

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Walter Parrott** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARROTT

Neutral citation: 2001 SCC 3.

File No.: 27305.

2000: January 27; 2001: January 26.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Evidence — Hearsay exception — Expert witnesses — Whether mentally challenged complainant must be called as witness on voir dire to assess necessity component of principled approach to admitting hearsay evidence — Whether trial judge erred in relying entirely on expert evidence directed at voir dire issue of testimonial competence — Whether complainant's out-of-court statements are inadmissible at trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.*

A mature woman with a mental disability was seen being put into the accused's car parked outside the psychiatric hospital where the woman resided. After conducting a search which lasted over seven hours, the police located the car, with the woman and the accused, in a remote area. Her shorts and underwear were in disarray. She had bruises and scratches on her body. The woman made out-of-court statements to the police constable who found her and to the doctor who first examined her. Pointing to her injuries, she communicated that the man in the car had done it. The accused was charged with kidnapping and sexual assault.

The trial judge was told that the complainant would be unable to give detailed evidence in court since her mental development was equivalent to that of a three- or four-year-old child and her memory of the events was poor. Crown counsel applied to admit the earlier out-of-court statements made to the doctor and the police

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Walter Parrott** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. PARROTT

Référence neutre : 2001 CSC 3.

N° du greffe : 27305.

2000 : 27 janvier; 2001 : 26 janvier.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit criminel — Preuve — Exception à la règle du ouï-dire — Témoins experts — Une plaignante ayant une déficience mentale doit-elle témoigner au cours d'un voir-dire afin de permettre l'évaluation du critère de la nécessité établi selon la méthode moderne de réception de la preuve par ouï-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se fondant uniquement sur la preuve d'expert sur la question de la compétence de la plaignante à témoigner au voir-dire? — Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante sont-elles inadmissibles au procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.*

On a vu quelqu'un faire monter une femme adulte atteinte d'une déficience mentale dans la voiture de l'accusé, stationnée à l'extérieur de l'établissement psychiatrique où elle était pensionnaire. Après plus de sept heures de recherches, les policiers ont retrouvé la voiture dans une région éloignée, la femme et l'accusé se trouvant à l'intérieur. Le short et les sous-vêtements de la femme étaient en désordre. Elle avait des ecchymoses et des égratignures sur le corps. Elle a fait des déclarations extrajudiciaires au policier qui l'a trouvée et au médecin qui l'a examinée la première fois. Montrant ses blessures, elle a indiqué que c'était l'homme dans l'auto qui l'avait fait. L'accusé a été inculpé sous les chefs d'enlèvement et d'agression sexuelle.

Le juge du procès a été informé que la plaignante serait incapable de donner un témoignage détaillé en cour, étant donné que son développement mental équivaut à celui d'un enfant de trois ou quatre ans et que sa mémoire des faits est faible. L'avocat du ministère public a présenté une demande visant à substituer les

officer, some of which had been videotaped, as a substitute for the complainant's direct testimony at trial. Defence counsel opposed the application, arguing that the out-of-court statements were unreliable and moreover were unnecessary in light of the complainant's availability to testify in person. A *voir dire* was held on the issue.

Based on one doctor's testimony and the complainant's videotaped statement, the trial judge found it unnecessary to have the complainant herself called at the *voir dire*. The out-of-court statements were admitted. The accused was convicted of kidnapping, acquitted of sexual assault, but convicted of assault causing bodily harm.

The majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in admitting the hearsay evidence when the complainant herself was available to testify and there was no expert suggestion that she would suffer any trauma or adverse effect by appearing in court. The curative proviso of the *Criminal Code* was applied to maintain the conviction with respect to kidnapping but the conviction with respect to assault causing bodily harm was quashed and a new trial was ordered. The Crown appealed against the setting aside of the assault verdict.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.*: The procedure adopted in this case raises two distinct though related issues, firstly the admissibility of the expert evidence at the *voir dire*, and secondly the admissibility of the complainant's out-of-court statements at the trial.

With respect to the first issue, there was no necessity shown at the *voir dire* for the expert medical evidence. Trial judges are eminently qualified to assess such matters as "childlike mental condition" or "poor ability to sustain questioning" without expert assistance. The complainant was available to testify and there was no suggestion that she might be harmed thereby. At the time the expert testimony was called, there was no basis laid for its reception. The complainant herself did not testify. The expert evidence was thus improperly admitted at the *voir dire*. As a consequence, the trial judge

déclarations extrajudiciaires faites plus tôt par la plaignante au médecin et au policier, dont certaines avaient été enregistrées sur bande vidéo, à son témoignage direct en cour. L'avocat de la défense s'est opposé à la demande, faisant valoir que les déclarations extrajudiciaires n'étaient pas fiables et qu'en outre elles n'étaient pas nécessaires vu que la plaignante était disponible pour témoigner en personne. On a tenu un voir-dire sur cette question.

Se fondant sur le témoignage d'un médecin et sur la déclaration enregistrée de la plaignante, le juge du procès n'a pas jugé nécessaire de faire comparaître la plaignante au voir-dire. Les déclarations extrajudiciaires ont été admises. L'accusé a été reconnu coupable d'enlèvement, acquitté du chef d'agression sexuelle, mais reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

La Cour d'appel a conclu à la majorité que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve par oui-dire alors que la plaignante était disponible pour témoigner et que l'opinion des experts ne permettait pas de penser que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. La disposition réparatrice du *Code criminel* a été appliquée pour maintenir la déclaration de culpabilité en ce qui concerne l'enlèvement, mais la condamnation pour voies de fait causant des lésions corporelles a été infirmée et on a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public a interjeté appel de l'annulation du verdict de voies de fait.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges Major, Bastarache, Binnie et Arbour* : La façon de procéder en l'espèce soulève deux questions distinctes, mais connexes : premièrement, l'admissibilité des témoignages d'expert au voir-dire et, deuxièmement, l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de la plaignante au procès.

En ce qui concerne la première question, il n'a pas été établi au voir-dire que la preuve médicale d'expert était nécessaire. Les juges du procès sont éminemment aptes à évaluer des questions telles que « l'état mental comparable à celui d'un enfant » et la « faible capacité à subir un interrogatoire » sans l'aide d'un expert. La plaignante était disponible pour témoigner et personne n'a laissé entendre que sa comparution pourrait lui porter préjudice. Au moment où les experts ont été appelés à témoigner, la réception des témoignages d'experts n'était pas fondée. La plaignante elle-même n'a pas

had no admissible evidence on which to exercise a discretion to admit the complainant's out-of-court statements.

On the second issue, even if the expert medical evidence had been properly admitted and accepting the trial judge's view that the out-of-court hearsay evidence was "reliable", the trial judge nevertheless erred in finding its admission to be "necessary". If a witness is physically available and there is no suggestion that she would suffer trauma by attempting to give evidence, as was the case here, that evidence should generally not be preempted by hearsay. There were no exceptional circumstances in this case to displace the general rule.

Stereotypical assumptions about persons with disabilities, be it testimonial competency or trauma, should be avoided. The video of the complainant's out-of-court statement could not afford evidence of any subsequent deterioration in her recollection of the events or her ability to communicate them. The trial judge having misdirected himself on the admissibility issue, his ruling must be set aside and the majority decision of the Newfoundland Court of Appeal ordering a new trial on the assault charge affirmed.

*Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. (dissenting):* While it is generally a prudent practice for the Crown to put the complainant forward as a witness in order for the trial judge to evaluate her testimonial capacity, it is not an absolute legal requirement in every case. The trial judge's inquiry was much broader than a limited application of a test of mental competence. The trial judge must assess the whole condition of the witness and balance the potential value of the evidence which may result from *viva voce* testimony against the potential prejudice to the witness. Potential trauma to the witness is one instance in which the Crown is not obliged to call her before the court in order to establish necessity. Other possibilities include circumstances in which it would be harmful to the witness or serve no real purpose to do so. Here, it would have served no real purpose for the trial judge to examine the complainant on the *voir dire*, given the evidence of necessity already before him.

témoigné. Les témoignages d'experts ont donc été admis à tort au voir-dire. Par conséquent, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve admissible pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

Quant à la seconde question, même si la preuve médicale d'expert avait été admise à bon droit et même si l'on acceptait la conclusion du juge du procès que la preuve extrajudiciaire par ouï-dire était « fiable », celui-ci a quand même commis une erreur en concluant que l'admission des déclarations extrajudiciaires était « nécessaire ». Si le témoin était physiquement disponible et que rien n'indique qu'il serait traumatisé par le fait de témoigner, comme c'est le cas en l'espèce, sa déposition ne devrait généralement pas être court-circuitée par du ouï-dire. Il n'y avait en l'espèce aucune circonstance exceptionnelle justifiant l'exception à la règle générale.

Il faut éviter toute supposition stéréotypée au sujet des personnes ayant quelque infirmité, qu'il s'agisse de la capacité à témoigner ou d'un traumatisme. L'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration extrajudiciaire de la plaignante n'apporte aucun élément de preuve de quelque détérioration subséquente de son souvenir des faits ou de sa capacité de les communiquer. Le juge du procès ayant abordé de façon erronée la question de l'admissibilité, sa décision doit être annulée et la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve ordonnant la tenue d'un nouveau procès à l'égard de l'accusation de voies de fait est confirmée.

*Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel (dissidents):* Bien qu'il soit généralement prudent d'exiger que le ministère public fasse comparaître son témoin afin que le juge du procès puisse évaluer sa capacité à témoigner, ce n'est pas une exigence juridique absolue. L'enquête du juge du procès avait une portée beaucoup plus large que l'application limitée d'un test de capacité mentale. Le juge du procès doit examiner l'état de la plaignante dans son ensemble et soupeser la valeur que ce témoignage de vive voix ajouterait à la preuve par rapport au préjudice que pourrait subir le témoin. La possibilité de traumatisme d'un témoin constitue un cas où le ministère public n'est pas tenu de le faire entendre pour établir la nécessité. Il existe d'autres cas où cette comparution du témoin serait inutile ou lui causerait préjudice. En l'espèce, il n'aurait servi à rien que le juge du procès interroge la plaignante lors du voir-dire, en raison de la preuve de nécessité qui lui avait déjà été présentée.

The evidence before the trial judge amply supports his findings of necessity and reliability with respect to the complainant's out-of-court statements. Assessing this complainant's testimonial competency as a whole involved matters outside the traditional expertise of the trial judge. With the assistance of expert medical witnesses, the trial judge was able to acknowledge the childlike mental condition of the complainant and her fragile emotional state in addition to her poor ability to sustain questioning.

The complainant's videotaped out-of-court statement to police, which the trial judge reviewed, made it apparent that she was incapable of testifying in a meaningful way, especially in the unfamiliar setting of a courtroom, about personally traumatic events that had taken place some nine months earlier. The videotape afforded the trial judge an adequate opportunity to evaluate the complainant's ability to communicate evidence about the incident. It complemented reliably the information received from expert witnesses at the *voir dire*. The trial judge rightfully found the complainant incapable of communicating evidence in any meaningful way. Requiring the Crown to make the complainant testify only to confirm her limited ability to convey evidence would not only fail to generate any new evidence, but would also be demeaning and potentially traumatic to her.

In cases involving young children or people with mental disabilities who are mentally assimilable to young children, neither direct evidence of the trauma nor the compulsory attendance of the witness in order to demonstrate it should become a requirement. Even if, as a general rule, the judge should hear the witness in the case, some situations may arise where the attendance of the witness in court is unwarranted and unnecessary. Such was the case here and the complainant's out-of-court statements met both the necessity and reliability requirements.

The majority of the Court of Appeal erroneously engaged in a re-evaluation of the record and interfered too readily with the trial judge's findings. The trial judge was in a superior position to assess the expert testimony, which confirmed his observation of the complainant's videotaped testimonial abilities. Admitting the hearsay evidence did not amount to palpable error.

La preuve présentée au juge du procès étaye amplement ses conclusions sur la nécessité et la fiabilité relativement aux déclarations extrajudiciaires de la plaignante. L'évaluation de la capacité de la plaignante à témoigner dans l'ensemble met en cause des questions dépassant la compétence traditionnelle du juge du procès. Avec l'aide de témoins médicaux experts, il a pu constater l'état mental, comparable à celui d'un enfant, de la plaignante et son état émotionnel fragile, en plus de sa faible capacité à subir un interrogatoire.

La bande vidéo de la déclaration extrajudiciaire faite par la plaignante au policier, que le juge du procès a visionnée, a fait ressortir que la plaignante était incapable de témoigner d'une manière utile, surtout dans le cadre inconnu d'une salle d'audience, à propos de faits traumatisants survenus environ neuf mois plus tôt. La bande vidéo a permis au juge du procès de suffisamment évaluer l'aptitude à témoigner de la plaignante à propos de l'incident. Elle complétait d'une manière fiable les renseignements qu'il avait obtenus des témoins experts au voir-dire. Il a conclu à bon droit que la plaignante était incapable de témoigner d'une manière utile. Exiger du ministère public qu'il la fasse comparaître dans le seul but de confirmer son inhabilité à témoigner non seulement ne permettrait pas d'obtenir d'autres éléments de preuve, mais serait aussi humiliant et pourrait être traumatisant pour elle.

Dans les affaires mettant en cause de jeunes enfants ou des personnes ayant une déficience intellectuelle que l'on peut assimiler à de jeunes enfants sur le plan mental, ni la preuve directe du traumatisme ni la présence obligatoire du témoin visant à faire la preuve de ce traumatisme ne devraient devenir une exigence. Même si d'une manière générale le juge devrait entendre le témoin de l'affaire, il se peut que la présence du témoin en cour ne soit ni justifiée ni nécessaire. Tel était le cas en l'espèce et les déclarations extrajudiciaires de la plaignante satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en évaluant à nouveau le dossier et se sont immiscés trop facilement dans les conclusions du juge du procès. Le juge du procès était mieux placé pour évaluer les témoignages des experts, qui ont confirmé ses propres observations, à partir de l'enregistrement, des capacités de la plaignante à témoigner. La décision d'admettre la preuve par ouï-dire ne constitue pas une erreur manifeste. La déclaration de culpabilité de

The accused's conviction for assault causing bodily harm should be restored.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Applied:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; **considered:** *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043.

By LeBel J. (dissenting)

*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, aff'd [1993] 1 S.C.R. 469.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.)], s. 18; am. 1994, c. 44, s. 89]. *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89, [1999] N.J. No. 144 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for kidnapping, allowing the accused's appeal from his conviction for assault causing bodily harm and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting.

Wayne Gorman, for the appellant.

l'accusé pour voies de fait causant des lésions corporelles devrait être rétablie.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts appliqués :** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; **arrêts examinés :** *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, conf. par [1993] 1 R.C.S. 469.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii). *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16 [abr. & rempl. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.)], art. 18; mod. 1994, ch. 44, art. 89].

### Doctrine citée

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89, [1999] N.J. No. 144 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour enlèvement, a accueilli son appel contre sa déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

*Robin Reid*, for the respondent.

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

LEBEL J. (dissenting) — At issue in this appeal is whether the complainant's out-of-court statements meet the necessity criterion of the principled approach to hearsay evidence, and were properly admitted by the trial judge for the truth of their contents. The Crown indicated at the beginning of trial that it did not intend to call upon the complainant to testify, stating that she was incapable of doing so. The complainant has Down's syndrome. Her doctors describe her as mildly to moderately mentally retarded and she had been in institutional care for many years. As mentioned in Justice Binnie's reasons, expert evidence has established that she had reached the mental development of a three- or four-year-old child.

At trial, the Crown sought to enter as evidence out-of-court statements the complainant made to others shortly after the incident occurred. The question at issue in this appeal is whether, on the *voir dire* to determine necessity, the Crown was obliged to put the complainant forward as a witness in order for the trial judge to evaluate her testimonial capacity. While I agree with my colleague, Binnie J., that it is generally a prudent practice to have the Crown do so, I would not elevate it to an absolute legal requirement in every case. In my view, the evidence before the trial judge in the present case amply supports his findings of necessity and reliability. His judgment was completely in accordance with the jurisprudence of the Court on the admissibility of hearsay evidence.

#### I. The Principled Approach to Hearsay Evidence

A hallmark of the principled approach to hearsay is flexibility. In moving away from the cate-

*Robin Reid*, pour l'intimé.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) — Dans le présent pourvoi, les questions en litige consistent d'abord à déterminer si les déclarations extrajudiciaires de la plaignante satisfont au critère de la nécessité, tel qu'il a été élaboré par la méthode moderne de réception de la preuve par ouï-dire, puis à décider si elles ont été admises à bon droit par le juge du procès comme preuve de la véracité de leur contenu. Le ministère public a fait savoir, au début du procès, qu'il n'entendait pas faire témoigner la plaignante, affirmant qu'elle en était incapable. Celle-ci a le syndrome de Down. Selon ses médecins, elle est atteinte d'une déficience intellectuelle légère à modérée, et elle reçoit des soins en établissement depuis de nombreuses années. Comme le mentionne le juge Binnie dans ses motifs, les témoignages d'experts ont établi que son développement mental équivalait à celui d'un enfant de trois ou quatre ans.

Au procès, le ministère public a voulu déposer en preuve les déclarations extrajudiciaires que la plaignante avait faites à d'autres personnes peu après l'incident. Dans le présent pourvoi, il faut alors examiner si, lors du *voir-dire* sur la nécessité, le ministère public était obligé de faire comparaître la plaignante comme témoin afin que le juge du procès puisse évaluer sa capacité à témoigner. Bien que d'accord avec mon collègue le juge Binnie, sur l'opportunité, en règle générale, d'exiger que le ministère public fasse comparaître son témoin, je n'élèverais pas cette pratique au rang d'exigence juridique absolue. À mon avis, la preuve présentée au juge du procès, en l'espèce, étaye amplement ses conclusions sur la nécessité et la fiabilité. Son jugement respectait en tous points la jurisprudence de la Cour portant sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire.

#### I. La méthode moderne de traitement de la preuve par ouï-dire

La souplesse représente un caractère essentiel de la méthode moderne de traitement de la preuve par

1

2

3

gorical approach of the past to hearsay exceptions, the Court signalled in the last decade an intention to render the rules governing the reception of hearsay evidence more responsive to individual situations. (See, e.g., *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; and *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40. See also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 189-201.) When dealing with young children or people with mental disabilities, this approach seeks to address the necessity and reliability required for the admission of the evidence while at the same time safeguarding the dignity and integrity of the complainants or witnesses.

4

According to the modern approach, out-of-court statements may be admitted for their truth if reliable and reasonably necessary. Necessity is intended to be a malleable concept. In *Smith*, *supra*, this Court stated (at pp. 933-34):

... 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 more 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, 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

ouï-dire. En s'éloignant de l'ancienne conception fondée sur des catégories d'exceptions à la règle du ouï-dire, notre Cour a manifesté dans la dernière décennie sa volonté que les règles relatives à la réception de la preuve par ouï-dire tiennent mieux compte de chaque situation particulière. (Voir, par exemple, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40. Voir aussi J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 189-201.) Dans le cas de jeunes enfants ou de personnes ayant une déficience intellectuelle, cette méthode consiste à examiner la nécessité et la fiabilité requises pour l'admission de la preuve, tout en protégeant la dignité et l'intégrité des plaignants et des témoins.

D'après la méthode moderne, les déclarations extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu, si elles sont fiables et raisonnablement nécessaires. La notion de nécessité se veut souple. Dans *Smith*, précité, p. 933-934, notre Cour 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 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

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.]

Let us note that this passage was reproduced with approval recently in *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569, at para. 34 (*per* McLachlin J., as she then was).

Thus, we realize that we are far from the strict approach to hearsay which prevailed in the past. Perhaps the most important aspect of the broad account of necessity quoted above is the fact that “the categories of necessity are not closed”. Trial judges now have a much broader discretion to admit evidence which would otherwise be considered as hearsay. This court should not attempt to confine this discretion into limited categories, but should rather content itself with stating broad principles to guide judges in the exercise of their discretion. As Lamer C.J. warned in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 35:

... both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis.

Of course, there is no presumption of necessity and the trial judge must consider whether the criterion is satisfied on the particular facts of each case: *F. (W.J.)*, *supra*, at para. 41; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 17. However, the case law does not mandate that any particular kind of evidence must be adduced in order to demonstrate necessity. As McLachlin J. viewed it, while writing for the majority in *F. (W.J.)*, at para. 41, necessity may be founded on “the facts and circumstances of the case as revealed to the trial judge, or from evidence called by the Crown”. In keeping with the overriding principle of flexibility, the key is that necessity be grounded in evidence that is appropriate to the circumstances.

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.]

Notons que cet extrait a été cité et approuvé récemment dans *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569, par. 34 (le juge McLachlin, maintenant Juge en chef).

Ainsi, nous constatons que nous nous trouvons maintenant loin de l’ancienne façon stricte d’aborder la preuve par ouï-dire. L’élément le plus important de l’interprétation large du critère de la nécessité mentionné précédemment est, peut-être, le fait que « les catégories de nécessité ne sont pas limitées ». Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’admettre une preuve qui serait autrement considérée comme du ouï-dire a pris désormais une expansion beaucoup plus large. Notre Cour ne devrait pas tenter de limiter ce pouvoir à certaines catégories, mais devrait plutôt se contenter d’énoncer des principes généraux pour guider les juges dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Dans *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 35, le juge en chef Lamer a fait la mise en garde suivante :

... on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l’affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d’aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories.

Bien sûr, aucune présomption de nécessité n’existe et le juge du procès doit déterminer au cas par cas, si ce critère est respecté : *F. (W.J.)*, précité, par. 41; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, par. 17. Toutefois, la jurisprudence n’exige pas la présentation d’un certain type de preuve particulier pour établir la nécessité. D’après le juge McLachlin, s’exprimant au nom de la majorité dans *F. (W.J.)*, par. 41, le fondement de la nécessité peut 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 ». Conformément au principe prépondérant de la souplesse, il faut que la nécessité repose sur une preuve appropriée dans les circonstances.

5

6



7

In *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236, the Court observed that generally speaking, the best measure of testimonial capacity is the witness's performance at the time of trial. I agree that the preferred method of evaluating a witness's ability to give evidence is to assess him or her at first hand, especially during cross-examination. But this is clearly not an absolute rule, and to make it so risks stultifying the modern approach to hearsay contrary to the desired principle of flexibility. The case law suggests that, even when the hearsay declarant is physically available, the trial judge is not obliged to examine him or her directly in order to find necessity. *Khan* and *Rockey* are two instances in which the necessity criterion was met, notwithstanding the Crown's failure to call the hearsay declarants for examination on the *voir dire*. In both cases, necessity was grounded on evidence that testifying in court would have traumatized the child witnesses; it would accordingly have been cruel indeed to require them to appear at the *voir dire*: *Rockey*, *supra*, at para. 23. While potential trauma to the witness is one instance in which the Crown is not obliged to call her before the court in order to establish necessity, I would not foreclose the possibility of other circumstances in which it would be harmful to the witness, or serve no real purpose to do so.

8

The trial judge, in the present case, found it necessary to admit the complainant's out-of-court statements without first calling the complainant as a witness. The judge's finding was based on his observation of the videotaped interview of the complainant, the evidence of her attending physician and nurse, and that of two other physicians who examined her. The Court of Appeal ((1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89) should not have intervened on Barry J.'s finding that the admission of the videotaped interview was rendered necessary by the facts of the case. The situation before him amply suggested that admission of the videotaped interview was necessary as "evidence of the same value" would most likely not be obtained by *viva voce* testimony of the complainant. It was apparent that attempting to make the complainant testify

Dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236, notre Cour note que, d'une manière générale, l'indication la plus sûre de la capacité de témoigner demeure le comportement du témoin au procès. Je conviens que l'évaluation directe, plus particulièrement lors d'un contre-interrogatoire, offre le meilleur instrument pour évaluer l'aptitude à témoigner. Mais il est clair qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue; si c'était le cas, cela mettrait en échec la façon moderne d'aborder la preuve par ouï-dire, par le rejet de la souplesse souhaitée. D'après la jurisprudence, même quand l'auteur de la déclaration extrajudiciaire est physiquement disponible, le juge du procès n'est pas tenu de l'interroger directement pour conclure à la nécessité. Dans les affaires *Khan* et *Rockey*, notre Cour a conclu que le critère de la nécessité avait été respecté, bien que le ministère public n'ait pas fait comparaître les auteurs des déclarations extrajudiciaires lors du voir-dire pour les interroger. Dans les deux cas, la nécessité se fondait sur une preuve d'après laquelle les enfants auraient été traumatisés si on les avait fait témoigner; il aurait donc été cruel d'exiger qu'ils comparaissent au voir-dire : *Rockey*, précité, par. 23. Comme la possibilité de traumatisme d'un témoin constitue un cas où le ministère public n'est pas tenu de le faire entendre pour établir la nécessité, je n'excluais pas la possibilité d'autres cas où cette comparaison du témoin serait inutile ou lui causerait préjudice.

En l'espèce, le juge du procès a conclu à la nécessité d'admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires de la plaignante, sans la faire témoigner. La conclusion du juge se fonde sur son visionnement de l'entrevue de la plaignante, enregistrée sur bande vidéo, sur les témoignages de son médecin et de son infirmière traitants, ainsi que sur ceux de deux autres médecins qui l'ont examinée. La Cour d'appel ((1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89) n'aurait pas dû intervenir relativement à la conclusion du juge Barry sur la nécessité d'admettre l'entrevue enregistrée, dans les circonstances de cette affaire. La situation donnait amplement à penser qu'il était nécessaire d'admettre cette entrevue, étant donné qu'il aurait été très probablement impossible d'obtenir une « preuve de même valeur » si la plaignante avait témoigné de vive

would not only fail to generate any new evidence, but also that it would be demeaning and potentially traumatic to her.

In this context, the ruling of the trial judge was not a narrow one limited to the application of a test of mental competence as in s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. The trial judge's inquiry was much broader. It sought to examine the whole of the complainant's condition as mandated by our principled approach to hearsay and necessity as discussed above. In that regard, the trial judge did not simply express a preference for the views of one of the experts heard, Dr. Gillespie. Barry J.'s decision examined more broadly the victim's childlike mental condition or mental retardation and its impact on her potential testimony. This careful consideration of the condition of the complainant led the judge to decide that she was incapable (as opposed to the more narrow concept of "incompetence") of testifying. He then decided that the out-of-court statements in the video should be received into evidence, because they met the reliability and necessity tests.

## II. The Evidence on the Complainant's Condition

Barry J. held that the admissibility of the video was justified by his finding about the mental age of the victim which he equated to that of a very young child:

It appears that it [her mind] might be . . . so greatly retarded that it does not allow her to mentally process or express matters in a normal matter other than in very simple statements such as, one might attribute to a child of very tender years.

(Transcript of Barry J.'s ruling on the *voir dire* of March 30, 1995, at p. 4)

On the basis of the video, and of the evidence of a nurse of the Waterford Hospital and the testimony of experts, the trial judge noted that the victim lived a very restricted life, under constant supervision. She was able to make simple state-

voix. De toute évidence, la comparution de la plaignante non seulement ne permettrait pas d'obtenir d'autres éléments de preuve, mais serait humiliante et pourrait être traumatisante pour elle.

Dans ce contexte, la décision du juge du procès ne se limitait pas seulement à appliquer un test de capacité mentale comme dans les cas visés par l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. L'enquête par le juge du procès avait une portée beaucoup plus large. Elle visait à examiner, comme nous l'avons vu, l'état de la plaignante dans son ensemble, comme le veut notre nouvelle façon d'aborder la preuve par ouï-dire et le critère de nécessité. À cet égard, le juge du procès n'a pas simplement exprimé une préférence pour l'opinion du Dr Gillespie, un des témoins experts. Le juge Barry a examiné d'une manière plus large l'état mental de la victime comparable à celui d'un enfant ou sa déficience mentale, et l'incidence de ces facteurs sur le témoignage qu'elle pourrait rendre. Cet examen attentif de l'état de la plaignante a mené le juge à conclure à son incapacité (par opposition à la notion plus stricte d'« inhabilité ») de témoigner. Il a alors statué que les déclarations extrajudiciaires sur bande vidéo devraient être admises en preuve, car elles satisfaisaient aux critères de fiabilité et de nécessité.

## II. La preuve relative à l'état de la plaignante

Selon le juge Barry, l'admission en preuve de la bande vidéo était justifiée par sa conclusion relative à l'âge mental de la victime, qui équivalait, selon lui, à celui d'un très jeune enfant :

[TRADUCTION] Il semble que son esprit soit [. . .] déficient au point de ne pas lui permettre de traiter mentalement ou d'exprimer les choses normalement, autrement que par des énoncés très simples, comme ceux que l'on pourrait attribuer à un enfant en très bas âge.

(Transcription de la décision du juge Barry sur le voir-dire du 30 mars 1995, p. 4)

Sur le fondement de la bande vidéo, du témoignage d'une infirmière de l'hôpital Waterford et des dépositions des témoins experts, le juge du procès a constaté que la victime menait une vie très limitée et qu'elle était supervisée en perma-

9

10

11

ments, but did not retain any long term memory of events, although at the same time, she seemed unable to attempt to deceive and had no history of fabrication. As Barry J. stated:

All these activities have to be supervised and many of them require assistance. She has a habit of repeating things that she has heard or come into contact with and may do so in answer to questions that may be completely unrelated. She has no history of fabrication . . . [S]he is capable of making simple statements about some matters. But her mind cannot retain an account of any particular matter for any length of time or . . . complete an account of anything which may transpire. As I've mentioned, she has no history of fabrication and it appears that from her history . . . it would be unlikely that she would attempt to deceive any person of something which may have occurred.

(Transcript of Barry J.'s ruling on the *voir dire* of March 30, 1995, at p. 4)

12

In my opinion, this is one of those cases in which it would have served no real purpose for the trial judge to examine the complainant on the *voir dire*, given the evidence of necessity already before him. The record fully supports the trial judge's finding that the complainant was incapable of testifying in a meaningful way about the incident. Chief among the evidence was the videotape of the complainant's interview with Sergeant Ryan, which enabled the trial judge to observe for himself the complainant's ability to convey evidence. The interview was conducted on the day after the incident took place, in the company of a nurse and nursing assistant from the Waterford Hospital where the complainant lives. Sergeant Ryan asked the complainant a number of basic questions about the incident, to which she responded in broken sentences that were, at times, very difficult to understand. The trial judge recounted the interview in the following way:

In response to questions from Sergeant Ryan as to what had happened to her, she made several statements; and in the first statement when asked that question as to what happened to her, she said "the man in handcuffs did it," and then she said, "Put him in jail." When asked what happened to her arm and face, the bruises and scratches, she said, "A man did that, put him in jail."

nence. Capable d'exprimer des choses très simples, elle ne conservait toutefois aucune mémoire à long terme des faits; cependant, elle semblait incapable d'essayer de tromper et n'avait pas l'habitude d'inventer des contes. Le juge Barry a dit :

[TRADUCTION] Toutes ces activités doivent être supervisées et elle a besoin d'aide pour plusieurs d'entre elles. Elle a l'habitude de répéter ce qu'elle a entendu ou dont elle a pris connaissance, parfois en réponse à des questions qui n'ont rien à voir avec ces choses. Elle n'a pas l'habitude d'inventer des contes [. . .] [E]lle est capable d'exprimer des choses très simples sur certains sujets. Mais son esprit est incapable de conserver un souvenir des faits précis, pour quelque durée que ce soit, ou [. . .] de raconter en entier ce qui a pu se produire. Comme je l'ai mentionné, elle n'a pas l'habitude d'inventer des contes et il appert de ses antécédents [. . .] qu'il serait improbable qu'elle essaie de tromper quelqu'un à propos de quelque chose qui a pu se produire.

(Transcription de la décision du juge Barry sur le voir-dire du 30 mars 1995, p. 4)

À mon avis, dans un tel cas, il n'aurait servi à rien que le juge du procès interroge la plaignante lors du voir-dire, en raison de la preuve de nécessité qui lui avait déjà été présentée. Le dossier appuie entièrement la conclusion du juge que la plaignante était incapable de témoigner d'une manière utile à propos de l'épisode. L'élément le plus important de la preuve se retrouvait dans la bande vidéo de l'entrevue de la plaignante avec le sergent Ryan. Le visionnement de celle-ci a permis au juge du procès d'apprécier par lui-même la capacité de la plaignante de rendre un témoignage. L'entrevue a eu lieu le lendemain de l'épisode, en présence d'une infirmière et d'une infirmière auxiliaire de l'hôpital Waterford, où vit la plaignante. Le sergent Ryan a posé à la plaignante quelques questions élémentaires sur ce qui lui était arrivé, auxquelles elle a répondu par des phrases décousues, parfois très difficiles à comprendre. Le juge du procès a résumé l'entrevue comme suit :

[TRADUCTION] En réponse aux questions du sergent Ryan à propos de ce qui lui était arrivé, elle a déclaré plusieurs choses; à la première question qui lui a été posée, à savoir qu'est-ce qui lui était arrivé, elle a répondu : « C'est l'homme avec des menottes qui l'a fait » et elle a ensuite ajouté « Mettez-le en prison ». Quand on lui a demandé ce qui était arrivé à son bras et

When asked what the man looked like, she said, “Man with black hat . . . glasses . . . police took him away.” When asked who hurt her face, she said, “scratched me” and when asked who, she said, “The man”. When asked where, she said, “In the car.” When asked what he did, she said, “Smacked me.”

(Barry J.’s reasons for conviction of April 3, 1995, at p. 11)

The Court of Appeal also reviewed the videotape. The majority and minority opinions provide a similar account of the interview, which Wells C.J.N. described as follows at p. 127:

That video tape displays [the complainant] answering Sergeant Ryan’s question as to the cause of her scratches and bruises with “bad man, handcuffs, go to jail” on each of the numerous times she was asked. In answer to who he was or what his name was she simply repeated “Don’t know” each time she was asked. To the question of what he looked like she said “glasses” and “hat”.

This was the extent of the information that the complainant was able to communicate about the incident shortly after it occurred and in a supportive environment. The trial judge found the complainant’s responses to Sergeant Ryan’s questioning repetitive and largely incoherent. I cannot disagree with his conclusion, and am doubtful that she would have been able to provide useful information in the unfamiliar setting of a courtroom, about personally traumatic events that had taken place some nine months earlier.

As the Court confirmed in *Marquard, supra*, at p. 236, testimonial capacity entails the ability to perceive, recollect and communicate events to the court. The evidence of the physicians who examined the complainant only confirms the extremely limited nature of her communication skills. Dr. Gillespie, a psychiatrist associated with the Waterford Hospital who had known the com-

à son visage, en parlant des ecchymoses et des égratignures, elle a répondu : « Un homme a fait ça, mettez-le en prison ». Quand on lui a demandé à quoi ressemblait cet homme, elle a répondu : « Un homme avec un chapeau noir . . . des lunettes . . . la police l’a emmené ». Quand on lui a demandé qui avait blessé son visage, elle a répondu : « M’a griffé » et quand on lui a demandé qui l’avait fait, elle a répondu : « L’homme ». Quand on lui a demandé où, elle a répondu : « Dans la voiture ». Quand on lui a demandé ce qu’il avait fait, elle a répondu : « Il m’a frappée ».

(Transcription des motifs de la déclaration de culpabilité du juge Barry, rendus le 3 avril 1995, p. 11)

La Cour d’appel a aussi visionné la bande vidéo. Les opinions des juges de la majorité et de la minorité décrivent de façon semblable l’entrevue, que le juge en chef Wells résume comme suit, à la p. 127 :

[TRADUCTION] Cette bande vidéo montre (la plaignante) qui répond à la question du sergent Ryan, au sujet de ses égratignures et de ses ecchymoses, en disant « mauvais homme, menottes, aller en prison » à chacune des nombreuses fois où la question lui a été posée. Lorsqu’on lui a demandé qui il était ou comment il s’appelait, elle a simplement répondu « Je ne sais pas » chaque fois. Quand on lui a demandé de quoi il avait l’air, elle a répondu « lunettes » et « chapeau ».

Là s’arrête l’information que la plaignante a pu communiquer à propos de l’incident, peu de temps après sa survenance et dans un contexte favorable. Le juge du procès a conclu que les réponses de la plaignante aux questions du sergent Ryan étaient répétitives et très incohérentes. Je ne peux être en désaccord avec sa conclusion et je doute que la plaignante aurait pu fournir des renseignements utiles dans un cadre inconnu comme celui d’une salle d’audience, à propos d’événements traumatisants, survenus environ neuf mois plus tôt.

Comme notre Cour l’a confirmé dans *Marquard*, précité, p. 236, l’aptitude à témoigner comporte la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer des événements à la cour. Les témoignages des médecins qui ont examiné la plaignante ne font que confirmer le caractère extrêmement limité de sa capacité de communication. Le Dr Gillespie, psychiatre rattaché à l’hôpital Waterford, qui con-

13

14

plainant for almost 20 years, evaluated her ability to communicate shortly before the beginning of trial. His evidence was unequivocal that she was incapable of testifying in court. Her answers to simple questioning about the incident were “totally incoherent” and repetitive. While he could not provide a conclusive opinion on her memory, he did cast doubt on her long term ability to remember the events at issue. Responding to a question from counsel about the videotaped interview, he stated:

A. Yeah, I heard that, you know second hand that she'd been videotaped and made some statements, but I gather that was some time back last year and I would think with her poor attention span, she may not remember what she said then. But certainly when I asked her about a man taking her away from the hospital, she couldn't give me any answer that was coherent.

15 Dr. Gillespie's assessment of the complainant's ability to communicate was uncontradicted by the testimony of Dr. Parsons, a family doctor who examined her several hours after the incident took place, and of Dr. Morley, her attending physician. Dr. Parsons reported that the complainant was simply unresponsive to her questioning about the incident. Dr. Morley confirmed that the complainant's capacity to communicate was limited and that the court would have difficulty understanding her. As for her ability at the time of trial to recollect the events and describe them to the court, his opinion was more equivocal:

Q. What about at this time, on today's date, would she be able to give an account of what has happened last July?

A. Possibly, but given her verbal limitations, it could be quite difficult to understand her, but I believe that she would be able to give some account, some account of what happened to her.

16 The record also includes the testimony of Ms. Miller, the complainant's attending nurse. She testified that the complainant could verbalize “very well”. Testimonial competence, however, extends beyond mere verbal aptitude and incorporates a

naissait la plaignante depuis presque 20 ans, a évalué sa capacité de communiquer peu avant le procès. Il a déclaré sans équivoque que la plaignante était incapable de témoigner à la cour. Les réponses de la plaignante à des questions simples portant sur l'incident étaient [TRADUCTION] « complètement incohérentes » et répétitives. Même s'il n'a pas pu donner une opinion concluante à propos de la mémoire de la plaignante, il a émis des doutes sur sa capacité de se souvenir à long terme de ce qui lui était arrivé. En réponse à une question de l'avocat au sujet de l'entrevue enregistrée, il a dit :

[TRADUCTION] R. Oui, j'ai appris, vous savez indirectement, qu'elle a été enregistrée sur bande vidéo et qu'elle a fait des déclarations, mais je crois comprendre que cela a eu lieu l'année dernière et je pense qu'en raison de sa faible durée d'attention, elle ne se souviendrait peut-être pas de ce qu'elle avait dit alors. Mais il est certain, que lorsque je lui ai posé des questions au sujet d'un homme qui l'avait emmenée de l'hôpital, elle n'a pu me donner aucune réponse cohérente.

L'évaluation faite par le Dr Gillespie de la capacité de communiquer de la plaignante n'a pas été contredite par le témoignage du Dr Parsons, un médecin de famille qui l'a examinée plusieurs heures après l'épisode, ni par celui du Dr Morley, son médecin traitant. Le Dr Parsons a relaté que la plaignante ne réagissait simplement pas à ses questions sur l'incident. Le Dr Morley a confirmé que la capacité de communication de la plaignante était limitée et que la cour la comprendrait difficilement. Au sujet de sa capacité de se rappeler les faits et de les décrire à la cour au moment du procès, son opinion était plus équivoque :

[TRADUCTION] Q. En date d'aujourd'hui, serait-elle capable de raconter ce qui s'est produit en juillet dernier?

R. Peut-être, mais étant donné sa capacité limitée de s'exprimer verbalement, il serait très difficile de la comprendre, mais je pense qu'elle serait capable de raconter, en quelque sorte, ce qui lui est arrivé.

Le dossier comprend aussi le témoignage de M<sup>me</sup> Miller, l'infirmière traitante de la plaignante. Elle a témoigné que la plaignante pouvait s'exprimer [TRADUCTION] « très bien » verbalement. Toutefois, l'aptitude à témoigner dépasse la simple

cognitive component: *Marquard, supra*, at p. 236. Her assessment is also contradicted by Dr. Morley's assertion that the complainant's verbal skills were limited. It should be noted that Ms. Miller further testified that when asked simple questions, the complainant was generally responsive, but her answers were very basic and lacked any detail. When asked whether the complainant had, in the time since the incident, ever provided a narrative of the events in question to Ms. Miller, she explained:

A. Not in detail, no, like I say it was very, very simple and she never, ever, said names to me personally.

What emerges from a review of the record is the description of a witness who, depending on the circumstances and the questioner, was able to provide at best only the most basic information about what had happened to her, in a manner that was extremely difficult to understand, and with little, if any, long term memory. The trial judge had an adequate opportunity to evaluate the complainant's ability to communicate evidence about the incident. He found that she was incapable of doing so in any meaningful way. In light of all the evidence adduced on the *voir dire*, it would have been difficult to conclude that the complainant could have communicated evidence of the same quality at trial. My reservations are stronger still with respect to her ability to handle cross-examination, which is a more sophisticated intellectual exercise than examination-in-chief. To require the Crown to call the complainant before the court in these circumstances, only to confirm her limited ability to convey evidence, would have been demeaning and traumatic to her. As the trial judge pointed out, the victim lived under very restricted and supervised conditions. She could not look after herself (ruling on *voir dire*, at p. 4). She was also afraid to leave the hospital grounds. The trial judge even wrote that she had "to be coaxed . . . with treats by staff to persuade her to go out for a drive or an outing with other patients" (reasons for conviction, at p. 8). Moreover, Barry J. referred to Dr. John Morley's testimony. Dr. Morley had said that it was not feasible for the victim to leave the hospital

capacité verbale et comprend un élément cognitif : *Marquard*, précité, p. 236. Son évaluation est aussi contredite par le Dr Morley, qui affirme que la capacité verbale de la plaignante est limitée. Il faudrait aussi noter que M<sup>me</sup> Miller a ensuite témoigné que, lorsqu'on pose de simples questions à la plaignante, celle-ci pouvait généralement y répondre, mais que ses réponses restaient très élémentaires et dépourvues de détails. Quand on lui a demandé si la plaignante lui avait parlé de l'épisode depuis qu'il s'était produit, M<sup>me</sup> Miller a expliqué :

[TRADUCTION] R. Pas en détail, non; comme j'ai dit, c'était très, très simple et elle ne m'a jamais, jamais personnellement donné de noms.

L'examen du dossier dégage le portrait d'un témoin qui, selon les circonstances et la personne qui lui posait les questions, pouvait au mieux fournir des renseignements des plus élémentaires sur ce qui lui était arrivé, d'une manière extrêmement difficile à comprendre, et révèle que ce témoin ne possédait guère de mémoire à long terme. Le juge du procès a suffisamment évalué l'aptitude à témoigner de la plaignante à propos de l'incident. Il a conclu qu'elle était incapable de le faire d'une manière utile. D'après la preuve produite lors du voir-dire, il aurait été difficile de conclure que la plaignante aurait pu rendre un témoignage de la même qualité au procès. Mes réserves sont encore plus fortes à l'égard de sa capacité de subir un contre-interrogatoire, qui est un exercice intellectuel plus complexe que l'interrogatoire principal. Exiger du ministère public qu'il fasse comparaître la plaignante en cour dans ces circonstances, dans le seul but de confirmer son inhabilité à témoigner, aurait été humiliant et traumatisant pour elle. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, la victime menait une vie très limitée et était supervisée en permanence. Elle ne pouvait pas prendre soin d'elle (décision sur le voir-dire, p. 4). Elle avait aussi peur de quitter l'enceinte de l'hôpital. Le juge du procès a même écrit que les employés devaient [TRADUCTION] « lui offrir des gâteries pour la persuader d'aller faire une promenade en voiture ou une excursion avec d'autres patients » (motifs de la déclaration de culpabilité, p. 8). De plus, le juge Barry a mentionné le témoignage du

(reasons for conviction, at p. 10). This evidence supports the conclusion that the victim would suffer a substantial trauma from leaving the hospital or from any other kind of change in her immediate surroundings. This trauma would be especially acute, if she were to be faced with the formal atmosphere of a courtroom and asked to relate incidents which happened years ago. Given her communication difficulties and the apparent limitations, if not absence, of her long time memory, it may readily be inferred that calling her as a witness would have merely confirmed what is already clear from the record the trial judge had before him. It would have also deprived her of that degree of respect that every disabled person is entitled to (see *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 108, *per* L'Heureux-Dubé J.).

### III. The Objections to the Use of the Expert Evidence and the Video to Establish Necessity

18 Justice Binnie contends that the trial judge erred in considering the testimony of Ms. Miller and Doctors Gillespie, Morley and Parsons, as in his view, it failed to meet the necessity criterion for the admission of expert evidence in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. To satisfy the necessity requirement, the information provided by the expert must be outside the ordinary knowledge and experience of the trier of fact: *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at paras. 46 and 57, *per* Major J. (also para. 21, *per* McLachlin C.J., dissenting on the merits but not on this point); *Mohan*, *supra*, at p. 23. Testimonial competence, my colleague maintains, is a matter directly within the ken of the trial judge and jury.

19 However, as I explained before, the issues examined by Barry J. to determine necessity were broader than the mere competence to testify under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. The trial judge had to assess the condition of the complainant as a whole. This involved matters which were outside

D<sup>r</sup> John Morley, selon lequel la victime ne pouvait pas quitter l'hôpital (motifs de la déclaration de culpabilité, p. 10). Ce témoignage appuie la conclusion que quitter l'hôpital ou changer de cadre de vie la traumatiserait fortement. Le traumatisme serait particulièrement aigu, si elle devait se retrouver dans l'atmosphère protocolaire d'un tribunal pour y répondre à des questions concernant des faits qui se sont produits il y a des années. À cause de ses difficultés de communication et des limites apparentes, sinon de l'inexistence, de la mémoire à long terme de la plaignante, on conclut aisément que sa comparution aurait simplement permis de confirmer ce qui est déjà clair au vu du dossier déjà à la disposition du juge du procès. Cette comparution l'aurait aussi privée du degré de respect auquel a droit toute personne ayant une déficience (voir l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 108, le juge L'Heureux-Dubé).

### III. Les oppositions à l'utilisation des témoignages d'experts et de la bande vidéo pour établir la nécessité

Le juge Binnie soutient que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte des témoignages de M<sup>me</sup> Miller et des D<sup>rs</sup> Gillespie, Morley et Parsons, car, selon lui, ces témoignages ne satisfaisaient pas au critère de nécessité pour l'admission des témoignages d'experts énoncé dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Pour satisfaire à l'exigence de la nécessité, les renseignements fournis par l'expert doivent dépasser l'expérience et la connaissance ordinaires du juge des faits : *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 46 et 57, le juge Major (aussi par. 21, le juge en chef McLachlin, dissidente sur le fond mais pas sur ce point); *Mohan*, précité, p. 23. D'après mon collègue, la capacité de témoigner est une question directement à la portée du juge des faits et du jury.

Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, les questions que le juge Barry a examinées pour déterminer s'il y avait nécessité dépassaient la simple capacité de témoigner prévue à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge du procès devait évaluer l'état de la plaignante dans son ensemble,

his traditional expertise, and which required expert assistance. With this assistance, the judge was able to acknowledge the childlike mental condition of the complainant and her fragile emotional state in addition to her poor ability to sustain questioning. In the present case, the nurse gave factual evidence about the complainant's character and condition. The doctors testified on the basis of both their observations of the witness and their professional experience in matters which fell squarely within their competence on questions that went to the medical and psychological condition of the witness. In these circumstances, the hearsay evidence was admitted and used in accordance with the relevant legal rules.

In order to assess the condition of the complainant, the judge not only relied on the experts' testimonies, but also on his observation of the video. This is the same video containing the statements by the complainant which the accused maintains are inadmissible. Binnie J. argues that this use of the video is contradictory because the video is, according to him, used both to prove that the complainant is "incompetent to testify" and to prove the truth of the statements it contains. This, again, undermines the broad nature of the inquiry undertaken by Barry J. in the context of hearsay and necessity. As we saw earlier, the case-law from this court favours a broad inquiry directed towards the whole condition of the complainant to determine not only whether she has the capacity to make statements, but also whether her emotional and psychological state would allow her to give testimony in court of some added value without risking demeaning or traumatizing her. This is an exercise in which the trial judge must balance the potential value of the evidence which may result from *viva voce* testimony against the potential prejudice to the witness.

Video technology in such circumstances has become an appropriate instrument to evaluate the condition of a witness. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993]

ce qui mettait en cause des questions dépassant sa compétence traditionnelle pour lesquelles l'aide d'un expert était nécessaire. Grâce à cette assistance, le juge a pu constater l'état mental, comparable à celui d'un enfant, de la plaignante et son état émotionnel fragile, en plus de sa faible capacité à subir un interrogatoire. Dans la présente affaire, l'infirmière a rendu un témoignage sur des faits, soit sur la personnalité et l'état de la plaignante. Les médecins se sont fondés sur leurs observations du témoin et leur expérience professionnelle pour témoigner au sujet de l'état médical et psychologique du témoin, questions qui relevaient directement de leur compétence. Dans ces circonstances, la preuve par oui-dire a été admise et utilisée en conformité avec les règles juridiques pertinentes.

Pour évaluer l'état de la plaignante, le juge s'est fondé non seulement sur les témoignages des experts, mais aussi sur le visionnement de la bande vidéo. Les déclarations de la plaignante que l'accusé prétend être inadmissibles se retrouvent sur cette même bande vidéo. Le juge Binnie soutient que cette utilisation de la bande vidéo est contradictoire parce que celle-ci est utilisée, selon lui, tant pour prouver que la plaignante est « inhabile à témoigner » que pour prouver la véracité des déclarations qu'elle contient. Là encore, cela décrit mal la nature générale de l'enquête menée par le juge Barry dans le contexte du oui-dire et de la nécessité. Comme nous avons pu le constater précédemment, la jurisprudence de notre Cour préconise une enquête générale sur l'état de la plaignante dans son ensemble, destinée à déterminer non seulement si elle a la capacité de faire des déclarations, mais aussi si son état émotionnel et psychologique lui permettrait de rendre un témoignage en cour qui ajouterait une certaine valeur, sans risquer de l'humilier ou de la traumatiser. Il s'agit d'un exercice au cours duquel le juge du procès doit soulever la valeur que ce témoignage de vive voix ajouterait à la preuve par rapport au préjudice que pourrait subir le témoin.

Dans des circonstances semblables, la technique de l'enregistrement sur bande vidéo est devenue un instrument approprié pour évaluer l'état d'un

20

21



1 S.C.R. 740, Lamer C.J. commented on the ability of this technology to convey the demeanor of witnesses (see pp. 792-93). With the proper equipment, provided that the tape has not been tampered with, it recreates a sense that the witness is present and allows her to be observed (*ibid.*). Indeed, it is known that the use of the technology of videos and video conferencing is spreading through the justice system as an acceptable substitute for the physical presence of counsel and sometimes of parties or witnesses in the courtroom. In this case, it allowed the judge and opposing counsel to observe the witness and her behaviour. Moreover, the respondent did not dispute the reliability of the video. It complemented reliably the information received from witnesses heard by the judge.

#### IV. The Need for Direct Evidence of Prejudice to Witness

22

In cases involving young children or people with mental disabilities who are mentally assimilable to young children, neither direct evidence of the trauma nor the compulsory attendance of the witness in order to demonstrate it should become a requirement. The infringement of the witness's right to the preservation of her dignity and integrity may be inferred from the circumstances of the case. McLachlin J. in *F. (W.J.)*, *supra*, underscored the need for a sensitive and practical approach to those matters. While assessing the requirement of necessity, she held that courts should avoid preordained classifications. Instead, while circumstances warrant, they must look at the whole environment and use all the facts they already know. At paras. 36-37, she wrote:

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.

témoin. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, le juge en chef Lamer a commenté le fait que cette technique pouvait montrer le comportement des témoins (voir p. 792-793). Avec l'équipement approprié, pourvu que la bande n'ait pas été altérée, cette technique recrée un sentiment de présence du témoin et permet de l'observer (*ibid.*). En fait, il est connu que l'utilisation des techniques de la vidéo et des vidéoconférences se répand dans le système judiciaire et constitue un substitut acceptable à la présence physique des avocats, et parfois à la présence des parties ou des témoins dans la salle d'audience. En l'espèce, cette technique a permis au juge et à l'avocat de la partie adverse d'observer le témoin et son comportement. De plus, l'intimé n'a pas contesté la fiabilité de la bande vidéo. Celle-ci complétait d'une manière fiable les renseignements que le juge avait obtenus des témoins.

#### IV. La nécessité d'une preuve directe que le témoin subira un préjudice

Dans les affaires mettant en cause de jeunes enfants ou des personnes ayant une déficience intellectuelle que l'on peut assimiler à de jeunes enfants sur le plan mental, ni la preuve directe du traumatisme ni la présence obligatoire du témoin visant à faire la preuve de ce traumatisme ne devraient devenir une exigence. On peut déduire des circonstances d'une affaire que la comparution personnelle porterait atteinte au droit du témoin à la protection de sa dignité et de son intégrité. Dans *F. (W.J.)*, précité, le juge McLachlin a souligné le besoin d'employer une méthode pratique et sensible dans le traitement de ces problèmes. En évaluant l'exigence de la nécessité, elle a conclu que les tribunaux devaient éviter les catégories prédéterminées. Quand les circonstances le justifient, ils doivent plutôt conserver une vue d'ensemble et utiliser les faits dont ils ont déjà connaissance. Elle a écrit, aux par. 36-37 :

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.

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.

This prudent approach should be used in the case of witnesses like the complainant who have the mental age of such a child. The absence of direct evidence should not lead courts to presume the absence of trauma nor that the experience would not adversely and painfully affect a victim like the complainant. The law in this area does not include any inflexible rule requiring courts to drag witnesses into the courtroom in cases where all the known circumstances indicate they will be unable to testify usefully. Such a situation was foreseen by McLachlin J. in *F. (W.J.)*, *supra*, at para. 41:

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

Moreover, in *F. (W.J.)*, *supra*, at para. 37, the Court approved a passage from a decision of the Quebec Court of Appeal which held admissible some out-of-court statements notwithstanding the unavailability of extrinsic evidence on the test of necessity (see *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, *aff’d* [1993] 1 S.C.R. 469). At the time, the Quebec Court of Appeal had held at p. 281:

[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 psycho-

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.

Cette approche prudente devrait être utilisée dans le cas de témoins qui, comme la plaignante, ont l’âge mental de celui d’un enfant. L’absence de preuve directe ne devrait pas amener les tribunaux à présumer l’absence de traumatisme et que cette expérience n’entraînerait pas de conséquences préjudiciables ou pénibles pour une victime comme la plaignante. Sur ce point, le droit n’exige pas que les tribunaux traînent les témoins dans les salles d’audiences, dans des affaires où toutes les circonstances connues indiquent qu’ils ne sauraient témoigner d’une façon utile. Le juge McLachlin a prévu cette situation dans *F. (W.J.)*, précité, par. 41 :

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

De plus, dans *F. (W.J.)*, précité, par. 37, notre Cour a approuvé un passage d’un arrêt de la Cour d’appel du Québec, qui avait déclaré admissibles certaines déclarations extrajudiciaires même s’il n’existait aucune preuve extrinsèque relative au critère de nécessité (voir *R. c. P. (J.)* (1992), 13 C.R. (4th) 79, *conf. par* [1993] 1 R.C.S. 469). La Cour d’appel du Québec avait alors conclu, à la p. 86, ce qui suit :

. . . 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

logical 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.

24

Brossard J.A.’s comments, in his concurring reasons, are also relevant to the issue, as they underline the dangers of a rigorous procedure that fails to take account of the circumstances and conditions of the witness (at p. 282):

[TRANSLATION] The young age of the victim constitutes in my opinion one of the circumstances which may demonstrate, in the absence of any other formality, necessity which justifies hearsay evidence which would otherwise be inadmissible.

... [it is not] necessary to bring her before the court in order for the trier of fact to note this physically and materially.

It seems to me that some things are so obvious that they dispense with a rigorism which may be both unhelpful and traumatic for a child of such age.

25

It is true, as pointed out in Binnie J.’s reasons that in *F. (W.J.)* the victim was called to be a witness. It should be remembered, though, that the victim was older than the mental age of the present complainant. He was five years old at the time of the crime and almost seven during the trial. Moreover, in the Quebec case, *P. (J.)* which was approved in *F. (W.J.)*, an almost four-year-old child was not called to the witness box. More important than the discussion of the age is the recognition both in *F. (W.J.)* and *P. (J.)* that, in some cases, even if as a general rule the judge should hear the witness in the case, some situations may arise where the attendance of the witness in court is unwarranted and unnecessary. The trier of fact must then assess the necessity and the reliability of the out-of-court statements offered in evidence by the prosecution. Both the necessity and reliability requirements were met by the evidence considered by the trial judge.

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.

Les commentaires du juge Brossard dans ses motifs concordants, à la p. 87, sont aussi pertinents, car ils soulignent les dangers d’utiliser une procédure rigoureuse qui ne tient pas compte des circonstances et de l’état du témoin :

Le jeune âge d’une victime constitue, dans mon opinion, une de ces circonstances qui est susceptible de démontrer, sans autre formalité, le caractère de nécessité justifiant une preuve par oui-dire qui serait autrement inadmissible.

... [il n’est pas] nécessaire de l’amener devant le tribunal pour que le juge des faits le constate physiquement et matériellement.

Il me semble qu’il y a des évidences qui dispensent d’un rigorisme qui pourrait être à la fois inutile et susceptible d’être traumatisant pour un enfant d’un tel âge.

Comme l’a indiqué le juge Binnie dans ses motifs, il est vrai que dans l’affaire *F. (W.J.)*, la victime avait été assignée comme témoin. Cependant, il faudrait se rappeler que l’âge de la victime était supérieur à l’âge mental de la plaignante en l’espèce. Elle avait cinq ans au moment du crime et avait presque sept ans pendant le procès. Par surcroît, dans l’arrêt *P. (J.)* de la Cour d’appel du Québec, approuvé par l’arrêt *F. (W.J.)*, un enfant de presque quatre ans n’a pas été appelé à la barre des témoins. Plus importante encore que la question de l’âge, est la reconnaissance, dans les arrêts *F. (W.J.)* et *P. (J.)* du fait que, dans certains cas, même si d’une manière générale le juge devrait entendre le témoin de l’affaire, il se peut que la présence du témoin en cour ne soit ni justifiée, ni nécessaire. Le juge des faits doit alors évaluer la nécessité et la fiabilité des déclarations extrajudiciaires déposées en preuve par la poursuite. Les éléments de preuve pris en considération par le juge du procès satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité.

### V. Conclusion

This Court has without exception assumed a posture of deference toward a trial judge's assessment of testimonial capacity. As McLachlin J. admonished in *Marquard*, *supra*, at p. 237, "[m]eticulous second-guessing on appeal is to be eschewed." The majority of the Court of Appeal engaged in just such a re-evaluation of the record and interfered too readily with the trial judge's findings. The trial judge was in a superior position to assess the expert testimony, which obviously confirmed his own observation of the complainant's abilities during her interview with Sergeant Ryan. In my view, the trial judge's decision to admit the hearsay evidence manifests no palpable error.

I would accordingly allow the appeal and restore the respondent's conviction.

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

BINNIE J. — This appeal tests the limits of the principled hearsay exception that allows the Crown in exceptional circumstances to lead the out-of-court evidence of a complainant at a criminal trial without having him or her present in court and available for cross-examination by the defence.

In this case, the complainant in a kidnapping and sexual assault case was a mature woman who had suffered since birth from Down's syndrome. She was considered mildly to moderately retarded and had been in institutional care for almost 20 years. Expert evidence was called to establish that her mental development was equivalent to that of a three- or four-year-old child and that her memory of events was poor. Her response to even the simplest questions was said to be not very coherent. The complainant herself was never called into the presence of the trial judge so that these attributes could be verified even though she was available and there was no suggestion that she would suffer

### V. Conclusion

Notre Cour a, sans exception, fait preuve de retenue à l'égard de l'évaluation de la capacité de témoigner faite par le juge du procès. Le juge McLachlin fait une mise en garde dans *Marquard*, précité, p. 237-238, selon laquelle « [i]l faut s'abstenir, en appel, de reconsidérer de façon tatillonne sa décision. » Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont justement évalué à nouveau le dossier et se sont immiscés trop facilement dans les conclusions du juge du procès. Celui-ci était mieux placé pour évaluer les témoignages des experts, qui ont visiblement confirmé ses propres observations des capacités de la plaignante pendant son entrevue avec le sergent Ryan. À mon avis, la décision du juge du procès d'admettre la preuve par ouï-dire ne constitue pas une erreur manifeste.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

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

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour vérifie les limites de l'exception de principe à la règle du ouï-dire, laquelle autorise le ministère public, dans des circonstances exceptionnelles, à présenter les déclarations extrajudiciaires d'un plaignant dans un procès criminel sans que celui-ci compare devant le tribunal et puisse être contre-interrogé par la défense.

Il s'agit en l'espèce d'une affaire d'enlèvement et d'agression sexuelle, où la plaignante est une femme adulte qui souffre depuis sa naissance du syndrome de Down. Elle a une déficience intellectuelle considérée comme légère à modérée, et reçoit des soins en établissement depuis près de 20 ans. On a fait témoigner des experts pour établir que son développement mental équivalait à celui d'un enfant de trois ou quatre ans et que sa mémoire des faits est faible. Les réponses qu'elle donne même aux questions les plus simples ne seraient pas très cohérentes. La plaignante elle-même n'a jamais été appelée à se présenter devant le juge du procès pour que ces attributs puissent

26

27

28

29

any trauma or other adverse effect by appearing in court. Instead the court received evidence of out-of-court statements that she had earlier made to the police and to a doctor.

être vérifiés, même si elle était disponible, et rien ne permet de penser que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. Par contre, le tribunal a reçu en preuve des déclarations judiciaires qu'elle avait faites à la police et à un médecin.

30 A majority of the Newfoundland Court of Appeal concluded that there was no proper evidentiary basis to permit the trial judge to admit the complainant's out-of-court statements. A new trial was ordered, Wells C.J.N. dissenting. In my view the majority view was correct and the Crown's appeal should be dismissed.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu à la majorité qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que le juge du procès soit fondé à admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires de la plaignante. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès, le juge en chef Wells étant dissident. À mon avis, la conclusion de la majorité est fondée et le pourvoi du ministère public devrait être rejeté.

#### I. Facts

#### I. Les faits

31 About 7:00 p.m. on July 15, 1994, the respondent drove to the Waterford Hospital, a psychiatric hospital in St. John's, and was seen talking to a female resident of the hospital who then brought the complainant to his car. James Barry, a psychiatric nursing assistant at the hospital, observed these events from a distance of about 200 feet. He shouted at the respondent and the female resident but neither of them acknowledged the shouts. Mr. Barry testified he saw the female resident grip the complainant, seat her in the car and lift her knees and shut the door. He saw the respondent reach over the seat and lock the door. The respondent was observed giving the female resident \$20. Mr. Barry reported the incident to his supervisors who called the police. Despite a search effort it took over seven hours to find the complainant. When she was found, both she and the respondent were still in the same car, now located in a remote coastal area at about 2:35 the next morning.

Le 15 juillet 1994, vers 19 h, l'intimé se rend en voiture à l'hôpital Waterford, établissement psychiatrique de St. John's, où il est vu en train de parler avec une pensionnaire de l'hôpital, laquelle amène par la suite la plaignante à la voiture. James Barry, infirmier psychiatrique auxiliaire à l'hôpital, observe ces faits à une distance d'environ 200 pieds. Il crie en direction de l'intimé et de la pensionnaire, mais ceux-ci ne réagissent pas à ses cris. Monsieur Barry témoigne avoir vu la pensionnaire saisir la plaignante, l'asseoir dans la voiture et lui soulever les genoux puis fermer la porte. Il voit l'intimé étendre le bras au-dessus du siège et verrouiller la porte. L'intimé est vu en train de donner vingt dollars à la pensionnaire. Monsieur Barry signale ces faits à ses supérieurs, qui appellent la police. Malgré les efforts de recherche, il faut plus de sept heures pour retrouver la plaignante. Au moment où elle est retrouvée, elle est encore avec l'intimé dans la même voiture, qui se trouve alors, vers 2 h 35 le lendemain, dans une région côtière éloignée.

#### 1. *Complainant's Physical Injuries*

#### 1. *Les blessures de la plaignante*

32 The police arrested the respondent. On driving the complainant back to the Waterford Hospital, the constable noted her shorts were on backwards, her underpants were hanging over the top of her shorts and she had bruises on her left cheek and left hand. There were scratches on her arms and

La police a arrêté l'intimé. Pendant le trajet ramenant la plaignante à l'hôpital Waterford, le policier a noté que son short était mis sens devant derrière, que sa culotte dépassait le haut du short et qu'elle avait des ecchymoses sur la joue gauche et la main gauche. Elle avait des égratignures sur les

legs. Subsequent examination did not disclose any semen or sperm on the complainant or on her clothes.

### 2. *Complainant's Out-of-Court Statements*

The complainant made statements to police at the time of her being found, as well as to the doctor who first examined her. She repeatedly pointed to her injuries and stated "Man did it, bad man, man in car, patient". Police also conducted a videotaped interview the following day. She was questioned for 15 minutes in the presence of two nurses who had known and worked with her. She was asked about the marks on her hands, arm and face to which, in halting broken sentences, she replied that a man "in handcuffs" did it and that he should be "put in jail". She said that it happened "last night" and that he was wearing glasses and a black hat. She also communicated the facts that he scratched her in the car and that he smacked her.

### 3. *Trial Evidence*

The case was tried by a judge sitting alone. He heard from a number of fact witnesses, concluding with Ms. Marlene Miller, a psychiatric nurse at the Waterford Hospital who had known the complainant for about 10 years. Latterly she was responsible for coordinating all of the complainant's care. She described the complainant's personal habits, medications and mental abilities in some detail. Of particular relevance are the following questions and answers:

Q. What about her responsiveness to questions?

A. She could respond, you know, like if you asked her if she was hungry, yes, but stuff like to get details,

bras et les jambes. L'examen effectué par la suite n'a révélé aucune présence de sperme sur la plaignante ou sur ses vêtements.

### 2. *Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante*

La plaignante a fait des déclarations à la police au moment où elle a été retrouvée, puis au médecin qui l'a examinée la première fois. Elle a à maintes reprises montré ses blessures en déclarant [TRADUCTION] « L'homme l'a fait, méchant homme, l'homme dans l'auto, patiente ». La police a aussi procédé à une entrevue enregistrée sur bande vidéo le lendemain. La plaignante a été interrogée pendant 15 minutes en présence de deux infirmières qui la connaissaient et s'étaient occupé d'elle. En réponse aux questions visant les marques sur ses mains, son bras et son visage, elle a dit, dans des phrases hésitantes et décousues, qu'un homme [TRADUCTION] « avec des menottes » l'avait fait et qu'on devrait le [TRADUCTION] « [mettre] en prison ». Elle a dit que cela était arrivé [TRADUCTION] « la nuit dernière » et qu'il portait des lunettes et un chapeau noir. Elle a aussi mentionné qu'il l'avait griffée dans la voiture et qu'il l'avait frappée.

### 3. *La preuve au procès*

L'affaire a été jugée par un juge seul. Il a entendu plusieurs témoins des faits, le dernier étant M<sup>me</sup> Marlene Miller, infirmière psychiatrique à l'hôpital Waterford, qui connaissait la plaignante depuis environ dix ans. Elle était récemment responsable de la coordination de tous les soins donnés à la plaignante. Elle a décrit de façon assez détaillée les habitudes personnelles, les médicaments et les capacités mentales de celle-ci. Les questions et réponses suivantes sont particulièrement pertinentes :

[TRADUCTION]

Q. Quelle était sa capacité de répondre aux questions?

R. Elle pouvait répondre, vous savez, par exemple, si vous lui demandiez si elle a faim, oui, mais des questions pour obtenir des détails, elle ne donnait pas beaucoup de détails quant à l'endroit où elle se

33

34

she didn't give a lot of details of where she'd been or what she did, mostly only one sentence answers.

trouvait ou quant à ce qu'elle a fait, en grande partie des réponses à une phrase.

Q. Without getting into what was said, did you at any time, attempt to discuss with [the complainant] what had happened to her on that weekend?

Q. Sans répéter ce qui a été dit, avez-vous essayé, à un moment donné, de discuter avec [la plaignante] de ce qui lui était arrivé au cours de cette fin de semaine?

A. Yes.

R. Oui.

Q. Were you able to determine what had happened without getting into exactly what was said, were you able to—

Q. Avez-vous été capable de déterminer ce qui s'est passé, sans reprendre exactement ce qui a été dit, avez-vous pu —

A. Yes.

R. Oui.

Q. Was that in the company of anybody else?

Q. Était-ce en présence de quelqu'un d'autre?

A. I'm sure it probably was at times, there were actually a couple of times that she brought it up but it wasn't like in a lot of detail, you know, it was just simple sentences but it left no doubt.

R. Je suis sûre que c'était probablement le cas à certains moments, il y a eu en fait deux fois où elle a abordé le sujet, mais ce n'était pas avec beaucoup de détails, vous savez, c'était seulement des phrases simples, mais cela ne laissait aucun doute.

35

At the conclusion of Nurse Miller's testimony, defence counsel indicated that he would oppose a *Khan* application (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531) to substitute the complainant's out-of-court statements for her direct testimony. His position was that the out-of-court statements were unreliable and the *Khan* procedure was unnecessary in light of the complainant's availability to testify in person.

À la fin de la déposition de l'infirmière Miller, l'avocat de la défense a fait savoir qu'il s'opposerait à une demande fondée sur l'arrêt *Khan* (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531) visant à substituer les déclarations extrajudiciaires de la plaignante à son témoignage direct. À son avis, les déclarations extrajudiciaires ne sont pas fiables et la procédure fondée sur l'arrêt *Khan* n'est pas nécessaire compte tenu de la disponibilité de la plaignante pour témoigner en personne.

#### 4. *The Voir Dire*

#### 4. *Le voir-dire*

36

Crown counsel advised the court that the complainant had a mental disability and was "unable to communicate" within the meaning of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Counsel also advised that she had earlier made out-of-court statements to a doctor and a police officer, some of which had been videotaped and all of which the Crown would apply to have admitted without calling the complainant. The Crown called Dr. Francis Gillespie as its first witness on the *voir dire*. Dr. Gillespie is a psychiatrist who had been associated with the Waterford Hospital for 32 years. The complainant was not his patient and he had never before "had any form of conversation with her". He interviewed her on one occasion a

L'avocat du ministère public a informé le tribunal que la plaignante avait une déficience mentale et qu'elle n'était « pas capable de communiquer les faits » au sens de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Il lui a aussi fait savoir qu'elle avait déjà fait des déclarations extrajudiciaires à un médecin et à un agent de police, dont une partie avait été enregistrée sur bande vidéo, et que le ministère public demanderait de les faire admettre en totalité sans que la plaignante soit assignée à comparaître. Le ministère public a fait témoigner le D<sup>r</sup> Francis Gillespie en premier au voir-dire. Le D<sup>r</sup> Gillespie est un psychiatre qui était rattaché à l'hôpital Waterford depuis 32 ans. La plaignante n'était pas sa patiente et il n'avait

few days before trial “to assess her ability to give evidence in court”. He concluded that she was “incoherent” about the matters in issue:

Q. Did you attempt to question [the complainant] at all about the matter before the Court?

A. Yes I did. I asked her did a man take you from the hospital and do something to you and her response to that was totally incoherent.

Dr. John Morley, a general practitioner who had known the complainant for about six years, had direct care of her at the Waterford Hospital for about one year prior to these events, and indirect supervision of her medical care for three or four years before that, had a different view.

A. I think at that time she would have been — I don’t know how to put this — as well able to give a version of events as she would have been at any other time.

Q. What about at this time, on today’s date, would she be able to give an account of what has happened last July?

A. Possibly, but given her verbal limitations, it could be quite difficult to understand her, but I believe that she would be able to give some account, some account of what happened to her.

Dr. Wanda Parsons, the family physician who had examined the complainant after the alleged assault testified:

Q. Were her statements coherent?

A. Yes.

None of the doctors suggested that the complainant would suffer trauma or other adverse effects from appearing in court.

Subsequently, the police officers were called in the *voir dire* to give evidence of the complainant’s out-of-court statements.

jamais eu [TRADUCTION] « quelque conversation que ce soit avec elle ». Il l’a interrogée une fois, quelques jours avant le procès [TRADUCTION] « pour évaluer son habilité à témoigner devant le tribunal ». Il a conclu qu’elle était « incohérente » quant aux sujets en question :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous essayé d’interroger [la plaignante] de quelque façon au sujet de la question dont est saisie la Cour?

R. Oui. Je lui ai demandé : est-ce qu’un homme vous a emmenée de l’hôpital et vous a fait quelque chose, et sa réponse était complètement incohérente.

Le Dr John Morley, omnipraticien qui connaissait la plaignante depuis environ six ans, l’a soignée à l’hôpital Waterford pendant environ un an avant les faits en cause et l’a suivie indirectement pendant trois ou quatre ans auparavant, avait une opinion différente.

[TRADUCTION]

R. Je crois qu’à l’époque, elle aurait été — je ne sais comment dire — tout aussi capable de donner une version des faits qu’elle l’aurait été à tout autre moment.

Q. En date d’aujourd’hui, serait-elle capable de raconter ce qui s’est produit en juillet dernier?

R. Peut-être, mais étant donné sa capacité limitée de s’exprimer verbalement, il serait très difficile de la comprendre, mais je crois qu’elle serait capable de raconter, dans une certaine mesure, ce qui lui est arrivé.

Le Dr Wanda Parsons, médecin de famille qui avait examiné la plaignante après les voies de fait alléguées, a fait la déclaration suivante :

[TRADUCTION]

Q. Ses affirmations étaient-elles cohérentes?

R. Oui.

Aucun des médecins n’a laissé entendre que la comparution de la plaignante devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice.

Les agents de police ont par la suite été appelés à témoigner, lors du voir-dire, au sujet des déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

37

38

39

40



41 The trial judge did not consider it necessary to have the complainant called. He preferred the opinion of Dr. Gillespie and admitted the out-of-court statements. The respondent was convicted of kidnapping, acquitted of sexual assault, but convicted of assault causing bodily harm. He was sentenced to three years and nine months (after taking into account nine months of pre-trial custody).

## II. Relevant Statutory Provisions

42 *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5

16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.

Le juge du procès n'a pas jugé nécessaire de faire comparaître la plaignante. Il a préféré s'en remettre à l'opinion du Dr Gillespie et a admis les déclarations extrajudiciaires. L'intimé a été reconnu coupable d'enlèvement; il a été acquitté du chef d'agression sexuelle, mais reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Il a été condamné à trois ans et neuf mois de prison (compte tenu de la période de neuf mois de détention avant le procès).

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5

16. (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

a) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

b) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu'une disposition d'une loi exige le serment ou l'affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle.

III. Judicial History1. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division*

Barry J. accepted the opinion evidence that the complainant could not meet the requirements for giving evidence under oath or giving unsworn evidence. He found that her videotaped evidence was necessary because there was no other means of obtaining the information she possessed about the incident. He accepted the evidence of Dr. Gillespie that she was not fit to be sworn and that she would be incapable of giving intelligible evidence in court and that she would not now be able to recall the incident with any accuracy.

The respondent's action in taking the complainant from the hospital was tantamount to taking her against her will. This was an abduction and hostage taking and Barry J. was satisfied beyond a reasonable doubt that the charge had been proven.

Barry J. found that while the evidence did not sustain the charge of sexually assaulting the complainant and causing her bodily harm, it was clear that the respondent was guilty of the lesser and included offence of assault causing bodily harm.

2. *Newfoundland Court of Appeal (1999)*, 175 Nfld. & P.E.I.R. 89(i) Green J.A.

Green J.A. noted that the normal procedures for determining whether a person meets the tests imposed by s. 16 of the *Canada Evidence Act* involve a direct examination by the trial judge to determine whether the person is able to communicate the evidence and understands the nature of an oath or solemn affirmation. Here the judge had relied upon the observations and opinions of others as to the complainant's abilities. Green J.A. pointed out that it was important not to make a stereotypical assumption that, because a person suffers from a mental disability and has difficulty in expressing himself or herself, he or she is disqualified from testifying. Green J.A. found that the

III. Décisions antérieures1. *Cour suprême de Terre-Neuve, section de première instance*

Le juge Barry a accepté le témoignage d'opinion portant que la plaignante ne pouvait satisfaire aux exigences relatives au témoignage sous serment ou au témoignage sans serment. Il a conclu que sa déclaration enregistrée sur bande vidéo était nécessaire parce qu'il n'y avait pas d'autre moyen d'obtenir les renseignements qu'elle possédait au sujet de l'épisode. Il a accepté le témoignage du Dr Gillespie selon lequel elle n'était pas apte à être assermentée et elle serait incapable de donner un témoignage intelligible devant le tribunal ou de se rappeler maintenant exactement ce qui s'est passé.

En faisant sortir la plaignante de l'hôpital, l'intimé l'a enlevée contre son gré. Il s'agit d'un rapt et d'une prise d'otage, et le juge Barry était convaincu hors de tout doute raisonnable que la preuve de l'accusation avait été établie.

Le juge Barry a conclu que, même si la preuve n'appuyait pas le chef d'agression sexuelle et d'infliction de lésions corporelles, il était clair que l'intimé était coupable de l'infraction incluse moindre de voies de fait causant des lésions corporelles.

2. *Cour d'appel de Terre-Neuve (1999)*, 175 Nfld. & P.E.I.R. 89(i) Le juge Green

Le juge Green a noté que les procédures normales visant à déterminer si une personne satisfait aux critères prescrits par l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* comportent l'interrogatoire direct par le juge du procès pour déterminer si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage et si elle comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. En l'espèce, le juge du procès s'est fondé sur les observations et les opinions d'autres personnes pour se faire une idée des capacités de la plaignante. Le juge Green a souligné l'importance de ne pas présumer, par stéréotype, qu'une personne ayant une déficience mentale ou de la difficulté à s'exprimer

43

44

45

46

trial judge had misapprehended Dr. Gillespie's evidence, had erred in failing to make his own analysis of the narrative capacities of the complainant, and had erred in choosing to defer without seeking to question the complainant herself, to the opinion of Dr. Gillespie.

47

Green J.A. recognized that as a general rule an appellate court ought to show deference to evidentiary rulings which involve the discretionary weighing of various factors before determining admissibility of evidence but concluded in the circumstances of this case, in light of what he considered to be the misapprehension of the evidence and errors in principle, that appellate deference to the judge's ruling was not warranted. He applied the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to the kidnapping charge but not to the assault charge. In the result, he allowed the appeal and quashed the conviction with respect to assault causing bodily harm and remitted that matter for a new trial. He dismissed the appeal with respect to the kidnapping charge.

(ii) O'Neill J.A.

48

O'Neill J.A. agreed with Green J.A. that the trial judge erred in the *voir dire* in not having the complainant called to testify. The trial judge had misapplied and mischaracterized the evidence upon which he relied to conclude that the complainant was incapable of giving evidence. In his view, the Crown had not satisfied the onus of demonstrating that the verdict would necessarily have been the same had the out-of-court statements been excluded. He would have allowed the appeal with respect to both charges, quashed the convictions and ordered a new trial.

(iii) Wells C.J.N. (dissenting)

49

Wells C.J.N. accepted the trial judge's conclusion that the complainant did not understand the

est nécessairement inhabile à témoigner. Le juge Green a conclu que le juge du procès avait mal interprété le témoignage du Dr Gillespie et avait commis une erreur en n'analysant pas lui-même les capacités narratives de la plaignante et en choisissant plutôt de s'en remettre à l'opinion du Dr Gillespie sans chercher à interroger la plaignante elle-même.

Le juge Green a reconnu qu'en règle générale, les tribunaux d'appel doivent faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions en matière de preuve qui impliquent l'appréciation discrétionnaire de divers facteurs avant de conclure à l'admissibilité de la preuve, mais il a statué qu'en l'espèce, compte tenu de ce qu'il considérait comme une mauvaise interprétation du témoignage et des erreurs de principe, il n'y avait pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du juge. Il a appliqué la disposition réparatrice visée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à l'égard de l'accusation d'enlèvement, mais non à l'égard de l'accusation de voies de fait. Il a donc accueilli l'appel, cassé la condamnation pour voies de fait causant des lésions corporelles et ordonné un nouveau procès sur cette question. Il a rejeté l'appel à l'égard de l'accusation d'enlèvement.

(ii) Le juge O'Neill

Le juge O'Neill a convenu avec le juge Green que le juge du procès avait commis une erreur dans le *voir-dire* en ne faisant pas témoigner la plaignante. Le juge du procès avait mal appliqué et mal qualifié la preuve sur laquelle il s'est fondé pour conclure que la plaignante était incapable de témoigner. À son avis, le ministère public ne s'était pas acquitté de la charge qui lui incombait de démontrer que le verdict aurait nécessairement été le même s'il y avait eu exclusion des déclarations extrajudiciaires. Il aurait accueilli l'appel à l'égard des deux chefs, cassé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

(iii) Le juge en chef Wells (dissent)

Le juge en chef Wells a accepté la conclusion du juge du procès que la plaignante ne comprenait pas

nature of an oath or solemn affirmation and she was unable to communicate information in any coherent or understandable manner. An appellate court should not, without good reason, interfere with those findings absent palpable error. There was no such palpable error here. The out-of-court statements of the complainant made very shortly after the incident exhibited sufficient circumstantial guarantee of trustworthiness to make them reliable for purposes of admissibility under the *Khan* exception to the hearsay rule. Wells C.J.N. would have dismissed the appeal with respect to both the kidnapping charge and the assault charge.

The defence did not seek to cross-appeal the kidnapping conviction based on O'Neill J.A.'s dissent. The respondent had completed his term of imprisonment. The only issue before us, therefore, is the Crown's appeal against the setting aside of the assault verdict.

#### IV. Analysis

While in this country an accused does not have an absolute right to confront his or her accuser in the course of a criminal trial, the right to full answer and defence generally produces this result. In this case, unusually, the Crown precipitated an inquiry under s. 16 of the *Canada Evidence Act* not for the purpose of establishing the testimonial competence of "a proposed witness", namely the complainant, but to lay an evidentiary basis to keep her out of the witness box. Having satisfied the trial judge entirely through expert evidence that the complainant neither understood the nature of an oath nor could communicate her evidence, the Crown used the *voir dire* as a springboard to establish the admissibility of hearsay evidence of her out-of-court statements under the principles established in *Khan*.

This procedure raises two distinct though related issues, firstly the admissibility of the expert evi-

la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qu'elle n'était pas capable de communiquer les faits de quelque façon cohérente ou compréhensible. Un tribunal d'appel ne devrait pas, sans raison valable, modifier les conclusions de cette nature en l'absence d'erreur manifeste. Il n'y avait aucune erreur manifeste en l'espèce. Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante faites très peu de temps après l'épisode offraient une garantie circonstancielle de fiabilité suffisante pour justifier leur admission en vertu de l'exception à la règle du oui-dire énoncée dans *Khan*. Le juge en chef Wells aurait rejeté l'appel à l'égard des deux chefs d'enlèvement et de voies de fait.

La défense n'a pas cherché à former un pourvoi incident à l'égard de la déclaration de culpabilité pour enlèvement en se fondant sur les motifs de dissidence du juge O'Neill. L'intimé avait purgé sa peine d'emprisonnement. La seule question dont notre Cour est saisie a donc trait au pourvoi du ministère public à l'encontre de l'annulation du verdict de voies de fait.

#### IV. Analyse

Même si dans notre pays l'accusé n'a pas un droit absolu de se confronter avec son accusateur au cours d'un procès criminel, le droit à une réponse et à une défense complètes donne généralement ce résultat. En l'espèce, le ministère public s'est, de façon inhabituelle, empressé de demander la tenue de l'enquête prévue à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* non pas pour établir l'habilité d'un « éventuel témoin », en l'occurrence la plaignante, à témoigner, mais pour prouver que le fait de ne pas la faire témoigner est justifié. Après avoir convaincu le juge du procès, uniquement par des témoignages d'experts, que la plaignante ne comprenait pas la nature du serment et qu'elle n'était pas capable de communiquer les faits dans son témoignage, le ministère public a utilisé le voir-dire comme tremplin pour établir l'admissibilité de la preuve par oui-dire des déclarations extrajudiciaires de la plaignante en vertu des principes énoncés dans *Khan*.

Cette façon de procéder soulève deux questions distinctes, mais connexes : premièrement, l'admis-

50

51

52

dence at the *voir dire*, and secondly the admissibility of the complainant's out-of-court statements at the trial. In my view, these issues ought to have been resolved in favour of the respondent, as held by the majority judgment of the Newfoundland Court of Appeal, for the following reasons:

1. The expert evidence was improperly admitted at the *voir dire*. Trial judges are eminently qualified to assess the testimonial competence of a witness. The trial judge, after all, was to be at the receiving end of the complainant's communication, and could have determined whether or not she was able to communicate her evidence to him. If she had been called and it became evident that the trial judge required expert assistance to draw appropriate inferences from what he had heard her say (or not say), or if either the defence or the Crown had wished to pursue the issue of requiring an oath or solemn affirmation, expert evidence might then have become admissible to assist the judge. At the time the expert testimony was called, it had not been shown that expert evidence as such was necessary, and the testimony of Drs. Gillespie, Morley and Parsons was therefore inadmissible: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9.

2. Consequently, the trial judge erred in ruling at the conclusion of the *voir dire* that the complainant's out-of-court statements would be admissible at trial. Having dispensed with hearing from the complainant, and the expert medical testimony having been improperly admitted, the trial judge had no admissible evidence on which to exercise a discretion to admit the complainant's out-of-court statements.

3. Even if the expert medical evidence were to be admitted, and accepting the trial judge's conclusion that the out-of-court statements were "reliable" under the first branch of the *Khan* requirements, the trial judge still erred in the circumstances of this case in finding the admission

sibilité des témoignages d'experts au voir-dire et, deuxièmement, l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de la plaignante au procès. À mon avis, ces questions auraient dû être réglées en faveur de l'intimé, comme en a décidé la majorité de la Cour d'appel de Terre-Neuve, pour les raisons suivantes :

1. Les témoignages d'experts ont été admis à tort au voir-dire. Les juges du procès sont éminemment aptes à évaluer l'habileté d'une personne à témoigner. Après tout, le juge du procès se devait d'être celui qui reçoit la communication de la plaignante et il aurait pu déterminer si elle était capable de lui communiquer les faits dans son témoignage. Si elle avait été assignée à témoigner et qu'il était devenu évident que le juge du procès avait besoin de l'aide d'experts pour tirer les inférences appropriées de ce qu'il l'a entendue dire (ou ne pas dire), ou si la défense ou le ministère public avait souhaité soulever la question de l'opportunité d'exiger un serment ou une affirmation solennelle, la preuve d'expert aurait alors pu devenir admissible comme aide apportée au juge. Au moment où les experts ont été appelés à témoigner, il n'avait pas été établi que la preuve d'expert comme telle était nécessaire, de sorte que le témoignage des D<sup>rs</sup> Gillespie, Morley et Parsons était inadmissible : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

2. Par conséquent, le juge du procès a commis une erreur en concluant à la fin du voir-dire que les déclarations extrajudiciaires de la plaignante étaient admissibles au procès. Comme il a permis de se passer du témoignage de la plaignante et que la preuve médicale d'expert a été admise à tort, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve admissible pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

3. Même si la preuve médicale d'expert devait être admise et que l'on acceptait la conclusion du juge du procès que les déclarations extrajudiciaires étaient fiables selon la première composante des exigences établies dans *Khan*, le juge du procès a quand même commis une erreur en

of out-of-court statements to be “necessary” without first hearing from the complainant.

### 1. *Inadmissibility of the Expert Evidence*

At the threshold stands the question of why expert evidence was admitted in the first place to establish the competency of a witness, a task which is specifically assigned by s. 16 of the *Canada Evidence Act* to the trial judge. In *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, the Court adopted as correct at p. 42 the statement that “[i]f on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary”.

The key and undisputed facts of this case are that the complainant was available to testify and there was no suggestion by anybody that she might be harmed thereby. She was not called simply because the Crown made the tactical decision to proceed without calling her. The medical experts were not called to assist the judge to interpret what he had seen or heard from the complainant in the witness box, but in substitution for any such opportunity of direct observation.

The special role of the expert witness is not to testify to the facts, but to provide an opinion based on the facts, to assist the trier of fact to draw the appropriate inferences from the facts as found “which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate” (*Abbey*, *supra*, at p. 42).

Section 16 of the *Canada Evidence Act* requires the judge to determine whether a proposed witness “understands the nature of an oath or solemn affirmation and . . . is able to communicate the evidence”. McLachlin J. (as she then was) pointed out in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236, that the phrase ‘communicate the evidence’ in s. 16 of the *Canada Evidence Act* “indicates more than mere verbal ability”. McLachlin J. there set out on behalf of a majority of the Court, the ele-

l’espèce en concluant que l’admission des déclarations extrajudiciaires était « nécessaire » sans avoir d’abord entendu la plaignante.

### 1. *Inadmissibilité de la preuve d’expert*

Au départ se pose la question de savoir pourquoi la preuve d’expert a d’ailleurs été admise pour établir l’habileté d’un témoin à témoigner, tâche qui est expressément conférée au juge du procès par l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42, la Cour a entériné la proposition selon laquelle « [s]i, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l’opinion de l’expert n’est pas nécessaire ».

Les faits principaux et incontestés de la présente affaire sont que la plaignante était disponible pour témoigner et que personne n’a laissé entendre que sa comparution pourrait lui porter préjudice. Elle n’a pas été assignée à témoigner tout simplement parce que le ministère public a pris la décision tactique de se passer de son témoignage. Les experts médicaux n’ont pas été appelés à témoigner pour aider le juge à interpréter ce qu’il avait vu ou entendu de la plaignante à la barre des témoins, mais plutôt pour remplacer toute occasion d’observation directe.

Le rôle spécial du témoin expert n’est pas d’attester les faits, mais de donner une opinion fondée sur ceux-ci, d’aider le juge à tirer des faits les conclusions appropriées que le juge et le jury, « en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler » (*Abbey*, précité, p. 42).

Selon l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge doit déterminer si l’éventuel témoin « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et [. . .] est capable de communiquer les faits dans son témoignage ». Le juge McLachlin (plus tard Juge en chef) souligne dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236, que l’expression « communiquer les faits dans son témoignage » employée à l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* « indique plus qu’une simple

53

54

55

56

ments of the s. 16 test which she equated with an inquiry into testimonial competence, namely:

... (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate . . . . The judge must satisfy him- or herself that the witness possesses these capacities. Is the witness capable of observing what was happening? Is he or she capable of remembering what he or she observes? Can he or she communicate what he or she remembers? The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable . . . . Generally speaking, the best gauge of capacity is the witness's performance at the time of trial.

McLachlin J. added at p. 237:

[T]he test outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify. The threshold is not a high one. What is required is the basic ability to perceive, remember and communicate. This established, deficiencies of perception, recollection of the events at issue may be dealt with as matters going to the weight of the evidence. [Emphasis added.]

57 Whether a complainant “is able to communicate the evidence” in this broad sense is a matter on which a trial judge can (and invariably does) form his or her own opinion. It is not a matter “outside the experience and knowledge of a judge or jury” (*Mohan, supra*, at p. 23). It is the very meat and potatoes of a trial court's existence.

58 *Mohan* required a demonstration of practical necessity as a precondition to reception of expert evidence because of the concern “that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact” (p. 24). In my view, it was the trial judge not Dr. Gillespie who was familiar with the exigencies of a criminal trial and who had the expertise to determine what testimonial assistance the complainant might be able to offer in that context. His decision ought to have been based on direct observations of the complainant, unless excused by evidence that she would be traumatized by an

capacité verbale ». Le juge McLachlin établit alors, au nom de la majorité de la Cour, les éléments du critère fondé sur l'art. 16, qu'elle assimile à une enquête sur l'habilité à témoigner :

... (1) la capacité d'observer (dont la capacité d'interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer: [. . .] Le juge doit être convaincu que le témoin possède ces capacités. Le témoin est-il capable d'observer ce qui s'est produit? Est-il en mesure de se rappeler ce qu'il observe? Peut-il communiquer ce dont il se souvient? Le but n'est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s'assurer simplement qu'il atteint la norme minimale de recevabilité [. . .]. D'une manière générale, la meilleure mesure de la capacité est le témoignage lui-même au procès.

Le juge McLachlin ajoute, à la p. 237 :

Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner. La norme est peu élevée. Ce qui est exigé est la capacité de base de percevoir, de se rappeler et de communiquer. Une fois cela établi, la question des failles dans la perception et dans le souvenir des événements en cause peut être considérée comme un élément concernant la valeur du témoignage. [Je souligne.]

La question de savoir si un plaignant « est capable de communiquer les faits dans son témoignage » dans ce sens large est un sujet sur lequel le juge du procès peut se faire sa propre opinion (ce qu'il fait toujours). Ce n'est pas là un sujet qui « dépass[e] l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury » (*Mohan*, précité, p. 23). C'est une tâche essentielle du tribunal de première instance.

L'arrêt *Mohan* exige que la nécessité pratique soit démontrée préalablement à la réception de la preuve d'expert, à cause de la crainte « que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits » (p. 24). À mon avis, c'est le juge du procès et non le Dr Gillespie qui connaissait les exigences d'un procès criminel et qui était compétent pour déterminer quelle aide la plaignante pouvait apporter en matière de preuve dans ce contexte. Le juge aurait dû fonder sa décision sur des observations directes de la plaignante, sauf si la preuve avait établi que sa comparution même à

appearance in court even for that limited purpose, or other exceptional circumstances.

It is true, as my colleague LeBel J. points out at para. 19, that *Khan's* double-barrelled inquiry into necessity and reliability is not restricted to testimonial competence. My colleague writes:

The trial judge had to assess the condition of the complainant as a whole. This involved matters which were outside his traditional expertise, and which required expert assistance. With this assistance, the judge was able to acknowledge the childlike mental condition of the complainant and her fragile emotional state in addition to her poor ability to sustain questioning. [Emphasis added.]

The point, I think, is that trial judges are able to assess such matters as “childlike mental condition” or “poor ability to sustain questioning” *without* expert assistance. On the other hand, if the Crown had wished to put forward an alleged “fragile emotional state” as a reason for the complainant not to testify, it was certainly at liberty to do so, and to call expert evidence in that regard. But it did not. There was no evidence led that the complainant would risk being traumatized or otherwise suffer adverse consequence by an appearance in court.

The expert evidence was directed entirely to the issue of testimonial competence. On that point, as stated, there was no valid basis laid for the reception of expert testimony.

I accept that circumstances might have arisen in this case where the admission of expert medical evidence on the subject of the complainant's testimonial competence would have been justified. Had the complainant been called, and had it become evident that some expert assistance was required to explain her behaviour, consideration might have been given at that stage to supplementing her testimony (or the lack of it) with expert medical opinions. However, on the facts of this case it was premature unless and until more direct avenues of getting at the truth had been tried and failed.

cette seule fin risquait de la traumatiser, ou qu'il existait d'autres circonstances exceptionnelles.

Il est vrai, comme le fait remarquer mon collègue le juge LeBel, au par. 19, que la double enquête sur la nécessité et la fiabilité dont il est question dans *Khan* ne se limite pas à l'habilité à témoigner. Mon collègue écrit :

Le juge du procès devait évaluer l'état de la plaignante dans son ensemble, ce qui mettait en cause des questions dépassant sa compétence traditionnelle pour lesquelles l'aide d'un expert était nécessaire. Grâce à cette assistance, le juge a pu constater l'état mental, comparable à celui d'un enfant, de la plaignante et son état émotionnel fragile, en plus de sa faible capacité à subir un interrogatoire. [Je souligne.]

L'essentiel, à mon avis, est que les juges du procès sont en mesure de se faire une opinion sur les questions telles que l'état « comparable à celui d'un enfant » ou la « faible capacité à subir un interrogatoire » *sans* l'aide d'experts. Par ailleurs, si le ministère public avait voulu invoquer l'« état émotionnel fragile » pour ne pas faire témoigner la plaignante, il avait certainement tout loisir de le faire, et pour appeler à témoigner des experts à cet égard. Mais il ne l'a pas fait. Rien dans la preuve n'indiquait que la comparution de la plaignante risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice.

La preuve d'expert portait entièrement sur l'habilité à témoigner. Sur ce point, comme je l'ai mentionné, la réception des témoignages d'experts n'était pas fondée.

Je conviens qu'en l'espèce des circonstances auraient pu justifier l'admission d'une preuve médicale d'expert au sujet de la capacité de la plaignante à témoigner. Si celle-ci avait été assignée à témoigner et qu'il s'était avéré nécessaire de faire appel à des experts pour expliquer son comportement, le juge du procès aurait pu songer à ce moment-là à faire compléter son témoignage (ou son silence) par des opinions médicales. Toutefois, d'après les faits de la présente affaire, l'admission était prématurée tant que des moyens plus directs de parvenir à la vérité n'auraient pas été utilisés vainement.

59

60

61

62



63 Once the expert evidence is excluded under the *Mohan* principle, there was no other evidence on the *voir dire* to support the admission of the out-of-court statements under the *Khan* principle. This point is sufficient to dispose of the appeal. However, as the argument in the appeal related principally to the hearsay exception in *Khan*, *supra*, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, it is appropriate to deal with that ground of appeal as well.

## 2. *Inadmissibility of the Out-of-Court Statements*

64 Under the *Khan* exception to the hearsay rule, the Crown was required to establish that the admission of the complainant's out-of-court statements was necessary and that the statements themselves were reliable. The admission of the hearsay only became necessary if the direct testimony of the complainant was unavailable. The issue, to repeat, is the availability of the *testimony*, not the availability of the *complainant* herself.

65 For the purposes of this branch of the analysis, I will assume that the expert medical evidence was properly admitted and the issue is whether it justified admission of the complainant's out-of-court statement even though the Crown declined to call the complainant to lay the basis for its reception.

66 The applicable principles were established in *Khan* and summarized by McLachlin J. (as she then was) in *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 20, concurring in the result, as follows:

This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial such as this may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable . . . . Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, "based on psychological assessments

Une fois la preuve d'expert exclue en vertu du principe énoncé dans *Mohan*, rien dans le voir-dire ne justifiait l'admission des déclarations extrajudiciaires en vertu du principe établi dans *Khan*. Ce point suffit pour trancher le pourvoi. Toutefois, comme l'argument présenté en l'espèce porte principalement sur l'exception à la règle du oui-dire énoncée dans *Khan*, précité, et dans *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, il y a lieu d'examiner aussi ce motif d'appel.

## 2. *Inadmissibilité des déclarations extrajudiciaires*

Selon l'exception à la règle du oui-dire énoncée dans *Khan*, le ministère public était tenu d'établir que l'admission des déclarations extrajudiciaires de la plaignante était nécessaire et que les déclarations elles-mêmes étaient fiables. L'admission du oui-dire ne devient nécessaire que si le témoignage direct du plaignant n'est pas disponible. La question porte, faut-il le répéter, sur la disponibilité du *témoignage*, et non sur celle de la *plaignante* elle-même.

Pour ce volet de l'analyse, je vais supposer que la preuve médicale d'expert a été admise à bon droit. La question qui se pose est donc de savoir si elle justifie l'admission des déclarations extrajudiciaires de la plaignante, même si le ministère public a refusé de faire témoigner la plaignante pour justifier leur admission.

Les principes applicables ont été établis dans *Khan*, puis résumés en ces termes dans les motifs de dissidence du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, par. 20, souscrivant au résultat :

Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de oui-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable [. . .]. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du

that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child . . .”: *R. v. Khan, supra*, at p. 546.

procès est convaincu, sur le fondement d’«évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l’enfant ou lui porter préjudice [. . .]»: *R. c. Khan*, précité, à la p. 546.

Both branches of the test can be dealt with briefly.

Les deux volets de ce critère peuvent être examinés brièvement.

(i) Reliability

(i) La fiabilité

Threshold reliability is required for the admission of hearsay evidence, because the usual methods of testing truthfulness of the witness, cross-examination and observation of the witness are not available. The standard is not one of absolute reliability, as was explained in *Smith, supra*, and summarized by Major J. in *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, at para. 34:

Un seuil de fiabilité est exigé pour l’admission d’une preuve par oui-dire, car les méthodes habituelles permettant d’éprouver la véracité du témoin, soit le contre-interrogatoire et l’observation du témoin, ne sont pas disponibles. Il ne s’agit pas d’une norme de fiabilité absolue, ainsi qu’il a été expliqué dans l’arrêt *Smith*, précité, et résumé par le juge Major dans l’arrêt *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, par. 34 :

It is not necessary that the statements be absolutely reliable, but a circumstantial guarantee of trustworthiness must be established in order for the statements to be admitted. The statements will be inadmissible where the hearsay evidence is equally consistent with other hypotheses.

. . . il n’est pas nécessaire qu’elles soient absolument dignes de foi, mais il doit y avoir une garantie circonstancielle de fiabilité. Elles seront inadmissibles si la preuve par oui-dire est également compatible avec d’autres hypothèses.

In that case, the out-of-court statements of a child witness were held to be insufficiently reliable to be admissible.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que les déclarations extrajudiciaires d’un enfant témoin n’étaient pas suffisamment fiables pour être admissibles.

In the present case the complainant’s out-of-court statements, while of limited assistance, would likely have met the reliability test because of the several circumstantial guarantees of trustworthiness, including the lack of any real possibility of mistaken identity, the lack of any discernible motive to lie, and possibly a lack of sufficient mental capacity to try to do so. There would still have been an issue about her ability to perceive accurately, and to recall and recount faithfully. The expert evidence was of some assistance in this regard. It must be kept in mind that the trial judge’s gatekeeper function on the *voir dire* is only to apply a *threshold* test for admissibility. Whether the evidence is ultimately accepted as reliable is up

En l’espèce, les déclarations extrajudiciaires de la plaignante, même si elles ne peuvent apporter qu’une aide limitée, auraient probablement satisfait au critère de la fiabilité du fait de l’existence de plusieurs garanties circonstanciennes de fiabilité, y compris l’absence de possibilité réelle d’erreur sur l’identité, l’absence de tout motif perceptible de mentir et peut-être l’absence de capacité mentale suffisante pour tenter de le faire. Il reste toujours la question de la capacité de la plaignante de percevoir exactement, de se rappeler et de relater fidèlement. La preuve d’expert était utile dans une certaine mesure à cet égard. Il ne faut pas oublier que la fonction de contrôleur du juge du procès lors du voir-dire consiste uniquement à appliquer le critère *préliminaire* pour l’admissibilité. C’est au juge des faits qu’il appartient de déterminer si la preuve

67

68

69

70

to the trier of fact. I accept the trial judge's conclusion with respect to reliability.

(ii) Necessity

71 In *Rockey, supra*, Sopinka J. (for the majority) held that because the evidence regarding the child witness's competence to testify was equivocal, the out-of-court statements were not admissible on this basis. However, he further found that there was uncontroverted evidence that the child would be traumatized by giving evidence and decided that the out-of-court statements were necessary for that reason.

72 The complainant in this case could have been examined before the trial judge in a format that would have attempted to put her at ease. The trial judge could have ensured that nothing, including questions put to her by opposing counsel, would be used to demean or embarrass her. It is possible that, as anticipated by Dr. Gillespie, the complainant might have been incoherent or otherwise unable to communicate whatever she recalled of the events in question. On the other hand, it is also possible that she might, as suggested by Dr. Morley, have been able to give "some account of what happened to her". In the absence of any suggestion of potential trauma or other exceptional circumstances, I think the respondent was entitled to have this issue determined on the basis of the evidence of the complainant rather than on the conflicting opinions, however learned, of her various doctors.

73 I accept that it was kinder to the complainant to excuse her from appearing at the trial. It is possible, as my colleague LeBel J. suggests at para. 12, that her appearance "would have served no real purpose". But we do not know this. What we do know is that there were very serious accusations made against the respondent. He was confronted with evidence of her out-of-court statements taken in his absence and on which, of course, he could not cross-examine. As a result of the trial, he was sentenced to three years and nine months in jail in addition to the time already served. Compassion

doit finalement être acceptée comme fiable. J'accepte la conclusion du juge du procès au sujet de la fiabilité.

(ii) La nécessité

Dans *Rockey*, précité, le juge Sopinka (au nom de la majorité) a conclu qu'en raison du caractère équivoque de la preuve relative à l'habileté de l'enfant à témoigner, les déclarations extrajudiciaires n'étaient pas admissibles. Toutefois, après avoir constaté qu'il existait une preuve non contredite établissant que l'enfant serait traumatisé s'il était appelé à témoigner, il a statué que les déclarations extrajudiciaires étaient nécessaires pour ce motif.

En l'espèce, l'interrogatoire de la plaignante devant le juge du procès aurait pu être effectué de façon à la mettre à l'aise. Le juge aurait pu s'assurer que rien, y compris les questions posées par l'avocat de la défense, ne pourrait être utilisé pour l'humilier ou la gêner. Il est possible que, comme l'avait prévu le Dr Gillespie, la plaignante aurait été incohérente ou autrement incapable de communiquer ce dont elle se souvenait des faits en question. Par contre, il est aussi possible que, comme l'a laissé entendre le Dr Morley, elle aurait « racont[é], dans une certaine mesure, ce qui lui est arrivé ». En l'absence de toute proposition qu'il y avait possibilité de traumatisme ou de circonstances exceptionnelles, je pense que l'intimé avait droit à ce que cette question soit réglée sur le fondement du témoignage de la plaignante et non d'avis contradictoires, si éclairés soient-ils, de ses divers médecins.

Je conviens qu'il était plus charitable envers la plaignante de la dispenser de comparaître au procès. Il est possible que sa comparution, comme l'affirme mon collègue le juge LeBel, au par. 12, « n'aurait servi à rien ». Mais nous ne le savons pas. Ce que nous savons, c'est que des accusations graves ont été portées contre l'intimé. Il a été mis en présence des déclarations extrajudiciaires de la plaignante qui avaient été recueillies en son absence et au sujet desquelles il ne pouvait naturellement pas contre-interroger. À la suite du procès, il a été condamné à trois ans et neuf mois de pri-

for the complainant must be balanced against fairness to the respondent.

While the concept of necessity “must be given a flexible definition capable of encompassing diverse situations” (*R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 796), it must nevertheless be established on the facts of each particular case. Wells C.J.N., in dissent, observed that the phrase “to communicate the evidence” in s. 16(1)(b) requires exploration of whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court. This is so, but absent special circumstances, the exploration should include hearing from the witness herself.

The *Khan* principles of necessity and reliability were recently applied by a divided Court in *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569, where the hearsay evidence of a child complainant was admitted but not until after the child herself had entered the witness box and demonstrated an inability to answer questions about the events surrounding the sexual assault. Even at that, Lamer C.J. dissented on the basis that the trial court had not adequately pursued the reasons *why* the child appeared unable to provide her recollection of events.

In this case, we are asked to take *F. (W.J.)* one step further. There was no attempt to seek the evidence directly from the witness/complainant even though there was no suggestion that she would suffer adverse effects from appearing in the witness box. No other explanation was given for her non-appearance. The Crown simply decided to relieve the trial judge of the burden of making his own decision, and left him to pick among the competing versions of her testimonial competence offered up by the medical experts.

In my view, if the witness is physically available and there is no suggestion that he or she would suffer trauma by attempting to give evidence, that evi-

son, en plus du temps qu’il a déjà purgé. La compassion à l’égard de la plaignante doit être soumise en fonction de l’équité envers l’intimé.

Même s’il faut donner à la notion de la nécessité « une définition souple, susceptible d’englober différentes situations » (*R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 796), celle-ci doit tout de même être établie à partir des faits de chaque espèce. Dans ses motifs de dissidence, le juge en chef Wells a fait remarquer que les termes « communiquer les faits dans son témoignage » employés à l’al. 16(1)(b) oblige le juge à vérifier si le témoin est capable de percevoir les faits, de s’en souvenir et de les communiquer au tribunal. C’est vrai, mais en l’absence de circonstances spéciales, l’examen devrait comprendre l’audition du témoin lui-même.

Les principes de la nécessité et de la fiabilité énoncés dans *Khan* viennent récemment d’être appliqués par notre Cour à la majorité dans *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569, où la preuve par ouï-dire de l’enfant qui était la plaignante a été admise, mais uniquement après que celle-ci a comparu à la barre des témoins et a démontré son incapacité à répondre à des questions sur l’épisode de l’agression sexuelle. Le juge en chef Lamer a tout de même exprimé sa dissidence au motif que le tribunal n’avait pas cherché adéquatement à connaître les raisons *pour lesquelles* l’enfant semblait incapable de transmettre le souvenir qu’elle avait des faits.

En l’espèce, nous sommes invités à pousser encore plus loin l’arrêt *F. (W.J.)*. Il n’y a eu aucune tentative d’obtenir la preuve directement de la plaignante témoin, même si personne n’a mentionné que sa comparution risquait de lui porter préjudice. Aucune autre explication n’a été donnée à l’égard de sa non-comparution. Le ministère public a tout simplement décidé de libérer le juge du procès du fardeau de décider par lui-même et lui a laissé le choix entre des versions opposées que proposent les experts médicaux au sujet de la capacité de la plaignante à témoigner.

À mon avis, si le témoin est physiquement disponible et que rien n’indique qu’il sera traumatisé par le fait de témoigner, sa déposition ne devra

74

75

76

77

dence should *generally* not be pre-empted by hearsay unless the trial judge has first had an opportunity to hear the potential witness and form his or her own opinion as to testimonial competence. I say generally because there may arise exceptional circumstances where a witness is available and not called and the out-of-court statements may be nevertheless admitted. The Court was careful not to close the door to this possibility in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at paras. 71-72; *B. (K.G.)*, *supra*, at pp. 798-99; and *Rockey*, *supra*, per McLachlin J., concurring in the result, at para. 23. Green J.A. recognized that possibility in the majority judgment in this case (p. 111). The point is that there are no circumstances put in evidence here that would justify such an exceptional procedure.

### 3. *Additional Arguments Put Forward by the Crown*

78

The Crown in written and oral argument makes several points in justification of the procedure that was followed. It says, first of all, that while there was no evidence that the complainant would suffer trauma, nevertheless the Court can *infer* the likelihood of something approaching trauma from the video and the nature of the events she was to be asked about. Her otherwise reclusive existence in the Waterford Hospital suggests an inability to cope with the outside world. The Crown submits that “it would have been simply a bit of a circus and a bit of a farce to have gone through the procedure of calling her as a witness simply to be complete in relation to form”, and “[i]t would have been, in effect, almost marking her as an exhibit simply for the purpose of bringing her into the Court and showing her to all sides”.

79

Few complainants can welcome a courtroom appearance in a sexual assault charge, but there is no reason to think this complainant was more vulnerable than others on this account. If there was an issue about trauma, it ought not to have been left to inference. Psychiatric evidence was called specifically to address the necessity of having the com-

*généralement* pas être court-circuitée par du ouï-dire avant que le juge du procès n’ait d’abord eu l’occasion de l’entendre et de se faire une idée sur sa capacité à témoigner. Je dis généralement parce que, dans des circonstances exceptionnelles, il se peut qu’un témoin disponible ne soit pas assigné et que les déclarations extrajudiciaires soient quand même admises en preuve. La Cour a pris soin de ne pas fermer la porte à cette possibilité dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 71-72; *B. (K.G.)*, précité, p. 798-799; et *Rockey*, précité, motifs de dissidence du juge McLachlin, souscrivant au résultat (par. 23). Le juge Green a reconnu cette possibilité dans le jugement majoritaire rendu dans la présente affaire (p. 111). En l’espèce, les parties n’ont invoqué aucune circonstance susceptible de justifier une telle procédure exceptionnelle.

### 3. *Autres arguments avancés par le ministère public*

Dans ses arguments écrits et oraux, le ministère public soulève plusieurs points pour justifier la procédure adoptée. Il affirme en premier lieu que, même s’il n’y a pas eu présentation d’éléments de preuve établissant que la plaignante serait traumatisée, le tribunal pouvait, d’après la bande vidéo et la nature des faits qu’elle serait appelée à décrire, *inférer* qu’elle risque de subir un préjudice semblable à un traumatisme. Son existence par ailleurs recluse à l’hôpital Waterford semble indiquer une incapacité à faire face au monde extérieur. Selon le ministère public, [TRADUCTION] « la forcer à subir la procédure de l’assignation à témoigner uniquement pour satisfaire à des exigences de forme n’aurait été que pur cirque et pure comédie », et [TRADUCTION] « [c]ela aurait en réalité eu pour effet de la marquer comme une pièce à conviction, uniquement pour la faire comparaître devant le tribunal et pour la montrer à toutes les parties ».

Rares sont les plaignants qui aiment comparaître devant un tribunal dans des affaires d’agression sexuelle, mais rien ne permet pas de penser que cette plaignante était plus vulnérable que les autres à cet égard. S’il y avait risque de traumatisme, cela aurait dû être établi autrement que par inférence. La preuve psychiatrique a été demandée expressé-

plainant testify in person, and none of the doctors raised the issue of potential trauma. The onus was on the Crown to meet the *Khan* criteria for the hearsay exception. It was clear that trauma to a potentially vulnerable witness is an important consideration. No such evidence was called.

Further, as Green J.A. pointed out, the Court should not be quick to leap to the assumption that a person with mental disabilities is not competent to give useful testimony. Trauma should not be presumed, not only because such a presumption would deprive the accused of the ability to observe and cross-examine the witness, but also because stereotypical assumptions about persons with disabilities should be avoided. For the same reason, I disagree with my colleague LeBel J. that we should assume that the complainant's appearance in the witness box would be demeaning or an "infringement . . . of her dignity and integrity" (para. 22). Persons with disabilities should not be underestimated.

Secondly, the Crown argues that while it is undoubtedly good practice in most cases to call the witness to demonstrate incapacity, there is no hard and inflexible rule to that effect. In this case, an experienced trial judge heard conflicting evidence about the complainant's ability to testify. While the expert psychiatrist Dr. Gillespie pronounced the complainant incoherent, Dr. Morley, the family doctor who had attended on the complainant directly and indirectly at the Waterford Hospital for the previous 4 or 5 years, had a different view, as did Dr. Parsons, who examined the complainant immediately after the events in question. The Crown says the trial judge was entitled to prefer the evidence of the psychiatrist over the evidence of the general practitioners.

ment pour traiter la question de la nécessité de faire témoigner la plaignante en personne, et aucun des médecins n'a soulevé la question du risque de traumatisme. C'est au ministère public qu'incombe la charge de satisfaire aux critères énoncés dans *Khan* à l'égard de l'exception à la règle du oui-dire. Il était clair qu'un traumatisme que risque de subir un témoin potentiellement vulnérable est un important élément à prendre en considération. Aucun élément de preuve n'a été produit sur ce point.

Le juge Green a en outre souligné que le tribunal ne devrait pas sauter trop vite à la conclusion qu'une personne ayant des déficiences mentales est inhabile à donner un témoignage utile. Il ne faut pas présumer l'existence de traumatismes, non seulement parce qu'une telle présomption priverait l'accusé de la possibilité d'observer le témoin et de le contre-interroger mais aussi parce qu'il faut éviter toute supposition stéréotypée au sujet des personnes ayant quelque infirmité. Pour la même raison, je ne partage pas l'avis de mon collègue le juge LeBel, que nous devrions supposer que la comparution de la plaignante serait humiliante et constituerait une « atteinte [. . .] [à] sa dignité » (par. 22). Il ne faut pas sous-estimer les personnes ayant des déficiences.

En deuxième lieu, le ministère public fait valoir que, même s'il est sans aucun doute préférable dans la plupart des cas de faire comparaître le témoin afin de prouver son inhabilité à témoigner, il n'y a pas de règle rigoureuse et inflexible en cette matière. En l'espèce, un juge expérimenté a entendu des éléments de preuve contradictoires au sujet de l'habilité de la plaignante à témoigner. Le Dr Gillespie, psychiatre expert, a qualifié la plaignante d'incohérente, alors que le Dr Morley, médecin de famille qui l'avait traitée directement ou indirectement à l'hôpital Waterford pendant les quatre ou cinq années précédentes, avait une opinion différente, tout comme le Dr Parsons, qui l'a examinée immédiatement après les faits en cause. Le ministère public prétend que le juge du procès avait le droit de préférer la preuve du psychiatre à celle des omnipraticiens.

80

81

82 I agree, as stated, that there is no hard and inflexible rule that a complainant must be put in the witness box regardless of the circumstances. I also agree that an appellate court will not lightly interfere with an evidentiary ruling by a trial judge who has heard conflicting evidence at the *voir dire* and formed a conclusion as to whether evidence should be admitted. In this case, however, the trial judge misdirected himself on the threshold *Mohan* issue of whether the expert evidence was admissible at all on the then state of the record, and he further misdirected himself on the *Khan* issue of necessity by admitting the out-of-court video statements when the complainant was available and no sufficient reason was given for her non-appearance. Where, as here, the discretion was exercised on wrong principles, the decision will be set aside.

83 The Crown maintains, thirdly, that even if the Court of Appeal was entitled to re-weigh and re-assess the evidence, it made errors in doing so. The Crown complains, in particular, that the Court of Appeal relied to some extent on the evidence of Nurse Miller, an attendant at the Waterford Hospital, on the issue of the complainant's capacity to testify, even though Nurse Miller's evidence was not called on the *voir dire*. The trial transcript shows that Nurse Miller's evidence was heard just before the *voir dire*. In fact, it was her testimony that prompted defence counsel to pursue the issue of necessity in the *voir dire*.

Mr. Reid: However, after having a — heard the evidence of [the] last witness [Nurse Miller] and her indications that she has discussed the matter with the complainant and apparently, at least from what I understood from what she said, she — although maybe she did get a sketchy outline of some kind, apparently she did have some kind of an understandable conversation with this particular complainant. So I think the Crown should be required to establish both necessity and reliability in their *Khan* applications.

Je conviens que, comme il a été mentionné, il n'existe pas de règle rigoureuse et inflexible exigeant la comparution du plaignant, quelles que soient les circonstances. Je conviens aussi qu'un tribunal d'appel ne décide pas à la légère de modifier une décision en matière de preuve prise par le juge du procès qui a entendu des éléments de preuve contradictoires lors du voir-dire et qui a tiré une conclusion quant à l'admissibilité d'une preuve. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a abordé de façon erronée la question du critère préliminaire énoncée dans l'arrêt *Mohan* pour déterminer si la preuve d'expert était admissible selon le dossier dont il disposait à ce moment-là. De plus, il a mal interprété la question de la nécessité selon *Khan* en admettant les déclarations extrajudiciaires enregistrées sur bande vidéo alors que la plaignante était disponible et en l'absence de raison suffisante pour justifier sa non-comparution. Dans les cas, comme en l'espèce, où le pouvoir discrétionnaire a été exercé en vertu de principes erronés, la décision doit être annulée.

Le ministère public prétend en troisième lieu que, même si la Cour d'appel avait le pouvoir d'apprécier et d'évaluer de nouveau la preuve, elle l'a fait de façon erronée. Il reproche en particulier à la Cour d'appel de s'être fondée dans une certaine mesure sur la déposition de l'infirmière Miller, préposée de l'hôpital Waterford, sur la question de l'habileté de la plaignante à témoigner, même si cette infirmière n'a pas été appelée à témoigner lors du voir-dire. La transcription du procès montre que la déposition de l'infirmière Miller a été entendue juste avant le voir-dire. En fait, c'est son témoignage qui a incité l'avocat de la défense à soulever la question de la nécessité dans le voir-dire.

[TRADUCTION] M. Reid : Toutefois, après avoir — entendu la déposition du dernier témoin [l'infirmière Miller] et ses indications qu'elle a discuté de la question avec la plaignante et qu'apparemment, du moins d'après ce que j'ai compris de ce qu'elle a dit, que — même si elle a peut-être obtenu une sorte de description plutôt vague, qu'elle a apparemment eu une sorte de conversation intelligible avec cette plaignante en particulier. Je pense donc que le ministère public devrait être tenu d'établir à la fois la nécessité et la fiabilité dans ses demandes fondées sur l'arrêt *Khan*.

It is unnecessary, I think, for the respondent to rely on Nurse Miller's testimony or for an appellate court to parse the conflicting interpretations of the other evidence. The principal concern with the *voir dire* has nothing to do with the trial judge's assessment of the evidence that was given or his preference for one expert over another. The concern is with the evidence that was available but was *not* given. It comes down to the Crown's failure to pave the way for admission of the out-of-court statements either by calling the complainant to show that the testimonial competence she exhibited at the time of making the out-of-court statements had been lost, or by providing some other legally sound basis for excusing her non-appearance.

Fourthly, the Crown says that the Newfoundland Court of Appeal in effect confused the purpose of an inquiry under s. 16 of the *Canada Evidence Act* (competency to testify) with the issue of necessity in the context of a *Khan* application (ability to testify about the particular events in issue at the trial). It is quite true that the Court's test in *Marquard*, *supra*, and *Rockey*, *supra*, is that the relevant issue under s. 16 of the *Canada Evidence Act* is the general capacity and recollection of the witness, not the specific recollection of the events in question, which will be for the trier of fact to determine. Nevertheless, the point is that neither issue was adequately addressed in the *voir dire* because of the Crown's failure to call the available complainant. The Crown argues that it was quite open to the respondent to call the complainant, but of course it was the Crown, not the respondent, that bore the onus of establishing the conditions precedent to the admission of her out-of-court statements.

In the same vein, the Crown takes the position that the majority of the Newfoundland Court of Appeal confused "verbal ability" (*Rockey*, *supra*, at para. 25) with "the ability to communicate a description of the event". The fact is, however, that neither ability was explored with the complainant.

Il est inutile, selon moi, pour l'intimé de se fonder sur le témoignage de l'infirmière Miller ou pour une cour d'appel d'analyser les interprétations contradictoires des autres éléments de preuve. Le problème principal que pose le voir-dire ne concerne nullement l'évaluation que fait le juge du procès de la preuve ou sa préférence pour un expert. Il concerne plutôt la preuve qui était disponible mais qui *n'a pas* été fournie. Cela revient à dire que le ministère public n'a pas frayé la voie à l'admission des déclarations extrajudiciaires, soit en faisant témoigner la plaignante pour démontrer qu'elle n'a plus la capacité à témoigner dont elle avait fait preuve au moment de ses déclarations extrajudiciaires, soit en fournissant des raisons valables en droit pour justifier sa non-comparution.

En quatrième lieu, le ministère public prétend que la Cour d'appel de Terre-Neuve a confondu en fait l'objet de l'enquête prévue à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* (capacité à témoigner) et la question de la nécessité dans le contexte d'une demande fondée sur *Khan* (habilité à témoigner au sujet de faits particuliers en cause au procès). Il est vrai que, d'après le critère élaboré par la Cour dans *Marquard* et *Rockey*, précités, ce qui doit être pris en considération selon l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, c'est la capacité générale du témoin et sa capacité de se rappeler, et non le souvenir particulier qu'il a des faits en question, dont l'appréciation relèvera du juge des faits. Néanmoins, le fait est que ni l'un ni l'autre de ces éléments n'a été abordé adéquatement lors du voir-dire, faute du ministère public d'appeler la plaignante qui était disponible. Le ministère public prétend qu'il était loisible à l'intimé de faire témoigner la plaignante, mais c'est bien sûr au ministère public et non à l'intimé qu'incombait la charge d'établir les conditions préalables à l'admission des déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

Dans la même veine, le ministère public prétend que les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve ont confondu la « capacité de parler » (*Rockey*, précité, par. 25) avec « la capacité de communiquer une description des faits ». Cependant, ni l'une ni l'autre de ces capacités n'ont été examinées auprès de la plaignante.

84

85



86

Fifthly, the Crown suggested in passing in oral argument that the trial judge was entitled to rely on the video made of the complainant's evidence shortly after the events in question as evidence of her testimonial incapacity. It is contradictory to tender the video to establish simultaneously the truth of the complainant's out-of-court declarations and her lack of testimonial competence to make such declarations in the first place. The video itself can afford no evidence of any subsequent deterioration in her recollection of the events or her ability to communicate them.

#### 4. Application of the Curative Provision

87

The application of the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* was a matter of considerable argument before the Newfoundland Court of Appeal. The Crown took the position in this Court that the complainant's evidence was not necessary to establish that she had suffered bruising and other injuries during the period of her abduction by the respondent. When she left Waterford Hospital there were no bruises. When she was found seven hours later in the respondent's car she was severely bruised. The respondent offered the explanation that she had fallen while going to the bathroom in the bushes, but the expert evidence was that the injuries were not consistent with this explanation. Nevertheless the Crown appeal comes to us as of right based on the dissent of Wells C.J.N., and the Crown is limited to the grounds of the dissent. Wells C.J.N. was of the view that while there was evidence from which the trial court *could* have convicted for assault, he could not say that there was no reasonable possibility of a contrary conclusion, and he therefore agreed with his colleagues that s. 686(1)(b)(iii) did not apply to save the conviction. He says at p. 148:

However, the majority having agreed that the out of court statements ought not to have been admitted, I

En cinquième lieu, le ministère public a prétendu incidemment dans sa plaidoirie que le juge du procès avait le droit de se fonder sur l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration faite par la plaignante peu de temps après l'épisode en cause à titre de preuve de son inhabilité à témoigner. Il est contradictoire de soumettre l'enregistrement sur bande vidéo pour établir à la fois la véracité des déclarations extrajudiciaires de la plaignante et son inhabilité à témoigner pour faire ces déclarations au départ. L'enregistrement sur bande vidéo lui-même n'apporte aucun élément de preuve de quelque détérioration subséquente de son souvenir des faits ou de sa capacité de les communiquer.

#### 4. Application de la disposition réparatrice

L'application de la disposition réparatrice visée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* a donné lieu à un débat considérable devant la Cour d'appel de Terre-Neuve. Le ministère public a fait valoir devant notre Cour que le témoignage de la plaignante n'était pas nécessaire pour établir qu'elle avait subi des contusions et d'autres blessures pendant la période de son enlèvement par l'intimé. Lorsqu'elle a quitté l'hôpital Waterford, elle n'avait pas de contusion. Quand on l'a retrouvée, sept heures plus tard, dans la voiture de l'intimé, elle était gravement meurtrie. L'intimé a prétendu en guise d'explication qu'elle était tombée en allant satisfaire ses besoins naturels dans les buissons, mais selon la preuve d'expert, les blessures ne correspondaient pas à cette explication. Il s'agit toutefois d'un pourvoi de droit fondé sur les motifs de dissidence du juge en chef Wells, et le ministère public doit se limiter aux points de dissidence. Le juge en chef Wells estimait que, même s'il y avait des éléments de preuve à partir desquels le juge du procès *pouvait* déclarer l'accusé coupable de voies de fait, il ne pouvait dire qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable de parvenir à une conclusion contraire; il a donc convenu avec ses collègues que le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'appliquait pas pour justifier la déclaration de culpabilité. Il dit ce qui suit, à la p. 148 :

[TRADUCTION] Toutefois, comme la majorité a convenu qu'il n'y avait pas lieu d'admettre les déclarations extra-

would agree that [the] application of s. 686(1)(b)(iii) should result in the appeal with respect to the assault charge being allowed but the appeal with respect to kidnapping charge being dismissed.

There being no dissent on this ground, we are without jurisdiction to entertain that aspect of the Crown's appeal.

#### V. Disposition

For these reasons the judgment of the Newfoundland Court of Appeal should be affirmed and the Crown's appeal dismissed.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.*

*Solicitor for the respondent: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.*

judiciaires, je conviendrais que l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) devrait permettre d'accueillir l'appel à l'égard du chef des voies de fait, mais non l'appel à l'égard du chef d'enlèvement, qui est rejeté.

Comme il n'y a pas de motifs de dissidence sur ce point, notre Cour n'a pas compétence pour se pencher sur cet aspect du pourvoi du ministère public.

#### V. Dispositif

Pour ces motifs, le jugement de la Cour d'appel de Terre-Neuve devrait être confirmé et le pourvoi du ministère public rejeté.

*Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Le ministère de la Justice, St. John's.*

*Procureur de l'intimé : La Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.*

88

89