussion Paper, *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses* (1990), at p. 11, and C. L. Marchese, “Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child’s Trauma Against the Defendant’s Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*” (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol’y* 411, at p. 415).

As my colleague properly acknowledges, it is not surprising that some children are unable to respond to questioning in any meaningful way: “the child victim may ‘freeze’ and refuse to answer questions at a time when it is most important for the case that she do so” — J. Castel, “The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?” (1992), 10 *Can. J. Fam. L.* 283, at p. 286. I agree with McLachlin J. that “[s]ometimes what happened may make it so clear that the witness was truly unable to testify that

j’ai reconnu que «l’obligation de témoigner devant ceux qu’ils accusent occasionne souvent aux jeunes plaignants un stress énorme». Comme le souligne le mémoire de l’*amicus curiae*, déposé dans l’affaire *Maryland c. Craig*, 497 U.S. 836 (1990) (1989 U.S. Briefs 478 (Lexis)), les témoignages dans le domaine des sciences sociales étayaient cette affirmation.

Encore est-il que séparer le témoin enfant de son prétendu agresseur n’efface pas le traumatisme que lui cause son témoignage. Je conviens que «[t]out le procès peut être quelque chose d’inconnu et d’effrayant pour les enfants, même s’ils y ont été bien préparés» (par. 43). Cette affirmation est étayée par les conclusions que la Commission de réforme du droit de l’Ontario a tirées dans son rapport intitulé *Report on Child Witnesses* (1991): [TRADUCTION] «On se rend maintenant compte qu’il peut être extrêmement traumatisant pour un enfant de témoigner en cour» (p. 70). En outre, la Commission de réforme du droit de l’Ontario a reconnu que le témoignage en cour peut causer à l’enfant un préjudice psychologique à court terme ou à long terme (à la p. 71, citant le document de travail de la Commission de réforme du droit de l’Australie-Occidentale intitulé *The Evidence of Children and Other Vulnerable Witnesses* (1990), à la p. 11, et C. L. Marchese, «Child Victims of Sexual Abuse: Balancing a Child’s Trauma Against the Defendant’s Confrontation Rights — *Coy v. Iowa*» (1990), 6 *J. Contemp. Health L. & Pol’y* 411, à la p. 415).

Comme ma collègue le reconnaît à juste titre, il n’est pas étonnant que certains enfants n’arrivent pas à répondre de façon utile aux questions qui leur sont posées: [TRADUCTION] «l’enfant victime peut ‘figer’ et refuser de répondre aux questions à un moment où il est crucial qu’elle le fasse» — J. Castel, «The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases: Necessary Protection for Children Or a Violation of the Rights of the Accused?» (1992), 10 *Rev. can. d. fam.* 283, à la p. 286. Je conviens avec le juge McLachlin que «[p]arfois, il peut être si évident, d’après ce qui s’est passé, que

14

15

necessity can be inferred absent evidence as to why the witness cannot testify” (para. 44 (emphasis in original)). As Professor Paciocco has convincingly argued, “there is nothing in the rules of proof to prevent the application of common sense, and everything to require it”: D. M. Paciocco, “The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know” (1996), 21 *Queen’s L.J.* 345, at p. 392.

le témoin était réellement incapable de déposer, qu’il est possible de déduire la nécessité sans disposer d’une preuve expliquant pourquoi le témoin ne peut pas déposer» (par. 44 (souligné dans l’original)). Comme l’a affirmé de façon convaincante le professeur Paciocco, [TRADUCTION] «rien dans les règles de preuve n’empêche le recours au bon sens, bien au contraire»: D. M. Paciocco, «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen’s L.J.* 345, à la p. 392.

16 “Judges have a crucial role to play in ensuring that the court is not a hostile environment for the child witness”: Ontario Law Reform Commission, *Report on Child Witnesses*, *supra*, at p. 91. Although the child may not face the accused, the child may still become traumatized for a host of reasons. See Castel, *supra*, at p. 287. Expert testimony is neither a panacea nor a prerequisite to observing and understanding the traumatized child witness. Recognizing the trauma of child testimony of sexual abuse lies within “the shared cognizance of all of those of us who walk on this planet”: Paciocco, *supra*, at p. 392.

[TRADUCTION] «Les juges ont la responsabilité cruciale d’assurer que la cour ne soit pas un milieu hostile pour le témoin enfant»: Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on Child Witnesses*, *op. cit.*, à la p. 91. Bien qu’il se puisse qu’il ne soit pas confronté à l’accusé, il reste que l’enfant peut devenir traumatisé pour une foule de raisons. Voir Castel, *loc. cit.*, à la p. 287. La preuve d’expert n’est ni une panacée ni une condition préalable pour observer et comprendre l’enfant témoin traumatisé. Le traumatisme subi par l’enfant qui témoigne au sujet d’une agression sexuelle est [TRADUCTION] «un fait reconnu par tous»: Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 392.

The judgment of Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie rendu par

17 MCLACHLIN J. — The traditional common law hearsay rule held that out-of-court statements could not be admitted for the truth of their contents unless they fit into one of the established exceptions to the rule. In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, this Court authorized admission of the statements for their truth if they are reasonably necessary and reliable. The Court looked at the requirement of necessity more particularly in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, and recommended a flexible approach capable of encompassing a variety of situations. This appeal presents one such situation — the case where a young child is called to testify but fails to give a meaningful account of the events. The narrow question in this appeal is whether the trial judge erred in concluding that, in the absence of extrinsic evidence explaining why the child

LE JUGE MCLACHLIN — La règle de common law traditionnelle du ouï-dire prévoyait que les déclarations extrajudiciaires ne pouvaient pas être admises comme preuve de la véracité de leur contenu, à moins d’être visées par l’une des exceptions reconnues à cette règle. Dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, notre Cour a autorisé l’admission de déclarations comme preuve de leur véracité quand elles sont raisonnablement nécessaires et fiables. Notre Cour a examiné l’exigence de nécessité plus particulièrement dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, et a recommandé une démarche souple pouvant englober diverses situations. Le présent pourvoi porte sur une telle situation — celle où une jeune enfant appelée à témoigner ne parvient pas à faire un récit utile des faits. Il s’agit plus précisément de savoir, en l’espèce, si le juge

refused to testify, the Crown could not establish necessity. I conclude that she did so err and would accordingly direct a new trial.

I. The Facts

W.J.F. was charged with committing sexual assaults on L.A. between May 1, 1996, and January 21, 1997. The complainant L.A. was five years old when the alleged assaults began and just over six when they were discovered. She told her aunt, her mother and her father what had happened and gave a detailed and extensive account of the assaults to the police, which was video recorded. She was six years and eight months old at the time she was called upon to testify about the assaults at trial.

The *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, permits the trial judge to protect and assist young witnesses by permitting the trial judge to order that they testify behind a screen, have a support person appointed, and testify in a courtroom from which the public is excluded. The trial judge ordered all these measures for the child complainant in this case.

The Crown called the child and the trial judge began an inquiry pursuant to s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, to determine if she was able to communicate the evidence and whether she could testify on a promise to tell the truth. The child seemed to be having difficulty responding to the questions. Instead of answering verbally, she nodded or shook her head and used gestures. Nevertheless, while commenting that the child was going to have considerable difficulty communicating her evidence, the trial judge found the child competent to testify under a promise to tell the truth. L.A. had given no verbal response or no response, which the recording system could

du procès a commis une erreur en décidant qu'en l'absence de preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant refusait de témoigner, le ministère public ne pouvait pas établir la nécessité. Je conclus qu'elle a commis cette erreur et, par conséquent, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

I. Les faits

W.J.F. a été accusé d'avoir commis des agressions sexuelles sur L.A. entre le 1^{er} mai 1996 et le 21 janvier 1997. La plaignante L.A. était âgée de cinq ans quand les agressions alléguées ont commencé et n'avait qu'un peu plus de six ans quand leur existence a été découverte. Elle a raconté à sa tante, à sa mère et à son père ce qui s'était passé et a fait un récit détaillé et complet des agressions à la police, qui a été enregistré sur bande magnéto-copique. Elle était âgée de six ans et huit mois au moment du procès dans le cadre duquel elle a été appelée à témoigner au sujet des agressions.

Aux termes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le juge du procès est autorisé à protéger et à aider les jeunes témoins en ordonnant qu'ils déposent derrière un écran, qu'une personne soit nommée pour les assister et qu'ils déposent dans une salle d'audience d'où le public est exclu. Dans la présente affaire, le juge du procès a ordonné que toutes ces mesures soient prises relativement à l'enfant plaignante.

Le ministère public a appelé l'enfant à la barre et le juge du procès a procédé à une enquête conformément à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, en vue de déterminer si elle était capable de communiquer les faits dans son témoignage et si elle pouvait témoigner en promettant de dire la vérité. L'enfant a semblé éprouver des difficultés à répondre aux questions. Au lieu de répondre verbalement, elle faisait oui et non en hochant la tête et s'exprimait par gestes. Quoi qu'il en soit, tout en faisant remarquer que l'enfant allait avoir beaucoup de difficultés à communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès a décidé qu'elle était habile à témoigner en promettant de dire la vérité. À un peu plus de 100 questions qui lui avaient été

18

19

20

capture, to slightly over 100 of the questions asked during the preliminary inquiry.

21 Crown counsel commenced direct examination. It was a difficult process. The child answered preliminary questions about age, family and school with single words or simple phrases. When counsel asked if someone had done something to make her feel uncomfortable or bad, the child responded with a faint “no”. Further questioning only attracted a series of insufficient responses. At one point the child indicated that she had forgotten what had happened.

22 Crown counsel then tried a different tack — to have the child adopt the contents of the videotape made by the police. However, she did not respond to any of the questions put to her about the videotape. Even when shown parts of the video depicting herself, her mother and the police officer, the complainant failed to identify any of the people shown on the television screen. Section 715.1 of the *Code* provides that a videotape of answers given to the police may be admitted into evidence where the witness adopts the contents of the videotape. The videotape could not be admitted under this section because the child failed to adopt it.

23 Crown counsel then applied to have the out-of-court statements the child had made to others about the alleged assaults introduced into evidence for the truth of their contents as an exception to the hearsay rule, on the basis that the statements met the requirements of necessity and reliability set out in *Khan, supra*. The statements the Crown proposed to introduce were statements the child made to her paternal aunt, statements made to the aunt and overheard by another, statements the child made to her mother, statements the child made to her father, and finally the child’s videotaped statement to the police.

posées pendant l’enquête préliminaire, L.A. n’avait donné soit aucune réponse verbale soit aucune réponse susceptible d’être captée par le système d’enregistrement.

L’avocat du ministère public a commencé l’interrogatoire principal, qui s’est révélé ardu. L’enfant a répondu à des questions préliminaires concernant son âge, sa famille et l’école, au moyen d’un seul mot ou de phrases simples. Quand l’avocat lui a demandé si quelqu’un avait fait quelque chose qui l’avait incommodée ou qui l’avait fait se sentir mal, l’enfant a murmuré «non». Les autres questions n’ont donné lieu qu’à une série de réponses insuffisantes. À un moment donné, l’enfant a indiqué qu’elle avait oublié ce qui s’était passé.

L’avocat du ministère public a alors changé de tactique — faire confirmer par l’enfant le contenu de l’enregistrement magnétoscopique effectué par la police. Toutefois, elle n’a répondu à aucune des questions qui lui ont été posées au sujet de cet enregistrement. Même en visionnant des parties de l’enregistrement la représentant en plus de sa mère et du policier, la plaignante n’a identifié aucune des personnes figurant sur l’écran de télévision. L’article 715.1 du *Code* prévoit que l’enregistrement magnétoscopique de réponses données à la police peut être admis en preuve si le témoin en confirme le contenu. L’enregistrement magnétoscopique n’a pas pu être admis en vertu de cet article car l’enfant ne l’a pas confirmé.

L’avocat du ministère public a ensuite demandé que les déclarations extrajudiciaires faites par l’enfant à d’autres personnes relativement aux agressions alléguées soient produites comme preuve de la véracité de leur contenu, à titre d’exception à la règle du oui-dire, pour le motif que ces déclarations satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité énoncées dans l’arrêt *Khan*, précité. Les déclarations que le ministère public proposait de produire étaient les déclarations que l’enfant avait faites à sa tante du côté paternel, les déclarations faites à la tante qu’une autre personne avait surprises, les déclarations de l’enfant à sa mère et celles faites à son père, et enfin la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique qu’elle avait faite à la police.

The trial judge held a *voir dire* to determine the admissibility of these statements. It was very clear the child was effectively “frozen” and could not testify. But the trial judge took the view that in order to establish necessity, the Crown had to present evidence establishing why the child failed to testify, which the Crown had not done. Accordingly, the trial judge ruled that the child’s statements to her aunt, her parents and the police failed the necessity prong and could not be received under the *Khan* exception to the hearsay rule.

Without the child’s evidence, the Crown’s case fell. The Crown presented no further evidence, and the accused was acquitted.

The Crown appealed. The majority of the Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal, Jackson J.A. dissenting.

II. Court Decisions

The trial judge’s rejection of the child’s out-of-court statements turned on the failure of the Crown to call evidence showing why the child did not respond to questions about the alleged assaults at trial:

On review of the cases I conclude that a finding of necessity requires some finding of incapacity or some precise explicit or definable reason why direct evidence cannot be received or exclusively relied on before concluding that the statement ought to — must be admitted in order to get a full and complete account of what occurred. The cases that found necessity dealt with issues of testimonial incapacity, [being] unable to recollect adequately or fully due to passage of time or the age of the child, the trauma to the child because of testifying, and other situations where the witness was simply unavailable. Once one of those issues [is] identified it is obvious that the criterion could be met in a wide variety of cases.

Le juge du procès a tenu un *voir-dire* en vue de déterminer l’admissibilité de ces déclarations. Il était très clair que l’enfant était réellement «figée» et ne pouvait pas témoigner. Cependant, le juge du procès a estimé que, pour établir la nécessité, le ministère public devait présenter une preuve établissant pourquoi l’enfant n’avait pas témoigné, ce que le ministère public n’avait pas fait. Par conséquent, le juge du procès a décidé que les déclarations de l’enfant à sa tante, à ses parents et à la police n’avaient pas satisfait au volet de la nécessité et n’étaient pas recevables en vertu de l’exception de l’arrêt *Khan* à la règle du oui-dire.

Sans le témoignage de l’enfant, la poursuite du ministère public tombait. Le ministère public n’a présenté aucun autre élément de preuve, et l’accusé a été acquitté.

Le ministère public a interjeté un appel qui a été rejeté par la Cour d’appel de la Saskatchewan à la majorité, le juge Jackson étant dissidente.

II. Les décisions des tribunaux d’instance inférieure

Le juge du procès a rejeté les déclarations extrajudiciaires de l’enfant en raison de l’omission du ministère public de présenter une preuve montrant pourquoi, lors du procès, l’enfant n’avait pas répondu aux questions relatives aux agressions alléguées:

[TRADUCTION] Après examen de la jurisprudence, je suis d’avis que, pour conclure à la nécessité, il faut une certaine conclusion d’incapacité ou une raison précise explicite ou définissable pour laquelle une preuve directe ne peut pas être admise ni invoquée exclusivement pour décider que la déclaration devrait ou doit être admise afin de disposer d’un compte rendu complet de ce qui s’est passé. Les affaires dans lesquelles on a conclu à la nécessité portaient sur des questions d’incapacité à témoigner, d’inaptitude à se souvenir suffisamment ou complètement en raison de l’écoulement du temps ou de l’âge de l’enfant, et de traumatisme causé à l’enfant par le témoignage, et d’autres situations où le témoin n’était tout simplement pas disponible. Une fois l’une de ces questions identifiées, il est évident qu’il pourrait être satisfait à ce critère dans une grande variété de cas.

24

25

26

27

We have none of these factors in this case, although there must be some reason why [L.A.] did not testify about the alleged assaults although she appeared capable of doing so. I have no evidence before me to assist me in determination of that issue; that is, to explain her failure to testify so I can determine in the circumstances whether it would be reasonably necessary to admit the hearsay statements. I cannot and will not speculate on why she did not testify as there was nothing in her demeanour, her actions or her limited response to questions regarding the allegations on which I could base such speculation.

Therefore, I conclude that I cannot find that the Crown has shown that it is reasonably necessary to admit the out-of-court statements for the truth of their contents.

28

The majority of the Saskatchewan Court of Appeal, dismissed the appeal ((1998), 165 D.L.R. (4th) 247) agreeing with the trial judge that in order to establish necessity, the Crown must provide the court with some explanation as to why the child failed to testify. To hold otherwise, Lane J.A. held, would virtually abrogate the necessity requirement. Lane J.A. also suggested that the Crown could have asked for a short adjournment to talk to the witness, the counsellor and relatives to ascertain the reasons for the child's failure to testify. While there may be some cases where it is self-evident that the out-of-court statements are necessary, this was not such a case. Wakeling J.A. agreed and added that he also had concerns about assessing the reliability of the evidence.

29

Jackson J.A. dissented. In her view, the requirements of necessity were established. While the trial judge had referred to the right authorities, she erred in law by requiring the Crown to establish why the child failed to testify. Jackson J.A. explained, at p. 267:

One can never know exactly why a child will not talk. After a child has taken the stand and stops communicating, calling a psychologist to say the child was trauma-

Aucun de ces facteurs n'existe en l'espèce, bien qu'il doive y avoir une raison pour laquelle [L.A.] n'a pas témoigné au sujet des agressions alléguées même si elle paraissait en mesure de le faire. On ne m'a soumis aucun élément de preuve utile pour trancher cette question, c'est-à-dire pour expliquer son omission de témoigner de façon à ce que je puisse décider si, dans les circonstances, il serait raisonnablement nécessaire d'admettre les déclarations relatées. Je ne peux pas conjecturer, et je ne le ferai pas non plus, sur les raisons qui l'ont incitée à ne pas témoigner, étant donné qu'il n'y avait rien dans son comportement, ses actes ou ses réponses limitées aux questions portant sur les allégations qui me permettait de le faire.

Par conséquent, j'estime que je ne suis pas en mesure de conclure que le ministère public a montré qu'il est raisonnablement nécessaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires comme preuve de la véracité de leur contenu.

La Cour d'appel de la Saskatchewan à la majorité ((1998), 165 D.L.R. (4th) 247) a rejeté l'appel, partageant l'avis du juge du procès que, pour établir la nécessité, le ministère public doit fournir à la cour des explications sur les raisons pour lesquelles l'enfant n'a pas témoigné. Toute autre conclusion, selon le juge Lane, mettrait pratiquement fin à l'exigence de nécessité. Le juge Lane a également laissé entendre que le ministère public aurait pu demander un bref ajournement pour parler au témoin, au conseiller et aux membres de la famille afin de connaître les raisons pour lesquelles l'enfant ne témoignait pas. Bien qu'il puisse y avoir des cas où il est évident en soi que les déclarations extrajudiciaires sont nécessaires, il ne s'agissait pas de l'un de ces cas. Le juge Wakeling était du même avis et il a ajouté qu'il se préoccupait également de l'évaluation de la fiabilité de la preuve.

Le juge Jackson était dissidente. À son avis, l'exigence de nécessité était établie. Bien qu'elle ait mentionné la jurisprudence exacte, le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant que le ministère public établisse pourquoi l'enfant n'avait pas témoigné. Le juge Jackson a expliqué, à la p. 267:

[TRADUCTION] On ne peut jamais savoir exactement pourquoi un enfant ne parlera pas. Une fois qu'un enfant se présente à la barre et cesse de communiquer, il ne sert

tized or that the behaviour of children in stressful situations can be inexplicable adds little to the process. Nor should it be necessary for the Crown to have on hand someone who can explain a child's behaviour in circumstances such as this. It is readily apparent that the child began to testify in this case and then stopped. The trial judge was presented with the best possible means to determine whether it was reasonably necessary to receive the child's out-of-court statements — by the child herself.

Jackson J.A. noted, at p. 264, that while “[g]eneral rules are to be avoided in this area, . . . in normal circumstances, once a court is faced with a young child who is unable to communicate the critical evidence, it will usually be reasonably necessary for the trier of fact to receive the out-of-court statement”.

Jackson J.A. added that to require the Crown to adduce evidence in every case of why a child witness is unable to testify places too onerous a burden on the Crown. The Crown cannot bring to bear against a child many of the legal remedies available for unhelpful adult witnesses, such as declaring the witness hostile and finding the witness in contempt. The critical point on the issue of necessity is the need to obtain a full and frank presentation of the evidence.

III. Analysis

The great American scholar of evidence, Wigmore, identified two considerations that underlie the common law exceptions to the hearsay rule — “a circumstantial probability of trustworthiness, and a necessity, for the evidence” (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), §1420). The necessity of which Wigmore speaks is founded on the need to get at the truth. Hearsay evidence may be necessary to enable all relevant and reliable information to be placed before the court, so justice may be done. Generally, the com-

pas à grand-chose de demander à un psychologue de venir dire que l'enfant était traumatisé ou que le comportement des enfants dans des situations stressantes peut être inexplicable. Il ne devrait pas être nécessaire non plus que le ministère public ait à sa disposition quelqu'un qui peut expliquer le comportement d'un enfant dans des circonstances comme celles de la présente affaire. Il est facile de constater que l'enfant a commencé à témoigner en l'espèce, pour ensuite arrêter de le faire. Le juge du procès disposait du meilleur moyen possible de déterminer s'il était raisonnablement nécessaire de recevoir les déclarations extrajudiciaires de l'enfant — l'enfant elle-même.

Le juge Jackson a souligné, à la p. 264, que, même si [TRADUCTION] «[l]es règles générales doivent être évitées dans ce domaine, [. . .] dans des circonstances normales, une fois qu'un tribunal a devant lui un jeune enfant qui est incapable de communiquer les faits cruciaux dans son témoignage, il sera habituellement raisonnablement nécessaire que le juge des faits reçoive la déclaration extrajudiciaire».

Le juge Jackson a ajouté que c'est imposer un fardeau trop lourd au ministère public que d'exiger, dans tous les cas, qu'il présente une preuve expliquant pourquoi un témoin enfant est incapable de déposer. Le ministère public ne peut pas utiliser contre un enfant les nombreux recours judiciaires disponibles pour les témoins adultes peu obligeants, comme faire déclarer le témoin hostile et coupable d'outrage au tribunal. Ce qui est crucial relativement à la question de la nécessité est le besoin d'obtenir une présentation complète et sincère de la preuve.

III. Analyse

Le grand spécialiste américain du droit de la preuve, Wigmore, a identifié deux facteurs qui sous-tendent les exceptions de common law à la règle du oui-dire — [TRADUCTION] «la probabilité circonstancielle de fiabilité, et la nécessité de la preuve» (*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), §1420). La nécessité dont parle Wigmore repose sur le besoin de découvrir la vérité. Une preuve par oui-dire peut être nécessaire pour permettre que tous les renseignements pertinents et fiables soient présentés au tribunal et que

30

31

mon law insists that evidence be presented under oath and subjected to cross-examination. But “[w]here the test of cross-examination is *impossible of application*, by reason of the declarant’s death or some other cause rendering him now unavailable as a witness on the stand, we are faced with the alternatives of receiving his statements without that test, or of leaving his knowledge altogether unutilized” (Wigmore, *supra*, §1420 (italics in original; underlining added)). This is precisely the choice that faced the trial judge in this case. The witness’s incapacity, for whatever reason, to produce meaningful evidence, faced the court with the spectre of either receiving her out-of-court statements without the test of cross-examination, or of leaving her potentially reliable and clearly relevant knowledge of the crimes with which the accused was charged altogether unutilized.

justice soit ainsi rendue. En général, la common law insiste pour qu’un témoignage soit fait sous serment et fasse l’objet d’un contre-interrogatoire. Mais [TRADUCTION] «[l]orsque l’épreuve du contre-interrogatoire est *impossible à faire subir* en raison du décès du déclarant ou d’une autre cause qui le rend maintenant non disponible pour témoigner, nous avons le choix de recevoir ses déclarations sans procéder à ce contre-interrogatoire ou de ne pas utiliser ce qu’il sait» (Wigmore, *op. cit.*, §1420 (en italique dans l’original; je souligne)). Il s’agit précisément du choix qui s’offrait au juge du procès en l’espèce. En raison de l’incapacité du témoin, pour quelque raison que ce soit, de déposer utilement, le tribunal avait le choix soit de recevoir ses déclarations extrajudiciaires sans procéder à un contre-interrogatoire, soit de ne pas utiliser sa connaissance potentiellement fiable et manifestement pertinente des crimes reprochés à l’accusé.

32

The question then becomes whether the interests of justice, or to use Wigmore’s term, “the interests of efficient investigation” (§1420), would suffer more from the first alternative of receiving the out-of-court statements or the second alternative of leaving the witness’s knowledge entirely unused. Wigmore’s answer is that the first alternative is preferable, provided that there is sufficient indication of the trustworthiness of the witness’s statement. “Whatever might be thought of the general policy of choosing the former alternative without any further requirement, it is clear at least that, so far as in a given instance *some* substitute for cross-examination is found to have been present, there is ground for making an exception” (Wigmore, *supra*, §1420 (emphasis in original)). He concludes:

Il s’agit alors de savoir si l’intérêt de la justice, ou pour reprendre l’expression de Wigmore, [TRADUCTION] «l’intérêt d’un examen efficace» (§1420), souffrirait plus de la première possibilité de recevoir les déclarations extrajudiciaires que de la seconde possibilité de ne pas utiliser ce que le témoin sait. Wigmore répond que la première possibilité est préférable pourvu qu’il y ait suffisamment d’indices de fiabilité de la déclaration du témoin. [TRADUCTION] «Quoi que l’on puisse penser de la politique générale consistant à choisir la première possibilité sans exiger rien de plus, il est au moins clair que, dans la mesure où, dans une situation donnée, on constate qu’il existait un *certain* substitut au contre-interrogatoire, il y a lieu de faire exception» (Wigmore, *op. cit.*, §1420 (en italique dans l’original)). Il conclut:

The mere necessity alone of taking the untested statement, instead of none at all, might not suffice; but if to this necessity there is added a situation in which some degree of trustworthiness more than the ordinary can be predicated on the statement, there is no reason for admitting it as not merely the best that can be got from that witness, but better than could ordinarily be expected without the test of cross-examination.

[TRADUCTION] Il se pourrait que la seule nécessité d’accepter la déclaration non vérifiée, au lieu de ne disposer d’aucune déclaration, ne suffise pas; mais si à cette nécessité s’ajoute une situation dans laquelle une mesure de fiabilité plus grande qu’à l’accoutumée peut être attribuée à la déclaration, il y a lieu de l’admettre non seulement comme étant la meilleure qu’il soit possible d’obtenir de ce témoin, mais encore comme étant mieux que ce à quoi on pourrait habituellement s’attendre à obtenir sans contre-interrogatoire.

I cite Wigmore because his conceptualization of the rationale for the hearsay rule and the exceptions to it animates this Court's adoption of the necessity/reliability test for admission of out-of-court statements in *Khan, supra*, and *Smith, supra*. It is clear that for Wigmore, necessity arises from the unavailability of the witness's testimony in the courtroom. The reasons for which the witness's courtroom testimony is not available are incidental and flexible — "death" or "some other cause". The reasons for the witness's inability to testify, in cases of doubt, help the judge decide whether testimonial evidence is truly not available. However, the reasons remain incidental. Necessity, in the final analysis, arises from the fact that the witness's courtroom testimony is not available. It is this unavailability that triggers the dilemma that underlies the exceptions to the hearsay rule — to prohibit out-of-court statements without cross-examination, or to receive the out-of-court statements provided they evince some degree of reliability.

The fact that the focus of exceptions to the hearsay rule is unavailability led Wigmore to conclude, in a passage this Court cited with approval in *Smith, supra*, at pp. 933-34, that expediency or convenience, in appropriate cases, may suffice. Lamer C.J. wrote:

... the criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations. What these situations will have in common is that the relevant direct evidence is not, for a variety of reasons, available. Necessity of this nature may arise in a number of situations. Wigmore, while not attempting an exhaustive enumeration, suggested at §1421 the following categories:

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise unavailable for the purpose of testing (by cross-examination). This is the commoner and palpable reason. . . .

(2) The assertion may be such that we cannot expect, again or at this time, to get evidence of the same value from the same or other sources. . . . The necessity is not so great; perhaps hardly a necessity,

Je cite Wigmore parce que sa conceptualisation du raisonnement sous-jacent à la règle du oui-dire et à ses exceptions a inspiré l'adoption par notre Cour, dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités, du critère de nécessité et de fiabilité applicable à l'admission des déclarations extrajudiciaires. Il est clair que, pour Wigmore, la nécessité découle de la non-disponibilité de la déposition en cour du témoin. Les raisons pour lesquelles la déposition en cour du témoin n'est pas disponible sont fortuites et peuvent varier — le «décès» ou «une autre cause». En cas de doute, les raisons pour lesquelles un témoin est incapable de déposer aident le juge à décider si la preuve testimoniale n'est réellement pas disponible. Toutefois, ces raisons demeurent fortuites. La nécessité, en dernière analyse, découle du fait que la déposition en cour du témoin n'est pas disponible. C'est cette non-disponibilité qui engendre le dilemme qui sous-tend les exceptions à la règle du oui-dire — interdire les déclarations extrajudiciaires sans contre-interrogatoire, ou recevoir les déclarations extrajudiciaires pourvu qu'elles soient fiables dans une certaine mesure.

Le fait que les exceptions à la règle du oui-dire soient axées sur la non-disponibilité a amené Wigmore à conclure, dans un passage que notre Cour a cité et approuvé dans l'arrêt *Smith*, précité, aux pp. 933 et 934, que la simple commodité, dans des cas appropriés, peut suffire. Le juge en chef Lamer affirme:

... il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible d'englober différentes situations. Ces situations auront comme point commun que, pour différentes raisons, la preuve directe pertinente n'est pas disponible. Un certain nombre de situations peuvent engendrer pareille nécessité. Sans tenter de faire une énumération exhaustive, Wigmore propose les catégories suivantes au §1421:

[TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort, aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification (par contre-interrogatoire). C'est la raison la plus courante et la plus évidente. . . .

(2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes ou d'autres sources une preuve de même valeur. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à

only an expediency or convenience, can be predicated. But the principle is the same.

Clearly the categories of necessity are not closed. In *Khan*, for instance, this Court recognized the necessity of receiving hearsay evidence of a child's statements when the child was not herself a competent witness. We also suggested that such hearsay evidence might become necessary when the emotional trauma that would result to the child if forced to give *viva voce* testimony would be great. [Emphasis added.]

35 The cases dealing with the out-of-court statements of children have, with a few exceptions, interpreted necessity as the equivalent of situations where the direct evidence of the witness is unavailable despite reasonable efforts to obtain it — what this Court in *Khan, supra*, referred to “reasonable necessity”. In *Khan* this Court stated, at p. 546:

Necessity for these purposes must be interpreted as “reasonably necessary”. The inadmissibility of the child's evidence might be one basis for a finding of necessity. But sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child might also serve. There may be other examples of circumstances which could establish the requirement of necessity.

36 Necessity therefore should not be approached on the basis that the case must fit into a preordained category. It is a matter of whether, on the facts before the trial judge, direct evidence is not forthcoming with reasonable effort. The reasons for the necessity may be diverse — ranging from total testimonial incompetence to traumatic consequences to the witness of testifying.

37 There is no absolute rule that evidence must be called on the issue of necessity. Where it is apparent from the circumstances before the trial judge that the child cannot give useful evidence, the judge may find out-of-court statements are “necessary” in the context of the rule, absent evidence. This may be the case where the child is very young. Thus this Court dismissed the appeal

peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même.

Il est évident que les catégories de nécessité ne sont pas limitées. Dans l'arrêt *Khan*, par exemple, notre Cour a reconnu la nécessité de recevoir la preuve par ouï-dire des déclarations d'un enfant qui n'était pas elle-même habile à témoigner. Nous avons également dit que cette preuve par ouï-dire pourrait devenir nécessaire lorsque l'obligation de témoigner de vive voix causerait un traumatisme important à l'enfant. [Je souligne.]

Les arrêts portant sur les déclarations extrajudiciaires d'enfants ont, à quelques exceptions près, interprété la nécessité comme équivalant à des situations où la déposition directe du témoin n'est pas disponible malgré des efforts raisonnables pour l'obtenir — ce que notre Cour dans l'arrêt *Khan*, précité, a qualifié de «nécessité raisonnable». Dans l'arrêt *Khan*, notre Cour affirme, à la p. 546:

À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire». L'inadmissibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'exigence de la nécessité.

Par conséquent, il ne faut pas aborder la nécessité comme si l'affaire devait entrer dans une catégorie prédéterminée. Il s'agit de savoir si, d'après les faits dont est saisi le juge du procès, la preuve directe n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir. Les motifs de la nécessité peuvent varier — allant de l'incapacité totale à déposer aux conséquences traumatisantes de la déposition pour le témoin.

Il n'y a aucune règle absolue qui oblige à présenter une preuve sur la question de la nécessité. Lorsqu'il ressort des circonstances dont il est saisi que l'enfant ne peut pas témoigner utilement, le juge du procès peut conclure que des déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires» dans le contexte de la règle, en l'absence de preuve. Ce peut être le cas lorsque l'enfant est très jeune. Ainsi, notre

([1993] 1 S.C.R. 469) from *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, where the Quebec Court of Appeal ruled, at p. 281, that out-of-court statements were admissible notwithstanding any extrinsic evidence on necessity:

[TRANSLATION] ... the test of necessity is met by the very fact of the young age of the child (I repeat, two years, three and a half months at the time of the events, and three years nine and a half months at the time of trial), which entails in the present case the impossibility for the child to testify effectively at this age ... on the facts which took place one and one-half years earlier. There is no need for “solid evidence based on psychological assessments that the testimony in court might be traumatic for the child or harm the child” here. In my view, it is self-evident, and in addition, the testimony could not be probative because of the time which has passed since the incident and given the nature of the circumstances of the event.

A similar approach was taken by Jordan Prov. Ct. J. in *R. v. C.N.* (1997), 195 A.R. 387. Describing the complainant’s behaviour on the stand, she said, at p. 391:

Her trauma was obvious... She was not able to bring herself to utter the words that were necessary.

She then stated:

... I am satisfied that [the complainant] was unable to answer the questions put to her. Having arrived at that conclusion, ... [it] doesn’t matter [why] unless there is some reason to believe that knowing the reasons will allow the court to effect some change which will enable the witness to testify.

... I do not adopt the approach that there must be psychiatric or psychological evidence introduced in these applications because the use of expert evidence is to be limited to those situations when it is necessary to assist the trier of fact to arrive at a conclusion. To categorically insist upon such evidence would be a regressive step in legal reasoning — especially when it is not required by the trier of fact. [Emphasis in original.]

The judge also observed that any expert evidence would have a limited value, since it would come

Cour ([1993] 1 R.C.S. 469) a rejeté le pourvoi contre l’arrêt *R. c. P. (J.)* (1992), 13 C.R. (4th) 79, dans lequel la Cour d’appel du Québec avait statué, à la p. 86, que les déclarations extrajudiciaires étaient admissibles malgré l’absence de preuve extrinsèque concernant la nécessité:

... le critère de nécessité est rempli par le fait même du jeune âge de l’enfant (je répète, deux ans trois mois et demi lors de l’événement et trois ans neuf mois et demi lors du procès), ce qui implique en l’espèce l’impossibilité pour l’enfant de témoigner avec efficacité à cet âge [...] sur des faits survenus un an et demi plus tôt. Nul besoin «d’une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant ou lui porter préjudice» ici. La chose est évidente selon moi et en outre, le témoignage ne pourrait être probant à cause du temps écoulé après l’incident et vu la nature des circonstances de l’événement.

Le juge Jordan de la Cour provinciale a adopté un point de vue similaire dans *R. c. C.N.* (1997), 195 A.R. 387. Décrivant le comportement de la plaignante à la barre, elle a affirmé, à la p. 391:

[TRADUCTION] Il est évident qu’elle était traumatisée. [...] Elle n’arrivait pas à prononcer les mots nécessaires.

Elle a alors ajouté:

[TRADUCTION] ... je suis convaincu que [la plaignante] était incapable de répondre aux questions qui lui étaient posées. Compte tenu de cette conclusion, [...] [il] n’importe pas de savoir [pourquoi] sauf s’il y a un motif de croire que cela permettra à la cour d’apporter un changement qui fera en sorte que le témoin sera capable de déposer.

... je n’adopte pas le point de vue selon lequel une preuve psychiatrique ou psychologique doit être présentée dans ces demandes parce que le recours à une preuve d’expert doit être limité aux cas où il est nécessaire d’aider le juge des faits à en arriver à une conclusion. Insister catégoriquement sur une telle preuve constituerait un recul en matière de raisonnement juridique — particulièrement dans le cas où cette preuve n’est pas requise par le juge des faits. [Souligné dans l’original.]

Le juge a également fait observer que toute preuve d’expert aurait une valeur limitée vu qu’elle éma-

from a person who did not observe at first hand the behaviour of the witness on the stand.

39 We may thus conclude that where it is self-evident that a child's evidence will not be effectively available, the judge may find necessity and, subject to reliability, admit the child's out-of-court statements.

40 On the other hand, where it is not self-evident from the circumstances that direct evidence will be unavailable with reasonable efforts, the judge may require evidence of that fact. This may be the case where the Crown, without calling the child as a witness, simply states that to call the child would be traumatic to the child. It was in this context that the Court in *Khan* referred to "sound evidence based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic" (p. 546).

41 It is therefore error to assert that in all cases there must be extrinsic evidence to support the assertion that the out-of-court evidence is necessary under the *Khan* rule. It is for the trial judge and not the prosecutor to determine necessity. To be sure, the trial judge must have a foundation for ruling that necessity is established. But that foundation may arise either from the facts and circumstances of the case as revealed to the trial judge, or from evidence called by the Crown. Where what occurs at trial satisfies the judge that there is no reasonable prospect of obtaining a meaningful account of the events from the child by direct evidence, the judge may well find necessity on the basis that it is self-evident. Failing this, the judge may ground a finding of necessity in evidence called by the Crown. The unavailability of direct evidence may be self-evident in the case of very young children. But it is not confined to that situation. If the circumstances reveal that the child cannot, for whatever reason, give his or her evidence in a meaningful way, then the trial judge may conclude that it is self-evident, or evident from the proceedings, that out-of-court statements are

nerait d'une personne qui n'a pas observé directement le comportement du témoin à la barre.

Nous pouvons donc conclure que, lorsqu'il est évident en soi que le témoignage d'un enfant ne sera effectivement pas disponible, le juge peut conclure à la nécessité et admettre les déclarations extrajudiciaires de l'enfant, pourvu qu'elles soient fiables.

Par ailleurs, dans le cas où il n'est pas évident en soi que la preuve directe ne sera pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir, le juge peut exiger une preuve de ce fait. Ce peut être le cas lorsque le ministère public n'appelle pas l'enfant à témoigner en affirmant simplement que cela traumatiserait l'enfant. C'est dans ce contexte que notre Cour a parlé, dans *Khan*, d'une «preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant» (p. 546).

Il est donc erroné de soutenir que l'affirmation que la déclaration extrajudiciaire est nécessaire selon la règle de l'arrêt *Khan* doit, dans tous les cas, être étayée par une preuve extrinsèque. Il appartient au juge du procès et non au poursuivant de décider de la nécessité. Certes, il doit y avoir un fondement à la décision du juge du procès que la nécessité est établie. Ce fondement peut cependant découler soit des faits et des circonstances de l'affaire portés à la connaissance du juge du procès, soit de la preuve présentée par le ministère public. Lorsque ce qui survient au procès convainc le juge qu'il n'est pas raisonnablement possible d'obtenir de l'enfant un récit utile des faits au moyen d'un témoignage direct, le juge peut bien conclure à la nécessité pour le motif qu'elle est évidente en soi. À défaut de cela, le juge peut se fonder sur la preuve présentée par le ministère public pour conclure à la nécessité. La non-disponibilité d'un témoignage direct peut être évidente en soi dans le cas de très jeunes enfants, mais ce n'est pas le seul cas où elle peut l'être. Si les circonstances révèlent que l'enfant ne peut pas, pour une raison quelconque, témoigner de façon utile, le juge du procès peut alors conclure qu'il est évident en soi, ou évident d'après ce qui s'est passé au procès, que les déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires»

“necessary” if the court is to get the evidence and discover the truth of the matter.

Finally, it is hard to understand how an insistence on evidence to support necessity in every case can be reconciled with the values underlying the hearsay rule and the increasing sensitivity in society generally to the difficulties children face when called upon to testify. The law once refused to take cognizance of the special problems young witnesses face and the corresponding difficulties those who seek to prosecute crimes against young children consequently encounter. Child witnesses were treated like adults — indeed even more severely. Not only did they have to take the oath, but also, unlike adults, they were subjected to grilling on whether they understood its religious implications. If they failed this hurdle or the others that might appear down the road, like corroboration, their evidence was completely lost. The law, in recent decades, has come to realize that this approach was wrong. In *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii, Dickson J. *ad hoc*, as he then was, pointed out the absurdity of subjecting children to examination on whether they understood the religious consequences of the oath. Parliament, in a series of laws over the past decades moved to sensitize the law to the realities of the child witness. It amended the law to permit children to promise to tell the truth instead of swearing an oath. It removed the requirements for corroboration. Most recently, it has made available to the child witness aids to testifying, like screens, closed courtrooms and counselors. The Court’s decision in *Khan* to permit a child’s out-of-court statement to be received where necessity and reliability are present was in keeping with the increasing sensitivity of the justice system to the special problems children may face in giving their evidence and the need to get children’s evidence before the court if justice is to be done. See, e.g., W. Harvey and P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993); J. Bulkley and

pour que le tribunal puisse obtenir la preuve et découvrir la vérité.

Enfin, il est difficile de comprendre comment le fait d’insister pour qu’une preuve étayant la nécessité soit présentée dans tous les cas peut être concilié avec les valeurs sous-jacentes de la règle du oui-dire et la sensibilité accrue de la société en général aux difficultés qu’éprouvent les enfants appelés à témoigner. Le droit a déjà refusé de reconnaître les problèmes particuliers auxquels les jeunes témoins font face et les difficultés qui en résultent pour ceux qui cherchent à engager des poursuites relativement à des crimes commis contre de jeunes enfants. Les témoins enfants étaient traités comme des adultes — et même parfois plus durement. Non seulement devaient-ils prêter serment, mais encore, contrairement aux adultes, ils devaient subir un interrogatoire serré visant à déterminer s’ils comprenaient les implications religieuses du serment. S’ils ne surmontaient pas cet obstacle ou les autres qui pouvaient éventuellement surgir, comme la corroboration, leur témoignage était complètement perdu. Au cours des dernières décennies, le droit s’est rendu compte que cette approche était erronée. Dans l’arrêt *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi refusée, [1966] R.C.S. vii, le juge Dickson (*ad hoc*), alors juge de la Cour d’appel, a souligné l’absurdité de soumettre des enfants à un interrogatoire pour déterminer s’ils comprenaient les conséquences religieuses du serment. Dans une série de lois adoptées au cours des dernières décennies, le Parlement a entrepris de sensibiliser le droit aux réalités du témoin enfant. Il l’a modifié de manière à autoriser les enfants à promettre de dire la vérité au lieu de prêter serment. Il a supprimé les exigences de corroboration. Tout récemment, il a mis à la disposition des témoins enfants des moyens pour les aider à déposer, comme des écrans, le huis clos et des conseillers. La décision de la Cour, dans l’arrêt *Khan*, d’autoriser l’admission de la déclaration extrajudiciaire d’un enfant lorsque cette déclaration est nécessaire et fiable s’accordait avec la sensibilité accrue du système judiciaire aux problèmes particuliers que peuvent éprouver les enfants qui témoignent et au besoin de présenter à la cour le témoignage des enfants afin

C. Sandt, eds., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*, (1994).

que justice soit rendue. Voir, par exemple, W. Harvey et P. Dauns, *Sexual Offences Against Children and the Criminal Process* (1993); J. Bulkley et C. Sandt, dir., *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse* (1994).

43

The law, through the efforts of Parliament and the courts, now recognizes that children may encounter greater problems in giving their evidence than adults. The difficulty begins with understanding the oath or the obligation imposed by a promise to tell the truth. But it does not stop there. The entire court process may be alien and frightening to children, no matter how well briefed. The child finds him- or herself in a strange world, surrounded by stern and imposing adult strangers, demanding on pain of perhaps incompletely understood consequences that the child reveal what he or she knows. Sexual assault cases bring yet another anxiety. The child is asked to reveal to these imposing and intimidating strangers the most private details of what was done to him or her. From infancy, the child may have been trained not to discuss such things with strangers. He or she has acquired a sense of privacy, and perhaps a sense of shame and guilt about such matters. The child finds him- or herself conflicted, being asked to tell strangers that which he or she has been trained not to tell strangers. Many children, despite these problems, prove equal to the task. But it is not surprising that a few find themselves unable to respond in any meaningful way. See S. V. McLeer et al., "Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children", *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650, and *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*, *supra*, at pp. 39-40. The policy of the law in recent decades points to seeking to understand and recognize these difficulties. When we do, it becomes apparent that a child's inability to answer questions about upsetting and highly personal events some time in the past may well establish reasonable necessity in Wigmore's sense of unavailability. Instead of treating the child witness more harshly than the adult, as those who insist on special

Grâce aux efforts du Parlement et des tribunaux, le droit reconnaît désormais que les enfants peuvent éprouver des difficultés plus grandes que les adultes en témoignant. La première difficulté a trait à la compréhension du serment ou à l'obligation imposée par une promesse de dire la vérité. Mais cela ne s'arrête pas là. Tout le procès peut être quelque chose d'inconnu et d'effrayant pour les enfants, même s'ils y ont été bien préparés. L'enfant se retrouve dans un monde inconnu, entouré d'adultes austères et impressionnants qu'il ne connaît pas et qui lui demandent de révéler ce qu'il sait sous peine de conséquences qu'il ne saisit peut-être pas complètement. Encore est-il que les affaires d'agression sexuelle sont angoissantes à un autre égard. On demande à l'enfant de révéler à ces étrangers impressionnants et intimidants les détails les plus intimes de ce qui lui a été fait. Il se peut qu'on lui ait enseigné, depuis sa plus tendre enfance, de ne pas parler de telles choses avec des étrangers. Il a acquis le sens de la discrétion et peut-être un sentiment de honte et de culpabilité relativement à ces sujets. L'enfant se retrouve tiraillé quand on lui demande de dire à des étrangers ce qu'on lui a enseigné de ne pas dire à des étrangers. Bien des enfants, malgré ces difficultés, se montrent à la hauteur de la situation. Il n'est toutefois pas étonnant que quelques-uns n'arrivent pas à répondre de façon utile. Voir S. V. McLeer et autres, «Post-Traumatic Stress Disorder in Sexually Abused Children», *Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, XXVII (1988), 650, et *A Judicial Primer on Child Sexual Abuse*, *op. cit.*, aux pp. 39 et 40. La politique du droit au cours des dernières décennies montre qu'on cherche à comprendre et à reconnaître ces difficultés. Lorsqu'on le fait, il devient évident que l'incapacité d'un enfant de répondre à des questions relatives à des événements bouleversants et très personnels survenus par le passé peut bien établir l'existence d'une nécessité raisonnable au sens de non-disponibilité que lui donne Wigmore. Au lieu de traiter le

evidence of necessity suggest, we should be seeking to understand the child's special situation.

Underlying the insistence on knowing why the child cannot give meaningful testimony is the concern that if one finds necessity too readily one risks depriving the defence of cross-examination when, with more diligence, it would have been available. A witness cannot be excused from testifying because the witness is not in the mood or is generally fearful of the process, which might create an incentive for witnesses, who would rather not endure the rigors of cross-examination, to "clam up". The simple answer to this concern is that fear or disinclination, without more, do not constitute necessity. In each case the trial judge must determine whether, on the facts and circumstances of the case, necessity has been established. Often that will involve going into the reasons for the problem. Often too, it will involve expert evidence. But not invariably. Sometimes what happened may make it so clear that the witness was truly unable to testify that necessity can be inferred absent evidence as to why the witness cannot testify. This analysis, when applied to children, should take into account the child-sensitivity policies emerging in the law. The ultimate question is whether the evidence is reasonably necessary. When children become distressed, a reasonable course of action might well be to take a brief break. Trial judges have great flexibility in conducting their proceedings, and need not rush to hearsay at the first sign of difficulty. But once having decided that reasonable efforts cannot render the evidence available, little is added by adducing extrinsic evidence to pinpoint the exact source of a child's problem.

I conclude that the requirement of necessity may be established either on the basis of what has happened at trial or on the basis of evidence. Evidence

témoin enfant plus durement qu'un adulte, comme le proposent ceux qui insistent sur une preuve de nécessité particulière, nous devrions chercher à comprendre la situation particulière de l'enfant.

Si on insiste pour savoir pourquoi l'enfant ne peut pas témoigner de façon utile, c'est parce que l'on craint qu'en concluant trop facilement à la nécessité, on risque de priver la défense d'un contre-interrogatoire qui aurait été possible si on avait fait preuve de plus de diligence. Un témoin ne saurait être dispensé de déposer pour le motif qu'il n'est pas d'humeur à le faire ou qu'il craint généralement de le faire, ce qui pourrait inciter à se taire les témoins qui préféreraient éviter les rigueurs d'un contre-interrogatoire. La réponse simple à cette crainte est que la peur ou le manque d'enthousiasme, sans plus, ne constitue pas de la nécessité. Dans chaque cas, le juge du procès doit déterminer si, d'après les faits et les circonstances de l'affaire, la nécessité est établie. Cela nécessite souvent un examen des raisons du problème. Une preuve d'expert est également souvent requise. Mais ce n'est pas toujours le cas. Parfois, il peut être si évident, d'après ce qui s'est passé, que le témoin était réellement incapable de déposer, qu'il est possible de déduire la nécessité sans disposer d'une preuve expliquant pourquoi le témoin ne peut pas déposer. Cette analyse, appliquée aux enfants, devrait tenir compte des politiques de sensibilisation à l'enfant qui se dégagent du droit. La question fondamentale est de savoir si le témoignage est raisonnablement nécessaire. Quand des enfants deviennent désemparés, une ligne de conduite raisonnable pourrait bien consister à prendre une courte pause. Le juge du procès dispose d'une latitude considérable pour diriger les procédures et n'a pas besoin de s'empresser de recourir au ouï-dire au premier signe de difficulté. Cependant, une fois qu'il a été décidé que le témoignage n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir, la présentation d'une preuve extrinsèque pour indiquer la source exacte du problème de l'enfant se révèle peu utile.

Je conclus que la nécessité requise peut être établie soit en fonction de ce qui s'est passé au procès, soit en fonction d'éléments de preuve. La

as to the reason why the child fails to give his or her evidence in court, while often useful, is not essential. What is required is that the trial judge be satisfied that the evidence is unavailable despite reasonable efforts to obtain it.

IV. Application to the Case at Bar

46 The trial judge rejected the statements the child made to the aunt, her parents and the police on the basis that necessity was not established, because the Crown did not prove by extrinsic evidence why the evidence was unavailable. Applying the test for necessity discussed above, I have concluded that the trial judge erred in insisting on extrinsic evidence as to why the child was unresponsive. It was open to her to find necessity established on the basis of the proceedings at trial, notably the child's inability to respond in any meaningful way to the Crown's questions about the events, without insisting that the Crown go on to call evidence on the reasons for the unavailability as a rigid condition precedent.

47 The record offers ample evidence to support the conclusion that the child was emotionally traumatized to the point of being unable to testify. Given this record, it was an error to insist on extrinsic evidence as to why the child could not testify.

48 The trial judge, in interrogating the child, herself seemed to accept that the child could not testify. After counsel indicated he could ask no further questions of the child, the trial judge intervened.

THE COURT: Mr. Andrews, I would just like to ask one question of her. [L.A.], people are asking you a lot of questions today; right? Hmm. We're asking lots of questions; aren't we? Hmm? Yes?

THE WITNESS: (No audible answer.)

preuve qui explique pourquoi l'enfant ne témoigne pas en cour, bien qu'elle soit souvent utile, n'est pas essentielle. Ce qui est nécessaire, c'est que le juge du procès soit convaincu que le témoignage n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir.

IV. Application à la présente affaire

Le juge du procès a rejeté les déclarations que l'enfant avait faites à sa tante, à ses parents et à la police pour le motif que la nécessité n'était pas prouvée du fait que le ministère public n'avait pas établi au moyen d'une preuve extrinsèque pourquoi le témoignage n'était pas disponible. Après avoir appliqué le critère de la nécessité analysé plus haut, j'en suis venue à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur en insistant sur la présentation d'une preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant ne répondait pas. Il lui était loisible de conclure à la nécessité en fonction de ce qui s'était passé au procès — notamment l'incapacité de l'enfant de répondre utilement aux questions du ministère public relatives aux faits — sans exiger, à titre de condition préalable stricte, que le ministère public présente une preuve concernant les motifs de la non-disponibilité du témoignage en cause.

Le dossier offre beaucoup d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion que l'enfant était traumatisée au point d'être incapable de témoigner. Compte tenu de ce dossier, il était erroné d'insister sur la présentation d'une preuve extrinsèque expliquant pourquoi l'enfant ne pouvait pas témoigner.

En interrogeant l'enfant, le juge du procès elle-même a semblé reconnaître que l'enfant ne pouvait pas témoigner. Elle est intervenue après que l'avocat eut indiqué qu'il ne pouvait plus poser d'autres questions à l'enfant.

[TRADUCTION]

LA COUR: Maître Andrews, j'aimerais simplement lui poser une question. [L.A.], les gens te posent beaucoup de questions aujourd'hui, n'est-ce pas? Hum. Nous posons beaucoup de questions, n'est-ce pas? Hum. Oui?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

THE COURT: If this man asks you some more questions do you think you could give him some answers, say yes or no or I don't know? Do you think you could say that? Do you think you could tell him that? Or are you feeling like you can't do it any more?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: What does that mean? What does this mean? What does this shaking your head from side to side mean?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: Can you tell me what that means?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: I think I know what it means but can you tell me what it means?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: You don't want to tell me?

THE WITNESS: (No audible answer.)

THE COURT: That's fine. [Emphasis added.]

The record therefore indicates that in response to the trial judge's question as to whether she could provide evidence, the child indicated she could not by shaking her head. The child was unable to articulate her inability to answer verbally, but the trial judge quite reasonably observed: "I think I know what it [the shaking of the head] means". This passage represents evidence not only that the child had stopped talking but also that she was unable to talk. The trial judge's questions went to the child's inability to answer (as distinct from her unwillingness to answer); it was in response to that query that the child shook her head.

It is suggested that necessity is not established because there was no evidence as to why the child could not testify, leaving open the possibility that she may have been unwilling to repeat her earlier statements on the incidents because of her promise to tell the truth (reasons of the Chief Justice, at para. 11). However, in this case, that suspicion was negated by the fact that the child could not answer any questions, even on matters unrelated to the incidents on which she had given earlier statements. The record suggests that she was not

LA COUR: Si cet homme te pose encore d'autres questions, penses-tu que tu pourrais y répondre par oui, par non ou par je ne sais pas? Crois-tu que tu pourrais le faire? Crois-tu que tu pourrais lui dire cela? Ou as-tu l'impression de ne plus pouvoir le faire?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Qu'est-ce que cela veut dire? Qu'est-ce que cela veut dire? Que signifie ce hochement de la tête?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Tu peux me dire ce que cela signifie?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Je crois savoir ce que cela signifie, mais peux-tu me le dire?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Tu ne veux pas me le dire?

LE TÉMOIN: (Aucune réponse audible.)

LA COUR: Très bien. [Je souligne.]

Il ressort donc du dossier que, pour répondre au juge qui lui demandait si elle pouvait témoigner, l'enfant a indiqué par un hochement de la tête qu'elle ne pouvait pas le faire. L'enfant était incapable d'exprimer verbalement son incapacité de répondre, mais le juge du procès a tout à fait raisonnablement souligné: «Je crois savoir ce que cela [ce hochement de la tête] signifie». Ce passage prouve non seulement que l'enfant avait cessé de parler, mais encore qu'elle était incapable de le faire. Les questions du juge du procès concernaient l'incapacité de répondre de l'enfant (plutôt que son refus de le faire); c'est pour répondre à cette question que l'enfant a hoché la tête.

On laisse entendre que la nécessité n'est pas établie étant donné l'absence de preuve expliquant pourquoi l'enfant ne pouvait pas témoigner, d'où la possibilité qu'elle n'ait pas voulu répéter ses déclarations antérieures sur ce qui s'était passé, en raison de sa promesse de dire la vérité (motifs du Juge en chef, au par. 11). En l'espèce, cependant, ce doute était dissipé par le fait que l'enfant ne pouvait répondre à aucune des questions, même celles portant sur des sujets n'ayant aucun rapport avec les faits visés par ses déclarations antérieures.

merely unwilling to testify about the events at issue, but that she was paralyzed by the court proceedings. In short, the record disclosed inability to testify consistent with trauma, and negated the suggestion that the child was merely unwilling to testify about the events in question. This was sufficient to establish necessity: *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 17. It follows that the trial judge erred in insisting on further evidence of the reason the child could not testify, and absent such evidence, in rejecting the hearsay evidence and dismissing the charges.

Le dossier indique non seulement qu'elle ne voulait pas témoigner au sujet des faits en cause, mais encore qu'elle était pétrifiée par les procédures de la cour. Bref, le dossier révélait une incapacité de témoigner susceptible d'être due à un traumatisme, et écartait l'idée que l'enfant ne voulait tout simplement pas témoigner au sujet des faits en question. Cela était suffisant pour établir la nécessité: *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 17. Il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur en insistant sur la présentation d'autres éléments de preuve expliquant pourquoi l'enfant ne pouvait pas témoigner, et en rejetant, en l'absence de tels éléments de preuve, la preuve par oui-dire et les accusations portées.

51 Judges who are uncertain may wish to adjourn the proceedings to see whether the child might be able to testify a little later, rather than summarily dismissing the application for alternate evidence and hence the charges. It may be that here the trial judge concluded that an adjournment would have been useless, given the many measures that had already been taken to assist the child. But in cases such as these, an adjournment is something that should at least be considered in the interests of protecting both the interests of justice and the accused's rights.

Le juge qui a des doutes peut souhaiter ajourner les procédures pour vérifier si l'enfant pourrait être en mesure de témoigner un peu plus tard, au lieu de rejeter sommairement la demande d'autres éléments de preuve et, partant, les accusations portées. Il se peut qu'en l'espèce le juge du procès ait conclu qu'un ajournement aurait été inutile compte tenu des nombreuses mesures qui avaient déjà été prises pour aider l'enfant. Toutefois, dans des cas comme la présente affaire, l'ajournement est une possibilité qu'il y a lieu d'envisager au moins dans l'intérêt de la justice et dans le but de préserver les droits de l'accusé.

52 It follows that a new trial must be held. If on the retrial L.A. proves unable to communicate, it will be open to the trial judge to find that admission of her out-of-court statements is necessary on the principles set out in *Khan, supra*. I would allow the appeal and direct a new trial.

Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu. Si, lors du nouveau procès, L.A. se révèle incapable de communiquer, le juge du procès pourra conclure que l'admission de ses déclarations extrajudiciaires est nécessaire selon les principes énoncés dans l'arrêt *Khan*, précité. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Appeal allowed, LAMER C.J. and IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: Andrews, McMahon, Campbell & Reis, Regina.

Procureurs de l'intimé: Andrews, McMahon, Campbell & Reis, Regina.