

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.A.I. *Respondent*

and

Women’s Legal Education and Action Fund, DisAbled Women’s Network Canada, Criminal Lawyers’ Association (Ontario) and Council of Canadians with Disabilities *Interveners*

INDEXED AS: R. v. D.A.I.

2012 SCC 5

File No.: 33657.

2011: May 17; 2012: February 10.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Testimonial competence — Adults with mental disabilities — Whether adult witnesses with mental disabilities must demonstrate understanding of nature of obligation to tell truth in order to be deemed competent to testify — Whether finding of testimonial competence without demonstration of understanding of obligation to tell truth breaches accused’s right to fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

The Crown alleges that the complainant, a 26-year-old woman with the mental age of a three- to six-year-old, was repeatedly sexually assaulted by her mother’s partner during the four years that he lived in the home. It sought to call the complainant to testify about the alleged assaults. After a *voir dire* to determine the complainant’s capacity to testify, the trial judge found that she had failed to show that she understood the duty to speak the truth. In a separate *voir dire*, the trial judge also excluded out-of-court statements made by the complainant to the police and her teacher on the grounds that the statements were unreliable and would

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.A.I. *Intimé*

et

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Réseau d’action des femmes handicapées du Canada, Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et Conseil des Canadiens avec déficiences *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. D.A.I.

2012 CSC 5

N° du greffe : 33657.

2011 : 17 mai; 2012 : 10 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Preuve — Habilité à témoigner — Adultes ayant une déficience intellectuelle — Les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent-ils démontrer qu’ils comprennent la nature de l’obligation de dire la vérité pour être réputés habiles à témoigner? — La conclusion que le témoin est habile à témoigner sans qu’il ne soit démontré qu’il comprend l’obligation de dire la vérité porte-t-elle atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

Le ministère public prétend que la plaignante, une femme âgée de 26 ans ayant l’âge mental d’un enfant de trois à six ans, a été agressée sexuellement de façon répétée par le conjoint de sa mère au cours des quatre années où il a vécu avec elles. La poursuite a tenté de faire témoigner la plaignante à propos des agressions alléguées. À l’issue d’un *voir-dire* afin de déterminer si la plaignante était habile à témoigner, le juge du procès a conclu qu’elle n’avait pas démontré qu’elle comprenait l’obligation de dire la vérité. À l’issue d’un autre *voir-dire*, le juge du procès a également exclu les déclarations extrajudiciaires que la plaignante avait faites à

compromise the accused's right to a fair trial. While the remainder of the evidence raised some serious suspicions about the accused's conduct, the case collapsed and the accused was acquitted. The Ontario Court of Appeal affirmed this result.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The question in issue is whether the trial judge correctly interpreted the requirements of s. 16 of the *Canada Evidence Act* for the testimonial competence of persons of 14 years of age or older (adults) with mental disabilities. Section 16(3) imposes two requirements for the testimonial competence of an adult with mental disabilities: (1) the ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. It is unnecessary and indeed undesirable to conduct abstract inquiries into whether the witness understands the difference between truth and falsity, the obligation to give true evidence in court, and what makes a promise binding. The plain words of s. 16(3) focus on the concrete acts of communicating and promising. Judges should not add other elements to the dual requirements imposed by s. 16(3). This approach does not transform the promise into an empty gesture. Adults with mental disabilities may have a practical understanding of the difference between the truth and a lie and know they should tell the truth without being able to explain what telling the truth means in abstract terms. When such a witness promises to tell the truth, the seriousness of the occasion and the need to say what really happened is reinforced.

Insofar as the authorities suggest that s. 16(3) requires an abstract understanding of the obligation to tell the truth, they should be rejected. That requirement was based on a version of s. 16 that explicitly required that the witness "understands the duty of speaking the truth". Although Parliament deleted that requirement in 1987, courts continued to require proof that child witnesses understood the duty to tell the truth. Parliament responded by enacting s. 16.1(7), which expressly forbade such inquiries of child witnesses. However, the existence of the s. 16.1(7) ban does not require us to infer that mentally disabled adults are to be questioned on the obligation to tell the truth. First, because s. 16(3)

la police et à son enseignante au motif que ces déclarations n'étaient pas dignes de foi et que leur admission en preuve compromettrait le droit de l'accusé à un procès équitable. Les autres éléments de preuve soulevaient de graves soupçons quant à la conduite de l'accusé, mais la preuve de la poursuite s'est effondrée et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce résultat.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l'acquiescement est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La question en litige est de savoir si le juge du procès a correctement interprété les prescriptions de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'habilité à témoigner des personnes âgées de 14 ans ou plus (adultes) ayant une déficience intellectuelle. Le paragraphe 16(3) impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner d'un adulte ayant une déficience intellectuelle : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et (2) une promesse de dire la vérité. Il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite à la personne afin de voir si elle comprend la différence entre la vérité et la fausseté, l'obligation de dire la vérité devant le tribunal, et ce qui rend une promesse obligatoire. Le libellé explicite du par. 16(3) met l'accent sur les actes concrets que sont la communication et la promesse. Les juges ne devraient pas ajouter d'autres éléments aux deux conditions qu'impose le par. 16(3). Une telle approche ne vide pas de son sens la promesse de dire la vérité. Des adultes ayant une déficience intellectuelle peuvent concrètement faire la différence entre la vérité et le mensonge et savoir qu'ils doivent dire la vérité sans être capables d'expliquer en termes abstraits ce que signifie dire la vérité. Lorsqu'un tel témoin promet de dire la vérité, cela confirme le caractère sérieux de la situation et la nécessité de dire ce qui s'est vraiment produit.

Dans la mesure où les autorités prétendent que le par. 16(3) exige une compréhension, dans l'abstrait, de l'obligation de dire la vérité, elles doivent être rejetées. Cette exigence découlait d'une version de l'art. 16 qui prévoyait explicitement que le témoin « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». Bien que le législateur ait éliminé cette exigence en 1987, les tribunaux ont maintenu l'exigence d'établir que les enfants qui témoignent comprennent l'obligation de dire la vérité. En réponse, le législateur a adopté le par. 16.1(7), qui interdit explicitement de tels interrogatoires lorsque des enfants sont en cause. Toutefois, l'interdiction prévue au par. 16.1(7) ne nous oblige pas à déduire que les adultes ayant une

only required a promise to tell the truth, Parliament had no need to ban such questioning of adult witnesses with mental disabilities. Second, s. 16(3) required only a promise to tell the truth, so there was no need for Parliament to enact a similar provision with respect to s. 16(3). Third, the enactment of s. 16.1(7) did not imply that the earlier judicial interpretation of s. 16(3) as it applied to children had been endorsed for adult witnesses. No inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the mere adoption of s. 16.1(7) with respect to children, and the re-enactment of s. 16(3) does not imply that Parliament accepted the judicial interpretation that prevailed at the time of the re-enactment. Fourth, the fact that s. 16 does not have a provision equivalent to s. 16.1(7) does not mean that adult witnesses with mental disabilities must demonstrate an understanding of the nature of the duty to speak the truth — s. 16(3) sets two requirements for the competence of adults with mental disabilities, and nothing further need be imported. Fifth, there is no need to prove that, unless it can be shown that adult witnesses with mental disabilities are the same as, or like, child witnesses, they must be subjected to an inquiry into their understanding of the nature of the obligation to tell the truth before they can be held competent to testify.

The underlying policy concerns — bringing the abusers to justice, ensuring fair trials and preventing wrongful convictions — also support allowing adults with mental disabilities to testify. With respect to the first concern, rejecting the evidence of alleged victims on the ground that they cannot explain the nature of the obligation to tell the truth in philosophical terms would exclude reliable and relevant evidence, immunize an entire category of offenders from criminal responsibility for their acts, and further marginalize the already vulnerable victims of sexual predators. With respect to the second, allowing an adult witness with mental disabilities to testify when the witness can communicate the evidence and promises to tell the truth does not render a trial unfair. Generally, the reliability threshold is met by establishing that the witness has the capacity to understand and answer the questions put to her and by bringing home the need to tell the truth by securing an oath, affirmation or promise. There is no guarantee that any witness will tell the truth — the trial process seeks a basic indication of reliability. That, along with the rules governing admissibility and weight of the

déficience intellectuelle doivent être interrogés sur l'obligation de dire la vérité. Premièrement, parce que le par. 16(3) exigeait simplement une promesse de dire la vérité, il n'était pas nécessaire que le législateur interdise de tels interrogatoires dans le cas d'adultes ayant une déficience intellectuelle. Deuxièmement, étant donné que le par. 16(3) exigeait simplement une promesse de dire la vérité, il n'était pas nécessaire que le législateur adopte une disposition similaire en ce qui concerne le par. 16(3). Troisièmement, l'adoption du par. 16.1(7) ne permettait pas d'inférer que l'interprétation judiciaire du par. 16(3) relativement aux enfants s'appliquait aux adultes. Aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de la simple adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants, et la nouvelle édicition du par. 16(3) ne permet pas d'inférer que le législateur a adopté l'interprétation judiciaire de la disposition qui prévalait à l'époque de la nouvelle édicition. Quatrièmement, l'absence, à l'art. 16, d'une disposition équivalente au par. 16.1(7) ne signifie pas que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité afin de pouvoir témoigner — le par. 16(3) énonce deux conditions relatives à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, et il n'y a rien d'autre à y incorporer. Cinquièmement, il n'est pas nécessaire d'établir, sauf s'il peut être démontré qu'ils sont comme les enfants, ou leur ressemblent, que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent subir un interrogatoire pour que l'on vérifie, avant de déterminer s'ils sont habiles à témoigner, qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité.

Les considérations de politique générale qui sous-tendent la question, à savoir traduire en justice les agresseurs et garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé ainsi que prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées, militent également en faveur de permettre aux adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner. En ce qui concerne la première considération, rejeter le témoignage de victimes alléguées au motif qu'elles ne peuvent pas expliquer en termes philosophiques la nature de l'obligation de dire la vérité équivaldrait à écarter des témoignages fiables et pertinents, à dégager une catégorie entière de contrevenants de toute responsabilité criminelle relativement à leurs actes, et à marginaliser davantage les victimes déjà vulnérables des prédateurs sexuels. Pour ce qui est de la deuxième considération, permettre à l'adulte ayant une déficience intellectuelle de témoigner dans le cas où il est capable de communiquer les faits dans son témoignage et de promettre de dire la vérité ne rend pas le procès inéquitable. En règle générale, le seuil de fiabilité est satisfait s'il est établi que le témoin a la faculté de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y

evidence work to ensure that a verdict of guilty is based on accurate and credible evidence and that the accused has a fair trial.

When applying s. 16(3) in the context of the *Canada Evidence Act*, eight considerations are appropriate. First, the *voir dire* on the competence of a proposed witness is an independent inquiry: it may not be combined with a *voir dire* on other issues. Second, the *voir dire* should be brief, but not hasty. It is preferable to hear all available relevant evidence that can be reasonably considered before preventing a witness to testify. Third, the primary source of evidence for a witness's competence is the witness herself. Her examination should be permitted. Questioning an adult with mental disabilities requires consideration and accommodation for her particular needs; questions should be phrased patiently in a clear, simple manner. Fourth, persons familiar with the proposed witness in her everyday situation understand her best. They may be called as fact witnesses to provide evidence on her development. Fifth, expert evidence may be adduced if it meets the criteria for admissibility, but preference should always be given to expert witnesses who have had personal and regular contact with the proposed witness. Sixth, the trial judge must make two inquiries during the *voir dire* on competence: (a) does the proposed witness understand the nature of an oath or affirmation, and (b) can she communicate the evidence? Seventh, the second inquiry into the witness's ability to communicate the evidence requires the trial judge to explore in a general way whether she can relate concrete events by understanding and responding to questions. It may be useful to ask if she can differentiate between true and false everyday factual statements. Finally, the witness testifies under oath or affirmation if she passes both parts of the test, and on promising to tell the truth if she passes the second part only.

répondre, et si le témoin comprend qu'après avoir prêté serment ou fait une promesse ou une affirmation solennelle, il doit dire la vérité. Rien ne garantit qu'un témoin dira la vérité — on recherche simplement dans le cadre du procès un indice élémentaire de fiabilité. Cela, combiné aux règles régissant l'admissibilité et le poids de la preuve, permet de garantir qu'un verdict de culpabilité soit étayé par des éléments de preuve exacts et crédibles et que le procès de l'accusé soit équitable.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer le par. 16(3) dans le contexte de la *Loi sur la preuve au Canada*, il faut tenir compte de huit considérations. Premièrement, le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner d'un témoin éventuel constitue une enquête indépendante : il ne peut être combiné à un voir-dire relatif à d'autres questions. Deuxièmement, le voir-dire devrait être bref, mais non précipité. Il est préférable d'entendre toute la preuve pertinente disponible pouvant raisonnablement être prise en considération avant d'empêcher une personne de témoigner. Troisièmement, la source principale de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est habile à témoigner est la personne elle-même. Son interrogatoire devrait être autorisé. Pour interroger un adulte ayant une déficience intellectuelle, il faut tenir compte de ses besoins particuliers et prendre les mesures d'adaptation qui s'imposent; les questions devraient être formulées patiemment, de façon claire et simple. Quatrièmement, les personnes de l'entourage qui connaissent personnellement le témoin éventuel sont les mieux placées pour comprendre son état quotidien. Elles peuvent être appelées, à titre de témoins des faits, à témoigner sur son développement. Cinquièmement, une preuve d'expert peut être produite si elle satisfait aux critères d'admissibilité; on préfère cependant toujours le témoignage d'experts ayant eu un contact personnel et régulier avec le témoin éventuel. Sixièmement, le juge du procès doit répondre à deux questions durant le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner : a) le témoin éventuel comprend-il la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, et b) est-il capable de communiquer les faits dans son témoignage? Septièmement, pour répondre à la deuxième question relative à la capacité de la personne de communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès doit vérifier de façon générale si la personne est capable de relater des faits concrets en comprenant les questions qui lui sont posées et en y répondant. Il peut être utile de se demander si la personne est en mesure de différencier entre de vraies et de fausses affirmations factuelles de tous les jours. Finalement, la personne peut témoigner sous serment ou affirmation solennelle si elle satisfait aux deux volets du critère, ou, si elle satisfait uniquement au deuxième volet, en promettant de dire la vérité.

In the instant case, the trial judge erred in failing to consider the second part of the test under s. 16. This error of law led him to rule the complainant incompetent. This error cannot be rectified by comments made by the trial judge at other points in the trial or by the doctrine of deference.

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The majority judgment unacceptably dilutes the protection Parliament intended to provide to accused persons by turning Parliament's direction permitting a person "whose mental capacity is challenged" to testify only "on promising to tell the truth" into an empty formality — a mere mouthing of the words "I promise" without any inquiry as to whether the promise has any significance to the potential witness

Section 16 mandates a single inquiry which presents the trial judge dealing with a witness whose mental capacity is challenged with three options. Section 16(2) provides that, if the challenged witness is able to communicate the evidence and understands the nature of an oath or a solemn declaration in terms of ordinary, everyday social conduct, he or she shall testify under oath or solemn affirmation. If the challenged witness is able to communicate the evidence but does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation, s. 16(3) provides that he or she may provide unsworn testimony on promising to tell the truth. If the challenged witness does not satisfy either criterion, s. 16(4) provides that the individual with a mental disability shall not testify.

There is agreement with the majority that promising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose. It cannot be correct, however, that it is out of bounds for a trial judge to try to determine — in concrete everyday terms — whether there is in reality such a prophylactic effect in the case of a particular witness whose mental capacity has been challenged. If such a witness is so disabled as not to understand the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct, there is no prophylactic effect, and the fair trial interests of the accused under s. 16, as enacted in 1987, are unfairly prejudiced.

In 2005, when Parliament amended the *Canada Evidence Act* to prohibit asking child witnesses "any questions regarding their understanding of the nature

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas le deuxième volet du critère établi à l'art. 16. Cette erreur de droit l'a amené à conclure que la plaignante n'était pas habile à témoigner. Des commentaires formulés par le juge du procès à d'autres étapes de l'instruction ou le principe de la déférence judiciaire ne peuvent corriger cette erreur.

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Les juges majoritaires diluent de façon inacceptable la protection que le législateur voulait accorder aux accusés en transformant la directive du législateur, qui permet à une personne « dont la capacité mentale est mise en question » de témoigner « en promettant de dire la vérité », en une formalité vide de sens — le témoin éventuel ne fait que prononcer les mots « je promets » sans que l'on vérifie s'il accorde de l'importance à sa promesse.

L'article 16 ne requiert qu'une seule enquête qui présente au juge du procès trois possibilités à l'égard d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Selon le par. 16(2), si cette personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage et comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne, elle témoignera sous serment ou affirmation solennelle. Si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage mais ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, le par. 16(3) prévoit qu'elle peut témoigner sans prêter serment en promettant de dire la vérité. Si la personne dont la capacité mentale est mise en question ne satisfait à ni l'une ni l'autre de ces exigences, le par. 16(4) prévoit qu'elle ne peut témoigner.

Il y a accord avec les juges de la majorité pour dire que la promesse est un acte visant à renforcer, dans l'esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique. On ne saurait toutefois affirmer qu'un juge du procès ne peut pas tenter de déterminer — en termes concrets de la vie quotidienne — si un tel effet prophylactique existe effectivement dans le cas d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Si cette personne est à ce point déficiente qu'elle ne comprend pas le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte, il n'y a aucun effet prophylactique et le droit de l'accusé à un procès équitable aux termes de l'art. 16 adopté en 1987 subit une atteinte injustifiée.

En 2005, lorsque le législateur a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* pour interdire que l'on ne pose aux enfants appelés à témoigner « [a]ucune question sur

of the promise to tell the truth” (s. 16.1(7)), the empirical evidence before Parliament related exclusively to children. No such empirical studies were carried out with respect to adults with mental disabilities. In their case, no “don’t ask” provision was proposed, let alone adopted.

There is agreement with the majority that the words “on promising to tell the truth” in s. 16(3) must bear the same meaning as “to promise to tell the truth” in s. 16.1(6). That being the case, the majority must read the s. 16.1(7) “don’t ask” rule applicable only to children into s. 16(3) applicable only to mentally challenged adults in order to read down the words “promising to tell the truth” in s. 16(3), and thus treat adults with mental disabilities as equivalent for the purposes of s. 16 to children without mental disabilities. The fact that psychiatrists speak of persons with mental disabilities in terms of mental ages does not mean that an adult with mental age of six is on the same footing as a six-year-old child with no mental disability whatsoever — a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old does not suffer from a mental disability. No evidence was led to suggest equivalence and judicial notice cannot be taken of alleged “facts” that are neither notorious nor easily verifiable from undisputed sources.

On a competency *voir dire* where the mental capacity of an adult is challenged, and the adult is herself called as a proposed witness, the court may admit evidence from fact witnesses personally familiar with the complainant’s verbal and cognitive abilities and limitations to help the court gain a better understanding of the person’s capacity. These witnesses would not be in a position to express an expert opinion, but could testify about their direct personal observations of the proposed witness. Such evidence might, if the trial judge considered it helpful, better enable the judge or jury to appreciate her responses (or non-responses) in the witness box. However, ultimately, the judge must reach his or her own considered opinion about the mental capacity of the proposed witness prior to admitting the testimony.

In this case, the trial judge had serious concerns about the complainant’s ability to communicate the evidence. The complainant’s answers to a series of simple

la compréhension de la nature de la promesse » (par. 16.1(7)), la preuve empirique soumise au législateur se rapportait exclusivement aux enfants. Aucune étude empirique de ce genre n’a été effectuée relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Dans le cas de ces adultes, aucune règle interdisant de poser des questions n’a été proposée, et encore moins adoptée.

Il y a accord avec les juges de la majorité pour dire que les mots « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) doivent avoir le même sens que les mots « promettre [. . .] de dire la vérité » au par. 16.1(6). Cela étant, les juges majoritaires doivent incorporer, au par. 16(3) applicable uniquement aux adultes ayant une déficience intellectuelle, la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions, qui s’applique uniquement aux enfants, afin d’atténuer l’expression « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) et de traiter sur un pied d’égalité, pour le besoin de l’art. 16, les adultes ayant une déficience intellectuelle et les enfants n’ayant pas de déficience intellectuelle. Le fait pour les psychiatres de classer en fonction de l’âge mental les personnes ayant une déficience intellectuelle ne signifie pas qu’un adulte ayant l’âge mental d’un enfant de six ans soit sur un pied d’égalité avec un enfant âgé de six ans n’ayant aucune déficience intellectuelle — un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans n’a pas une déficience intellectuelle. Aucun élément de preuve laissant croire que cette équivalence existe n’a été soumis et nous ne pouvons pas prendre connaissance d’office de « faits » allégués qui ne sont ni notoires, ni facilement vérifiables en ayant recours aux sources incontestées.

Dans le cadre d’un *voir-dire* relatif à l’habilité à témoigner, où la capacité mentale d’une personne adulte est mise en question et cette personne est assignée à témoigner, le tribunal peut admettre les dépositions de témoins des faits qui connaissent bien les habilités du témoin éventuel à s’exprimer et à comprendre, ainsi que ses limites, et ce, afin d’aider le tribunal à mieux saisir les capacités de la personne. Ces témoins ne seraient pas en mesure d’exprimer une opinion d’expert, mais ils pourraient témoigner à propos de ce qu’ils ont eux-mêmes directement observé chez le témoin éventuel. La preuve pourrait, si le juge du procès l’estime utile, aider le juge ou le jury à apprécier les réponses (ou l’absence de réponse) que lui donne la personne qui témoigne. Cependant, c’est le juge qui, en fin de compte, doit former sa propre opinion éclairée au sujet de la capacité mentale du témoin éventuel.

En l’espèce, le juge du procès avait de sérieuses réserves quant à la capacité de la plaignante de communiquer les faits dans son témoignage. Les réponses de la

and concrete questions left him fully satisfied that she did not understand what a promise to tell the truth involves. Much turned on the significance of the complainant's repeated "I don't know" answers. Clearly, it was an important advantage for the trial judge to watch the questions and answers unfold and to assess whether the complainant was actually able to "compute" her responses to what she was being asked. There was no allegation of bad faith, but she may nevertheless have been mistaken in her perception or recollection of events and the crucible of cross-examination was useless because there was no secure method of testing her credibility. Her inability to deal with simple questions would mean her evidence would be effectively immune to challenge by the defence, thereby prejudicing the interest of society as well as the accused in a fair trial. Sitting on appeal from this determination, and not having had the advantage of observing and questioning the complainant, there is no valid basis for this Court to reverse the trial judge's assessment of her mental capacity.

The trial judge's conclusion that the complainant lacked the ability to perceive, recall and communicate events and to understand the difference between truth and falsehood set up, but did not predetermine, his conclusion that her testimony lacked sufficient reliability. It was neither surprising nor an error however that the trial judge's reasoning on the threshold reliability in his hearsay ruling was quite similar to his reasoning on the s. 16 *voir dire*, and given his advantage in seeing and hearing the complainant, his exclusion of her out-of-court statements should equally be upheld by this Court.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Disapproved: *R. v. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445; *R. v. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. v. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301; *R. v. S.M.S.* (1995), 160 N.B.R. (2d) 182; *R. v. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342; *R. v. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. v. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554; *R. v. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. v. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. v. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192; **distinguished:** *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110; *Attorney*

plaignante à une série de questions simples et concrètes ont entièrement convaincu le juge qu'elle ne comprenait pas ce que la promesse de dire la vérité signifie. L'instance reposait en grande partie sur l'importance des réponses de la plaignante lorsqu'elle répétait « je ne sais pas ». De toute évidence, il s'agissait d'un avantage important pour le juge du procès d'être témoin de l'enchaînement des questions et des réponses et de déterminer si la plaignante était réellement capable de « computer » les questions posées et d'y répondre. La bonne foi de la plaignante n'était aucunement en cause, mais elle aurait quand même pu se tromper pour ce qui est de percevoir ou de se rappeler les faits, et l'épreuve du contre-interrogatoire était inutile puisqu'il n'y avait aucun moyen sûr de vérifier sa crédibilité. Son incapacité de comprendre des questions simples et d'y répondre signifiait que son témoignage ne pourrait effectivement être attaqué par la défense, ce qui porterait atteinte à l'intérêt de la société et au droit de l'accusé à un procès équitable. Siégeant en appel de cette décision, et n'ayant pas eu l'avantage d'observer et d'interroger la plaignante, il n'y a aucune raison valable d'infirmer l'appréciation, par le juge, de sa capacité mentale.

Le fait que le juge du procès ait conclu que la plaignante n'avait pas la capacité de percevoir, de se souvenir et de raconter ce qui s'est passé et de comprendre la différence entre la vérité et la fausseté l'a amené, mais pas de façon automatique, à conclure que le témoignage de la plaignante n'était pas suffisamment fiable. Il n'était pas surprenant, et ce n'était pas une erreur, que le raisonnement du juge du procès sur la question du seuil de fiabilité dans sa décision relative au *voir-dire* ait été très semblable à son raisonnement sur le *voir-dire* prévu à l'art. 16. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre la plaignante, la Cour devrait aussi maintenir la décision du juge du procès d'exclure ses déclarations extrajudiciaires.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts critiqués : *R. c. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445; *R. c. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. c. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301; *R. c. S.M.S.* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 182; *R. c. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342; *R. c. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. c. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554; *R. c. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. c. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. c. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202;

General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée, [1985] 1 S.C.R. 831; *R. v. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Rockey, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, aff'g (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 18.
Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act, S.C. 2005, c. 32, ss. 26, 27.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 16 [rep. & sub. 1987, c. 24, s. 18; am. 2005, c. 32, s. 26], 16.1 [ad. 2005, c. 32, s. 27].
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 25.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 45.

Authors Cited

Bala, Nicholas, et al. "Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System", submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.
 Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003, at 17:20 (online: www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E).
 Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005, p. 7 (online: www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-E.PDF).
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 21, 24 and 33.

R. c. Bannerman (1966), 48 C.R. 110; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *R. c. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Rockey, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, conf. (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787.

Lois et règlements cités

Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31, art. 25.
Charte canadienne des droits et libertés.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 45.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, ch. 24, art. 18.
Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 2005, ch. 32, art. 26, 27.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16 [abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 18; mod. 2005, ch. 32, art. 26], 16.1 [aj. 2005, ch. 32, art. 27].

Doctrine et autres documents cités

Bala, Nicholas, et al. « Brief on Bill C-2 : Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System », submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 1, 2^e sess., 33^e lég., 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986, p. 26-27.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 3, 2^e sess., 33^e lég., 11 décembre 1986, p. 7.
 Canada. Chambre des communes. *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n° 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005, p. 7 (en ligne : www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-F.PDF).

- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986, pp. 26-27.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, p. 7.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005, p. 19.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005, pp. 105-6.
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, n° 77, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2003, 17:20 (en ligne : www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F).
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 17, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 juin 2005, p. 19.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 18, 1^{re} sess., 38^e lég., 7 juillet 2005, p. 105-106.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, MacPherson and Armstrong J.J.A.), 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96, 252 C.C.C. (3d) 178, 73 C.R. (6th) 50, [2010] O.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellOnt 880, affirming a decision of McKinnon J., 2008 CanLII 21725, [2008] O.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellOnt 2637. Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Jamie C. Klukach and John Semenoff, for the appellant.

Howard L. Krongold and Leonardo Russomanno, for the respondent.

Joanna L. Birenbaum, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada.

Joseph Di Luca and Erin Dann, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

David M. Wright and Helga D. Van Iderstine, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, MacPherson et Armstrong), 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96, 252 C.C.C. (3d) 178, 73 C.R. (6th) 50, [2010] O.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellOnt 880, qui a confirmé une décision du juge McKinnon, 2008 CanLII 21725, [2008] O.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellOnt 2637. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Jamie C. Klukach et John Semenoff, pour l'appelante.

Howard L. Krongold et Leonardo Russomanno, pour l'intimé.

Joanna L. Birenbaum, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

Joseph Di Luca et Erin Dann, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

David M. Wright et Helga D. Van Iderstine, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Sexual assault is an evil. Too frequently, its victims are the vulnerable in our society — children and the mentally handicapped. Yet rules of evidence and criminal procedure, based on the norm of the average witness, may make it difficult for these victims to testify in courts of law. The challenge for the law is to permit the truth to be told, while protecting the right of the accused to a fair trial and guarding against wrongful conviction.

[2] Parliament has addressed this challenge by a series of amendments to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, that modify the normal rules of testimonial capacity for children and adults with mental disabilities. This Court has considered the provisions relating to children on a number of occasions. This appeal involves the provisions relating to adults with mental disabilities.

[3] At the heart of this case is a young woman, K.B., aged 26, with the mental age of a three- to six-year-old. The Crown alleges that she was repeatedly sexually assaulted by her mother's partner at the time, D.A.I. The prosecution sought to call the young woman to testify about the alleged assaults. It also sought to adduce evidence through her school teacher and a police officer of what she told them.

[4] The trial judge excluded this evidence, on the ground that K.B. was not competent to testify in a court of law (A.R., vol. I, at p. 2). As a result, the case collapsed and D.A.I. was acquitted (2008 CanLII 21725 (Ont. S.C.J.)). The Ontario Court of Appeal affirmed the acquittal (2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96).

[5] I respectfully disagree. In my view, the trial judge made a fundamental error of law in

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — L'agression sexuelle est un fléau. Trop souvent, ses victimes sont les personnes les plus vulnérables de notre société — les enfants et les personnes ayant une déficience intellectuelle. Or, les règles de preuve et la procédure en matière criminelle, qui sont fondées sur la norme du témoin moyen, peuvent compliquer la tâche de ces victimes qui sont appelées à témoigner dans des cours de justice. Le droit est confronté au défi de permettre que la vérité soit révélée tout en protégeant le droit de l'accusé à un procès équitable et en évitant toute possibilité de déclarations de culpabilité injustifiées.

[2] Le législateur a relevé ce défi en apportant, dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, une série de modifications aux règles relatives à l'habilité à témoigner afin d'accommoder les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle. La Cour a examiné à plusieurs reprises les dispositions ayant trait aux enfants. Dans ce pourvoi, elle examine les dispositions relatives aux adultes ayant une déficience intellectuelle.

[3] La présente affaire met en cause une jeune femme, K.B., âgée de 26 ans, qui a l'âge mental d'un enfant de trois à six ans. Le ministère public prétend qu'elle a été agressée sexuellement de façon répétée par le conjoint de sa mère à l'époque, D.A.I. La poursuite a tenté de faire témoigner la jeune femme à propos des agressions alléguées. Elle a également tenté de présenter en preuve les révélations faites par K.B. à son institutrice et à un policier.

[4] Le juge du procès a exclu ces éléments de preuve au motif que K.B. n'était pas habile à témoigner dans une cour de justice (d.a., vol. I, p. 2). Par conséquent, la preuve de la poursuite s'est effondrée et D.A.I. a été acquitté (2008 CanLII 21725 (C.S.J. Ont.)). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé l'acquittement (2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96).

[5] En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne souscris pas à cette décision. Selon moi, le juge

interpreting and applying the provisions of the *Canada Evidence Act* governing the testimonial competence of adult witnesses with mental disabilities. This error of law vitiates the trial judge's ruling that K.B. could not be allowed to testify. Subsequent evidence on other matters cannot overcome this fatal defect. I would therefore set aside the acquittal of D.A.I. and order a new trial.

I. Factual Background

[6] The complainant, K.B., was 22 at trial and 19 at the time of the alleged assault, but possessed the mental age of a three- to six-year-old. She lived with her mother and her mother's partner, D.A.I., as well as her sister. During the four years he was in the home, D.A.I. developed a close relationship with K.B.

[7] Sometime after D.A.I. separated from K.B.'s mother and left the home, K.B. told her special education teacher about a "game" that she and D.A.I. used to play together which involved D.A.I. touching her. She later repeated this statement to the police. K.B., through bodily gestures, described the game as involving touching her breasts and vagina. In her statement to the police, she indicated that D.A.I. had touched her vagina, buttocks and breasts beneath her pajamas, and that this had happened many times.

[8] At the preliminary inquiry, K.B. was ruled competent to testify on the basis that she was able to communicate the evidence. Her videotaped statement to the police was admitted as her examination-in-chief and she was cross-examined.

[9] The issue of K.B.'s testimonial capacity was raised at trial, and the trial judge held a *voir dire* to determine whether she could be allowed to testify. K.B. and Dr. K., the defence's expert witness, were the only ones to testify during the *voir dire* on competence. The Crown's examination of K.B.

du procès a commis une erreur de droit fondamentale dans l'interprétation et l'application des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* régissant l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle. Cette erreur de droit vicie la décision du juge du procès de ne pas permettre à K.B. de témoigner. Une preuve produite ultérieurement relativement à d'autres questions ne peut remédier à ce vice fatal. Je suis donc d'avis d'annuler l'acquittement de D.A.I. et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

I. Le contexte factuel

[6] La plaignante, K.B., était âgée de 22 ans au moment du procès et de 19 ans au moment où elle aurait été agressée, mais elle avait l'âge mental d'un enfant de trois à six ans. Elle vivait avec sa mère et le conjoint de cette dernière, D.A.I., ainsi qu'avec sa sœur. Au cours des quatre années où il a vécu à la maison, D.A.I. a établi une relation étroite avec K.B.

[7] Quelque temps après que D.A.I. se soit séparé de la mère de K.B. et ait quitté la maison, K.B. a parlé à son enseignante spécialisée d'un « jeu » auquel elle se livrait avec D.A.I. et dans lequel ce dernier la touchait. Plus tard, elle a fait à la police une déclaration qui allait dans le même sens. K.B. a décrit par des gestes le jeu dans lequel l'intimé touchait ses seins et son vagin. Dans sa déclaration à la police, elle a mentionné que D.A.I. avait touché son vagin, ses fesses et ses seins sous son pyjama, et que cela s'était produit à plusieurs reprises.

[8] À l'enquête préliminaire, K.B. a été jugée habile à témoigner parce qu'elle était capable de communiquer les faits dans son témoignage. La déclaration enregistrée sur bande vidéo qu'elle a faite à la police a été admise à titre d'interrogatoire principal et elle a été contre-interrogée.

[9] La question de la capacité à témoigner de K.B. ayant été soulevée, le juge du procès a tenu un *voir-dire* afin de déterminer si K.B. pouvait être autorisée à témoigner. K.B. et le D^r K., le témoin expert de la défense, ont été les seules personnes à témoigner durant le *voir-dire* sur la question de l'habilité

demonstrated that she understood the difference between telling the truth and lying in concrete situations. However, the trial judge went beyond this to question K.B. on her understanding of the nature of truth and falsity, of moral and religious duties, and of the legal consequences of lying in court. K.B. was unable to respond adequately to these more abstract questions, to which she frequently answered “I don’t know” (A.R., vol. I, at pp. 117-19). Dr. K., a psychiatrist, testified for the defence. Dr. K’s opinion was formed without personal contact with K.B. It was based on school and medical records, as well as on K.B.’s behaviour in her videotaped statement and during the *voir dire*. Dr. K. expressed the view that K.B. had “serious difficulty in differentiating the concept of truth and lie”, noted her low tolerance for frustration, and said, “I don’t think she ha[d] the ability to think what you’re asking and come up with an answer” (*ibid.*, at pp. 159 and 161).

[10] At the end of the *voir dire* on competence, the trial judge refused to hear from K.B.’s teacher of six years, Ms. W., and ruled that K.B. was incompetent to testify. K.B. was held incompetent because she had “not satisfied the prerequisite that she understands the duty to speak to the truth”, which the trial judge took to be required by s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*: “She cannot communicate what truth involves or what a lie involves, or what consequences result from truth or lies” (*ibid.*, at p. 3).

[11] A second *voir dire* was held to decide on the Crown’s application for admitting K.B.’s out-of-court statements to the police and to her teacher, Ms. W. The teacher testified that K.B. would not intentionally lie, but that her ability to understand was more developed than her ability to express herself: “This causes a lot of frustration for [K.B.], she frequently responds to questions by saying ‘I don’t know’” (*ibid.*, at p. 176; see also pp. 184-85).

à témoigner. L’interrogatoire de K.B. par le ministère public a démontré qu’elle comprenait la différence entre la vérité et le mensonge dans des situations concrètes. Cependant, le juge du procès est allé plus loin en interrogeant K.B. afin d’établir si elle comprenait la nature de la vérité et du mensonge, des obligations morales et religieuses, et des conséquences juridiques liées au fait de mentir au tribunal. K.B. n’a pas pu répondre adéquatement à ces questions plus abstraites, répétant à plusieurs reprises : [TRADUCTION] « Je ne sais pas » (d.a., vol. I, p. 117-119). Le D^f K., un psychiatre, a témoigné pour la défense. Son opinion était formée sans qu’il ait eu de contact personnel avec K.B. mais en se fondant sur des dossiers scolaires et médicaux de K.B. ainsi que sur le comportement de cette dernière sur la bande vidéo de sa déclaration et durant le *voir-dire*. De l’avis du D^f K., K.B. avait [TRADUCTION] « beaucoup de mal à différencier le concept de la vérité et celui du mensonge »; il a mentionné qu’elle avait une faible tolérance à la frustration et il a dit ce qui suit : « Je ne crois pas qu’elle a la capacité de penser à ce que vous demandez et de donner une réponse » (*ibid.*, p. 159 et 161).

[10] À l’issue du *voir-dire* relatif à l’habilité à témoigner, le juge du procès a refusé d’entendre le témoignage de la personne qui enseignait à K.B. depuis six ans, M^{me} W. Il a conclu que K.B. n’était pas habile à témoigner parce qu’elle n’avait [TRADUCTION] « pas satisfait à la condition préalable voulant qu’elle comprenne l’obligation de dire la vérité », ce qui, selon lui, est une condition exigée par le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* : « Elle est incapable de dire ce que comportent la vérité et le mensonge, ou de dire ce que sont les conséquences découlant de la vérité ou de mensonges » (*ibid.*, p. 3).

[11] Le juge du procès a tenu un deuxième *voir-dire* pour statuer sur la demande présentée par le ministère public en vue de faire admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires faites par K.B. à la police et à son enseignante, M^{me} W. L’enseignante a indiqué dans son témoignage que K.B. ne mentirait pas intentionnellement, mais que sa capacité à comprendre était plus développée que sa capacité à s’exprimer : [TRADUCTION] « Cela lui [K.B.]

Also, evidence was led corroborating K.B.'s allegations. A family friend testified that, while he was in D.A.I.'s room for another purpose, he found a Polaroid photo of K.B. with her breasts exposed and another photo of two unidentified people having sex. D.A.I.'s explanation of the first photo was that K.B. had flashed him while he was taking a photo of her. K.B.'s sister also testified that she had found such photos. However, she did not report it to her mother and the photos were not available at trial. K.B.'s sister also said she once saw D.A.I. touch K.B.'s breasts while she was lying on her bed.

[12] The *voir dire* on hearsay admissibility was concluded by the trial judge's dismissal of the Crown's application. The trial judge rejected K.B.'s out-of-court statements to Ms. W. and to the police, holding that K.B.'s hearsay evidence was inadmissible because it was "unreliable, and its admission would seriously compromise the accused's right to a fair trial" (2008 CanLII 21726 (Ont. S.C.J.), at para. 57).

[13] At trial, the judge concluded that while the remainder of the evidence raised "some serious suspicions" about D.A.I.'s conduct, it was too scant to support a conviction (para. 11). The case essentially collapsed because of the trial judge's ruling that K.B. was not competent to testify.

[14] The question we must decide is whether the trial judge correctly interpreted the requirements of the *Canada Evidence Act* for the testimonial competence of persons of 14 years of age or older (adults) with mental disabilities. If he applied too high a standard, his decision to preclude K.B. from testifying must be set aside and the case remitted for a new trial.

cause beaucoup de frustration, elle répond souvent aux questions en disant "je ne sais pas" » (*ibid.*, p. 176; voir aussi p. 184-185). Des éléments de preuve étayant les prétentions de K.B. ont également été soumis. Un ami de la famille a affirmé dans son témoignage qu'il avait trouvé dans la chambre de D.A.I. une photo au polaroid de K.B. la montrant les seins nus et une autre photo montrant deux inconnus ayant des rapports sexuels. D.A.I. a expliqué que la première photo avait été prise par accident — que K.B. avait soudainement montré ses seins pendant qu'il prenait une photo d'elle. La sœur de K.B. a également indiqué avoir trouvé des photos de ce genre. Toutefois, elle ne l'a pas dit à sa mère et les photos n'ont pas été produites au procès. La sœur de K.B. a également dit avoir déjà vu D.A.I. toucher les seins de K.B. pendant qu'elle était étendue sur son lit.

[12] À l'issue du voir-dire relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès a rejeté la demande du ministère public. Il a rejeté les déclarations extrajudiciaires faites par K.B. à M^{me} W. et à la police, affirmant que la preuve par ouï-dire de K.B. était inadmissible parce qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas digne de foi, et que son admission en preuve compromettrait sérieusement le droit de l'accusé à un procès équitable » (2008 CanLII 21726 (C.S.J. Ont.), par. 57).

[13] Le juge du procès a conclu que, bien que la preuve ait soulevé [TRADUCTION] « de graves soupçons » quant à la conduite de D.A.I., elle ne permettait pas d'étayer une déclaration de culpabilité (par. 11). La preuve de la poursuite s'est effondrée essentiellement en raison de la conclusion du juge du procès selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner.

[14] Nous devons décider si le juge du procès a correctement interprété les prescriptions de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'habilité à témoigner des personnes âgées de 14 ans ou plus (adultes) ayant une déficience intellectuelle. S'il a appliqué une norme trop élevée, sa décision d'empêcher K.B. de témoigner doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée pour un nouveau procès.

II. Legal Analysis

A. *Testimonial Competence: A Threshold Requirement*

[15] Before turning to s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, it is important to distinguish between three different concepts that are sometimes confused: (1) the witness's competence to testify; (2) the admissibility of his or her evidence; and (3) the weight of the witness's testimony. The evidentiary rules governing all three concepts share a common purpose: ensuring that convictions are based on solid evidence and that the accused has a fair trial. However, each concept plays a distinct role in achieving this goal.

[16] The first concept, and the one most relevant to this appeal, is the principle of competence to testify. Competence addresses the question of whether a proposed witness has the capacity to provide evidence in a court of law. The purpose of this principle is to exclude at the outset worthless testimony, on the ground that the witness lacks the basic capacity to communicate evidence to the court. Competence is a threshold requirement. As a matter of course, witnesses are presumed to possess the basic "capacity" to testify. However, in the case of children or adults with mental disabilities, the party challenging the competence of a witness may be called on to show that there is an issue as to the capacity of the proposed witness.

[17] The second concept is admissibility. The rules of admissibility determine what evidence given by a competent witness may be received into the record of the court. Evidence may be inadmissible for various reasons. Only evidence that is relevant to the case may be considered by the judge or jury. Evidence may also be inadmissible if it falls under an exclusionary rule, for example the confessions rule or the rule against hearsay evidence. Among the purposes of the rules of admissibility are improving the accuracy of fact finding, respecting policy considerations, and ensuring the fairness of the trial.

II. Analyse juridique

A. *L'habilité à témoigner : une condition préliminaire*

[15] Avant de passer à l'examen du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, il importe de faire une distinction entre trois notions différentes qui sont parfois confondues : (1) l'habilité du témoin à témoigner; (2) l'admissibilité de son témoignage; (3) la force probante de celui-ci. Les règles de preuve régissant ces trois notions poursuivent un même objectif : garantir que les déclarations de culpabilité soient fondées sur une preuve solide et que l'accusé ait un procès équitable. Toutefois, chaque notion joue un rôle distinct dans l'atteinte de cet objectif.

[16] La première notion — la plus pertinente dans ce pourvoi — est le principe de l'habilité à témoigner. L'habilité porte sur la question de savoir si un témoin éventuel a la capacité de faire une déposition dans une cour de justice. Ce principe a pour objet d'exclure d'entrée de jeu la déposition n'ayant aucune valeur au motif que le témoin n'est pas en mesure de communiquer les faits dans son témoignage à la cour. L'habilité est une condition préliminaire. Ordinairement, les témoins sont présumés « habiles » à témoigner. Toutefois, dans le cas d'enfants ou d'adultes ayant une déficience intellectuelle, la partie qui met en question la capacité d'un éventuel témoin de faire une déposition peut être appelée à démontrer qu'il existe des motifs de douter de cette capacité.

[17] La deuxième notion est l'admissibilité. Les règles d'admissibilité déterminent quels éléments de preuve donnés par un témoin habile peuvent être consignés au dossier de la cour. Un témoignage peut être inadmissible pour diverses raisons. Le juge ou le jury ne peuvent prendre en compte que les témoignages pertinents dans l'instance. Le témoignage peut également être inadmissible s'il est visé par une règle d'exclusion, par exemple la règle des confessions ou la règle interdisant le oui-dire. Les règles d'admissibilité visent notamment l'amélioration de l'exactitude des conclusions de fait, le respect des considérations de politique générale, et l'assurance que le procès est équitable.

[18] The third concept — the responsibility of the trier of fact to decide what evidence, if any, to accept — is based on the assumption that the witness is competent and the rules of admissibility have been properly applied. Fulfillment of these requirements does not establish that the evidence should be accepted. It is the task of the judge or jury to weigh the probative value of each witness's evidence on the basis of factors such as demeanour, internal consistency, and consistency with other evidence, and to thus determine whether the witness's evidence should be accepted in whole, in part, or not at all. Unless the trier of fact is satisfied that the prosecution has established all elements of the offence beyond a reasonable doubt, there can be no conviction.

[19] Together, the rules governing competence, admissibility and weight of the evidence work to ensure that a verdict of guilty is based on accurate and credible evidence and that the accused person has a fair trial. The point for our purposes is a simple one: the requirement of competence is only the first step in the evidentiary process. It is the initial threshold for receiving evidence. It seeks a minimal requirement — a basic ability to provide truthful evidence. A finding of competence is not a guarantee that the witness's evidence will be admissible or accepted by the trier of fact.

B. The Requirements for Competence of Adult Witnesses With Mental Disabilities: Section 16 of the Canada Evidence Act

[20] Against this background, I come to the provision at issue in this case, s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, which governs the capacity to testify of adults with mental disabilities. Section 16 provides:

16. (1) [Witness whose capacity is in question] If a proposed witness is a person of fourteen years of age

[18] La troisième notion — la responsabilité qui incombe au juge des faits de décider quels éléments de preuve, s'il en est, doivent être retenus — est fondée sur la prémisse que le témoin est habile à témoigner et que les règles d'admissibilité ont été correctement appliquées. Le respect de ces exigences n'établit pas que les éléments de preuve doivent être retenus. C'est au juge ou au jury qu'il revient d'apprécier la valeur probante de la déposition de chaque témoin au regard de facteurs comme le comportement, la cohérence et la compatibilité avec d'autres éléments de preuve et, donc, de déterminer si la déposition de la personne doit être retenue en entier, en partie ou pas du tout. Sauf si le juge des faits est convaincu que la poursuite a établi hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction, il ne peut y avoir aucune déclaration de culpabilité.

[19] Ensemble, les règles régissant l'habilité à témoigner, l'admissibilité et le poids de la preuve permettent de garantir qu'un verdict de culpabilité est étayé par des éléments de preuve exacts et crédibles et que le procès de l'accusé est équitable. L'aspect important pour les besoins de l'analyse est simple : la condition relative à l'habilité à témoigner n'est que la première étape du processus de présentation de la preuve. C'est la première condition qui doit être satisfaite pour qu'un témoignage soit recevable. Elle repose sur une exigence minimale — une aptitude élémentaire à fournir un témoignage sincère. La seule conclusion que la personne est habile à témoigner ne garantit pas que sa déposition sera admissible ou retenue par le juge des faits.

B. Les conditions relatives à l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle : l'art. 16 de la Loi sur la preuve au Canada

[20] Dans ce contexte, j'examine maintenant la disposition litigieuse en l'espèce, le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui régit l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle. L'article 16 prévoit ce qui suit :

16. (1) [Témoin dont la capacité mentale est mise en question] Avant de permettre le témoignage d'une

or older 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) [Testimony under oath or solemn affirmation] 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) [Testimony on promise to tell truth] 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) [Inability to testify] 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) [Burden as to capacity of witness] 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.

[21] Section 16(1) sets out what a judge must do when a challenge is raised. First, the judge must determine “whether the person understands the nature of an oath or a solemn declaration” and “whether the person is able to communicate the evidence” (s. 16(1)). If these requirements are met, the witness testifies under oath or affirmation, as other witnesses do (s. 16(2)). If these requirements are not met, the judge moves on to s. 16(3). Section 16(3) provides that “[a] person . . . who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may . . . testify on promising to tell the truth.”

personne âgée d’au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider 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) [Témoignage sous serment] 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) [Témoignage sur promesse de dire la vérité] 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) [Inaptitude à témoigner] 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) [Charge de la preuve] 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.

[21] Le paragraphe 16(1) énonce ce qu’un juge doit faire lorsque la capacité mentale d’un éventuel témoin est mise en question. Premièrement, le juge doit déterminer si la personne « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle » et si elle « est capable de communiquer les faits dans son témoignage » (par. 16(1)). Si ces conditions sont satisfaites, la personne témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle, tout comme les autres témoins (par. 16(2)). Si ces conditions ne sont pas remplies, le juge passe au par. 16(3), selon lequel une « personne [. . .] qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut [. . .] témoigner en promettant de dire la vérité ».

[22] In brief, s. 16(1) provides that an adult witness whose competence to testify is challenged should testify under oath or affirmation, if the witness “understands the nature of an oath or a solemn affirmation” and can “communicate the evidence”. Here K.B. did not meet the first requirement. The inquiry therefore moved to s. 16(3), which states that if an adult witness cannot take the oath or affirm under s. 16(1), then she must be permitted to testify *if she is “able to communicate the evidence” and promises to tell the truth.*

[23] On its face, s. 16 says that in a case such as this where the witness cannot take the oath or affirm, the judge has only one further issue to consider — whether the witness can communicate the evidence. If the answer to that question is yes, the judge must then ask the witness whether she promises to tell the truth. If she does, she is competent to testify. It is not necessary to inquire into whether the witness understands the duty to tell the truth.

[24] The respondent argues, however, that the plain words of s. 16(3) do not suffice. They must be supplemented, he says, by the requirement that an adult witness with mental disabilities who cannot take an oath or affirm must not only be able to communicate the evidence and promise to tell the truth, but must also *understand the nature of a promise to tell the truth.*

[25] I cannot accept this submission. The words of an Act are to be interpreted in their entire context: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The wording of s. 16(3), its history, its internal logic and its statutory context all point to the conclusion that s. 16(3) should be read as it stands, without reading in a further requirement that the witness demonstrate an understanding of the nature of the obligation to tell the truth. All that is required is that the witness be able to communicate the evidence and in fact promise to tell the truth.

[22] En bref, le par. 16(1) prévoit qu’une personne adulte dont l’habilité à témoigner est mise en question doit témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle, si elle « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle » et si elle est capable de « communiquer les faits dans son témoignage ». En l’espèce, K.B. n’a pu satisfaire à cette première condition. Le juge a donc poursuivi en examinant le par. 16(3), selon lequel une personne adulte qui ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle au sens du par. 16(1), mais *qui est « capable de communiquer les faits dans son témoignage »*, peut témoigner *en promettant de dire la vérité.*

[23] À première vue, l’art. 16 prévoit que, dans un cas tel celui qui nous occupe, où la personne ne peut prêter serment ni faire une affirmation solennelle, le juge n’a plus qu’une autre question à examiner — à savoir si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage. Si tel est le cas, le juge doit alors demander à la personne si elle promet de dire la vérité. Dans l’affirmative, elle est habile à témoigner. Il n’est pas nécessaire de vérifier si elle comprend l’obligation de dire la vérité.

[24] Toutefois, l’intimé prétend que le libellé explicite du par. 16(3) n’est pas suffisant. Il doit être complété, selon lui, par l’ajout de la condition suivant laquelle un adulte ayant une déficience intellectuelle qui ne peut prêter serment ni faire une affirmation solennelle doit non seulement être capable de communiquer les faits dans son témoignage et promettre de dire la vérité, mais doit également *comprendre la nature de la promesse de dire la vérité.*

[25] Je ne peux pas accepter cette prétention. Il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Le libellé du par. 16(3), son historique, sa logique interne et son contexte législatif nous amènent à conclure que le par. 16(3) doit être interprété littéralement, sans qu’il soit besoin d’exiger que la personne démontre qu’elle comprend la nature de l’obligation de dire la vérité. La disposition exige seulement que la personne soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et qu’elle promette de dire la vérité.

[26] First, as already mentioned, this interpretation goes beyond the words used by Parliament. To insist that the witness demonstrate understanding of the nature of the obligation to tell the truth is to import a requirement into the section that Parliament did not place there. The first and cardinal principle of statutory interpretation is that one must look to the plain words of the provision. Where ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 44. However, Parliament has clearly stated the requirements for finding adult witnesses with mental disabilities to be competent. Section 16 shows no ambiguity.

[27] Second, the history of s. 16 supports the view that Parliament intended to remove barriers that had prevented adults with mental disabilities from testifying prior to the 1987 amendments (S.C. 1987, c. 24). The amendments altered the common law rule, by virtue of which only witnesses under oath could testify. To take the oath or affirm, a witness must have an understanding of the duty to tell the truth: *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202. Adults with mental disabilities might not be able to do this. To remove this barrier, Parliament provided an alternative basis for competence for this class of individuals. Section 16(1) of the 1987 provision continued to maintain the oath or affirmation as the first option for adults with mental disabilities, but s. 16(3) provided for competence based simply on the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth.

[28] This history suggests that Parliament intended to eliminate an understanding of the abstract nature of the oath or solemn affirmation as a prerequisite for testimonial capacity. Failure to show that the witness *could demonstrate an understanding of the obligation to tell the truth* was no

[26] Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, cette interprétation va au-delà des mots employés par le législateur. En insistant pour que la personne démontre qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité, on introduit dans la disposition une condition que le législateur n'y a pas énoncée. Suivant le principe fondamental de l'interprétation des lois, il faut examiner le libellé explicite de la disposition. En cas d'ambiguïté, il peut être nécessaire d'avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 44. Toutefois, le législateur a clairement indiqué les conditions requises pour conclure qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle est habile à témoigner. L'article 16 ne comporte aucune ambiguïté.

[27] Deuxièmement, l'historique de l'art. 16 étaye le point de vue selon lequel le législateur voulait éliminer les obstacles qui, avant les modifications apportées en 1987 (L.C. 1987, ch. 24), avaient empêché des adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner. Les modifications ont changé la règle de common law en vertu de laquelle seules les personnes ayant prêté serment pouvaient témoigner. Pour prêter serment ou faire une affirmation solennelle, une personne doit comprendre l'obligation de dire la vérité : *R. c. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202. Des adultes ayant une déficience intellectuelle pourraient ne pas avoir cette faculté. Afin d'écartier cet obstacle, le législateur a prévu à l'égard des personnes de cette catégorie un autre fondement de l'habilité à témoigner. Le paragraphe 16(1) de la disposition de 1987 conservait encore le serment ou l'affirmation solennelle comme première possibilité dans le cas des adultes ayant une déficience intellectuelle, mais le par. 16(3) prévoyait que ces personnes étaient habiles à témoigner si elles étaient simplement capables de communiquer les faits dans un témoignage et si elles promettaient de dire la vérité.

[28] Cet historique donne à penser que le législateur voulait éliminer la condition préalable selon laquelle la personne, pour être habile à témoigner, devait comprendre la nature abstraite du serment ou de l'affirmation solennelle. Le défaut d'établir que la personne *pouvait démontrer qu'elle comprenait*

longer the end of the matter. Provided the witness (1) was able to *communicate the evidence*, and (2) promised to tell the truth, she should be allowed to testify.

[29] The drafters of s. 16(3) did not intend this provision to require an abstract understanding of the duty to tell the truth (see Appendix A). The original text of Bill C-15, which adopted the 1987 amendments, was changed by the Legislative Committee on Bill C-15 precisely to avoid that interpretation. The version of s. 16(3) first put before Parliament allowed testimony on promising to tell the truth if the witness was “sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified”. A discussion was held on the meaning of “sufficient intelligence”, after which the Committee concluded that all that was needed for a witness to be sufficiently intelligent was to understand the moral difference between telling the truth and lying. The Committee, fearing that this would open the door to abstract inquiries, ultimately replaced “sufficient intelligence” by “able to communicate the evidence”. The deliberations that followed emphasized the practical ability to communicate the evidence. There was no suggestion that ability to communicate the evidence accompanied by a promise to tell the truth implicitly imposed a requirement that the witness demonstrate a more abstract understanding of the duty to tell the truth.

[30] The historic background against which s. 16(3) was enacted explains why Parliament might have wished in 1987 to lower the requirements of testimonial competence for adults with mental disabilities, who are nonetheless capable of communicating the evidence. While adults with mental disabilities received little consideration in the pre-1987 case law, the inappropriateness of questioning children on abstract understandings of the truth had been noted and criticized. In *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), Dickson J. *ad hoc* (as he then was) rejected the practice of examining child witnesses on their religious beliefs and the philosophical meaning of truth. Meanwhile,

l'obligation de dire la vérité ne mettait plus fin à la question. Dès lors qu'elle (1) était capable de *communiquer les faits dans son témoignage* et qu'elle (2) promettait de dire la vérité, la personne devait être autorisée à témoigner.

[29] Les rédacteurs du par. 16(3) ne voulaient pas que cette disposition exige une compréhension abstraite de l'obligation de dire la vérité (voir annexe A). C'est précisément pour éviter une telle interprétation que le Comité législatif sur le projet de loi C-15 a modifié le texte original du projet de loi C-15 par lequel les modifications de 1987 ont été adoptées. La première version du par. 16(3) soumise au Parlement prévoyait qu'une personne pouvait témoigner en promettant de dire la vérité si elle était « suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié ». Après une discussion sur la signification de l'expression « suffisamment intelligente », le Comité a conclu qu'il fallait uniquement que le témoin apprécie la différence morale entre dire la vérité et mentir pour qu'il soit suffisamment intelligent. De crainte que cela n'ouvre la porte à des interrogatoires dans l'abstrait, le Comité a remplacé ces mots par « capable de communiquer les faits dans son témoignage ». Les délibérations qui ont suivi ont mis l'accent sur l'aptitude, en pratique, de communiquer les faits dans un témoignage. Rien n'indiquait que l'aptitude à communiquer les faits dans un témoignage, accompagnée d'une promesse de dire la vérité, exigeait implicitement du témoin qu'il comprenne de façon plus abstraite l'obligation de dire la vérité.

[30] Le contexte historique dans lequel le par. 16(3) a été adopté explique pourquoi le législateur a pu souhaiter, en 1987, assouplir les conditions relatives à l'habilité à témoigner imposées aux adultes ayant une déficience intellectuelle qui sont néanmoins capables de communiquer les faits dans leur témoignage. Bien qu'on ait accordé peu d'importance aux adultes ayant une déficience intellectuelle dans la jurisprudence antérieure à 1987, on avait souligné qu'il ne convenait pas de poser à des enfants des questions sur la compréhension qu'ils avaient, dans l'abstrait, de la vérité. Dans *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), le juge Dickson *ad hoc* (plus tard Juge

awareness of the sexual abuse of children and adults with mental disabilities was growing. To rule out the evidence of children and adults with mental disabilities at the stage of competence — the effect of the requirement of an abstract understanding of the nature of the obligation to tell the truth — meant their stories would never be told and their cases never prosecuted. These concerns explain why Parliament moved to simplify the competence test for adult witnesses with mental disabilities.

[31] Third, and flowing from this history, the internal logic of s. 16 negates the suggestion that “promising to tell the truth” in s. 16(3) must be read as implying an understanding of the obligation to tell the truth. Two procedures are provided by s. 16. The preferred option is testimony under oath or affirmation (s. 16(1)), and the alternative procedure is testimony on a promise to tell the truth (s. 16(3)). If the witness is required under s. 16(3) to demonstrate that she understands the obligation to tell the truth, s. 16(3) adds little, if anything, to s. 16(1). In both cases, the witness is required to articulate abstract concepts of the nature of truth and the nature of the obligation to tell the truth in court. The result is essentially to render s. 16(3) a dead letter and to negate the dual structure of the provision. This runs against the principle of statutory interpretation that Parliament does not speak in vain: *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

[32] Fourth, s. 16(4) indicates that ability to communicate the evidence is the only quality that an adult with mental disabilities must possess in order to testify under s. 16(3). Section 16(4) provides that

en chef du Canada) a rejeté la pratique consistant à poser à des enfants des questions sur leurs croyances religieuses et sur le sens philosophique de la vérité. Entre-temps, on prenait de plus en plus conscience de la violence sexuelle envers les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle. En raison de l'exclusion, à l'étape de l'examen de l'habilité à témoigner, des dépositions des enfants et des adultes ayant une déficience intellectuelle — la conséquence de l'obligation, pour ces derniers, de démontrer une compréhension abstraite de la nature de l'obligation de dire la vérité — ils ne pouvaient jamais faire le récit de leur expérience et aucune poursuite n'était entreprise. C'est en raison de ces problèmes que le législateur a simplifié le critère relatif à l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle.

[31] Troisièmement, en lien avec cet historique, la logique interne de l'art. 16 contredit la thèse suivant laquelle les mots « en promettant de dire la vérité » qui figurent au par. 16(3) doivent être interprétés comme supposant une compréhension de l'obligation de dire la vérité. L'article 16 prévoit deux façons de procéder. Le témoignage sous serment ou affirmation solennelle constitue la solution privilégiée (par. 16(1)), l'autre possibilité étant le témoignage fait en promettant de dire la vérité (par. 16(3)). Si la personne est tenue, en vertu du par. 16(3), de démontrer qu'elle comprend l'obligation de dire la vérité, ce paragraphe n'ajoute rien, ou bien peu, au par. 16(1). Dans les deux cas, la personne doit formuler les concepts abstraits que sont la nature de la vérité et la nature de l'obligation de dire la vérité devant le tribunal. Cette interprétation a essentiellement pour résultat que le par. 16(3) devient lettre morte et que la structure en deux volets de la disposition est réduite à néant. Cela va à l'encontre du principe de l'interprétation des lois selon lequel le législateur ne parle pas en vain : *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

[32] Quatrièmement, le par. 16(4) indique que la capacité de communiquer les faits dans son témoignage est la seule qualité qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle doit posséder afin de

the proposed witness is unable to testify if she neither understands the nature of an oath or solemn affirmation nor is able to communicate the evidence. It follows that the witness is competent to testify if she is able to communicate the evidence; she may testify on promising to tell the truth under s. 16(3). The qualities envisaged in s. 16 as basis for testimonial competence are mentioned in s. 16(4). Imposing an additional qualitative requirement to understand the nature of a promise to tell the truth would flout the utility of s. 16(4).

[33] Fifth, the legislative context speaks against reading s. 16(3) as requiring that an adult witness with mental disabilities understand the nature of the obligation to tell the truth. If this requirement is added to s. 16(3), the result is a different standard for the competence of adults with mental disabilities under s. 16(3) and children under s. 16.1 (enacted in 2005 (S.C. 2005, c. 32) pursuant to the “Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada’s Criminal Justice System” (Child Witness Project, March 2005) (the “Bala Report”)). As will be discussed more fully below, s. 16(3) governing the competence of adults with mental disabilities, and ss. 16.1(3), (5) and (6) governing the competence of children, set forth essentially the same requirements. Broadly speaking, both condition testimonial capacity on: (1) the ability to communicate or answer questions; and (2) a promise to tell the truth. While it was open to Parliament to enact different requirements for children and adults with the minds of children, consistency of Parliamentary intent should be assumed, absent contrary indications. No explanation has been offered as to why Parliament would consider a promise to tell the truth a meaningful procedure for children, but an empty gesture for adults with mental disabilities.

pouvoir témoigner en vertu du par. 16(3). Le paragraphe 16(4) prévoit que le témoin éventuel est incapable de témoigner s’il ne comprend pas la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et s’il n’est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage. Il s’ensuit que la personne est habile à témoigner si elle est capable de communiquer les faits dans son témoignage; elle peut témoigner en promettant de dire la vérité aux termes du par. 16(3). Les qualités envisagées à l’art. 16 comme fondement de l’habilité à témoigner sont mentionnées au par. 16(4). L’imposition de la condition supplémentaire — comprendre la nature de la promesse de dire la vérité — équivaudrait à faire fi de l’utilité du par. 16(4).

[33] Cinquièmement, le contexte législatif va à l’encontre d’une interprétation du par. 16(3) exigeant qu’un adulte ayant une déficience intellectuelle comprenne la nature de l’obligation de dire la vérité. L’ajout de cette exigence au par. 16(3) créerait pour les adultes ayant une déficience intellectuelle une norme relative à l’habilité à témoigner différente de la norme prévue pour les enfants au par. 16.1 (adopté en 2005 (L.C. 2005, ch. 32) comme suite au mémoire « Brief on Bill C-2 : Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada’s Criminal Justice System » (Child Witness Project, mars 2005) (le « rapport Bala »)). Comme je l’expliquerai davantage plus loin, le par. 16(3) régissant l’habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, ainsi que les par. 16.1(3), (5) et (6) relatifs à l’habilité à témoigner des enfants, énoncent essentiellement les mêmes exigences. De façon générale, dans les deux dispositions, l’habilité à témoigner dépend des éléments suivants : (1) la capacité de communiquer ou de répondre aux questions; (2) la promesse de dire la vérité. Bien qu’il ait été loisible au législateur d’adopter des exigences différentes selon qu’il s’agisse d’enfants ou d’adultes ayant les capacités mentales d’un enfant, il faut présumer la constance de l’intention législative en l’absence d’indications contraires. Aucune explication n’a été avancée quant à savoir pourquoi le législateur estimerait que la promesse de dire la vérité est une solution valable pour les enfants mais vide de sens pour les adultes ayant une déficience intellectuelle.

[34] The foregoing reasons make a strong case that s. 16(3) should be read as requiring only two requirements for competence of an adult with mental disabilities: (1) ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. However, two arguments have been raised in opposition to this interpretation: first, without a further requirement of an understanding of the obligation to tell the truth, a promise to tell the truth is an “empty gesture”; second, Parliament’s failure in 2005 to extend to adults with mental disabilities the s. 16.1(7) prohibition on the questioning of children means that it intended this questioning to continue for adults. I will examine each argument in turn.

[35] The first argument is that unless an adult witness with mental disabilities is required to demonstrate that she understands the nature of the obligation to tell the truth, the promise is an “empty gesture”. However, this submission’s shortcoming is that it departs from the plain words of s. 16(3), on the basis of an assumption that is unsupported by any evidence and contrary to Parliament’s intent. Imposing an additional qualitative condition for competence that is not provided in the text of s. 16(3) would demand compelling demonstration that a promise to tell the truth cannot amount to a meaningful procedure for adults with mental disabilities. No such demonstration has been made. On the contrary, common sense suggests that the act of promising to tell the truth may be useful, even in the absence of the witness’s ability to explain what telling the truth means in abstract terms.

[36] Promising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose. A witness who is able to communicate the evidence, as required by s. 16(3), is necessarily able to relate events. This in turn implies an understanding of what really happened — i.e. the truth — as

[34] Les motifs qui précèdent exposent de façon convaincante que, suivant l’interprétation du par. 16(3) qui s’impose, un adulte ayant une déficience intellectuelle est habile à témoigner s’il satisfait à deux exigences seulement : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage; (2) la promesse de dire la vérité. Toutefois, deux arguments ont été soulevés à l’encontre de cette interprétation. Premièrement, sans exiger en plus que la personne comprenne l’obligation de dire la vérité, la promesse de dire la vérité reste « vide de sens ». Deuxièmement, si le législateur a omis, en 2005, d’appliquer aux adultes ayant une déficience intellectuelle l’interdiction prévue au par. 16.1(7) de poser des questions à des enfants, c’est parce qu’il voulait que l’on continue de poser des questions aux adultes. Je vais examiner successivement chacun de ces arguments.

[35] Selon le premier argument, la promesse de dire la vérité « est vide de sens » si le témoin adulte ayant une déficience intellectuelle n’est pas tenu de démontrer qu’il comprend la nature de l’obligation de dire la vérité. Toutefois, cette prétention comporte une lacune en ce qu’elle s’écartere du libellé explicite du par. 16(3) car elle repose sur une hypothèse qui n’est étayée par aucun élément de preuve et qui est contraire à l’intention du législateur. L’imposition, relativement à l’habilité à témoigner, d’une condition qualitative supplémentaire que ne prévoit pas le texte du par. 16(3) exigerait une démonstration convaincante qu’une promesse de dire la vérité n’offre pas une façon valable d’obtenir le témoignage d’un adulte ayant une déficience intellectuelle. Cette démonstration n’a pas été faite. Au contraire, le bon sens donne à penser que la promesse de dire la vérité peut être utile, même si la personne n’a pas la faculté d’expliquer en termes abstraits ce que signifie dire la vérité.

[36] La promesse est un acte visant à renforcer, dans l’esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique. Une personne qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage, comme l’exige le par. 16(3), est nécessairement capable de relater des

opposed to fantasy. When such a witness promises to tell the truth, this reinforces the seriousness of the occasion and the need to do so. In dealing with the evidence of children in s. 16.1, Parliament held that a promise to tell the truth was all that is required of a child capable of responding to questions. Parliament did not think a child's promise, without more, is an empty gesture. Why should it be otherwise for an adult with the mental ability of a child?

[37] The second argument raised in support of the proposition that “promising to tell the truth” in s. 16(3) implies a requirement that the witness must show that she understands the nature of the obligation to tell the truth is that Parliament has not enacted a ban on questioning adult witnesses with mental disabilities on the nature of the obligation to tell the truth, as it did for child witnesses in 2005 in s. 16.1(7). To understand this argument, we must briefly trace the history of s. 16.1.

[38] In 2005, following the Bala Report, Parliament once more modified the *Canada Evidence Act's* provisions on testimonial competence, but this time only with respect to children. The central focus of the 2005 legislation relating to the *Canada Evidence Act* was the competence of *child* witnesses, with the aim of altering the restrictive gloss the case law had placed on the previous provisions relating to the capacity of children to testify. Chief among this case law was *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197 (Ont. C.A.), which insisted that a child understand the nature of the obligation to tell the truth before the child could testify. Section 16.1, in unequivocal language, rejected this requirement. It stated:

16.1 (1) [Person under fourteen years of age] A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

événements. Cela sous-entend que la personne comprend ce qui s'est vraiment passé — c'est-à-dire la vérité — par opposition à l'imaginaire. Lorsqu'une telle personne promet de dire la vérité, cela confirme le caractère sérieux de la situation et la nécessité de dire la vérité. En ce qui concerne le témoignage des enfants dont il est question à l'art. 16.1, le législateur a conclu que la promesse de dire la vérité était tout ce qui était exigé de la part d'un enfant capable de répondre aux questions. Le législateur n'a pas envisagé que la promesse faite par un enfant, sans rien d'autre, est vide de sens. Pourquoi en serait-il autrement pour un adulte ayant la capacité mentale d'un enfant?

[37] Selon le deuxième argument soulevé à l'appui de l'affirmation selon laquelle les mots « en promettant de dire la vérité » figurant au par. 16(3) sous-entendent que la personne doit démontrer qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité, le législateur n'a pas adopté une interdiction de poser aux adultes ayant une déficience intellectuelle des questions quant à la nature de l'obligation de dire la vérité, comme il l'a fait pour les enfants en 2005, au par. 16.1(7). Pour bien saisir cet argument, il nous faut relater brièvement l'historique de l'art. 16.1.

[38] En 2005, comme suite au rapport Bala, le législateur a encore une fois modifié les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* portant sur l'habilité à témoigner, mais cette fois uniquement en ce qui a trait aux enfants. La loi de 2005 relative à la *Loi sur la preuve au Canada* portait principalement sur la compétence des *enfants* à rendre témoignage et visait à modifier l'interprétation restrictive, dans la jurisprudence, des dispositions antérieures relatives à l'habilité des enfants à témoigner. La décision la plus importante dans cette jurisprudence était *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Ont.), laquelle exigeait d'un enfant qu'il comprenne la nature de l'obligation de dire la vérité avant de pouvoir témoigner. L'article 16.1, qui a rejeté cette exigence en termes non équivoques, est libellé comme suit :

16.1 (1) [Témoignage âgé de moins de quatorze ans] Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) [No oath or solemn affirmation] A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) [Evidence shall be received] The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

(4) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) [Court inquiry] If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) [Promise to tell truth] The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) [Understanding of promise] No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) [Effect] For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

[39] Section 16.1, like s. 16(3) governing adult witnesses with mental disabilities, imposed two preconditions for the testimony of children: (1) that the child be able to understand and respond to questions (s. 16.1(5)); and (2) that the child promise to tell the truth (s. 16.1(6)). But, taking direct aim at *Khan's* insistence that children be questioned on their understanding of the nature of the obligation to tell the truth, s. 16.1(7) went on to state explicitly that children not “*be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court*”.

(2) [Témoignage non assermenté] Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) [Témoignage admis en preuve] Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) [Charge de la preuve] La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) [Enquête du tribunal] Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) [Promesse du témoin] Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) [Question sur la nature de la promesse] Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) [Effet] Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

[39] Tout comme le par. 16(3) régissant le témoignage des adultes ayant une déficience intellectuelle, l'art. 16.1 a imposé deux conditions préalables au témoignage des enfants : (1) l'enfant doit être capable de comprendre les questions et d'y répondre (par. 16.1(5)); (2) l'enfant doit promettre de dire la vérité (par. 16.1(6)). Mais, pour contrer l'arrêt *Khan* qui insistait pour que les enfants soient interrogés sur leur compréhension de la nature de l'obligation de dire la vérité, le législateur a énoncé explicitement au par. 16.1(7) qu'« *[a]ucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.* »

[40] The argument is that if Parliament had intended adult witnesses with mental disabilities to be competent to testify simply on the basis of the ability to communicate and the making of a promise, it would have enacted a ban on questioning them on their understanding of the nature of the obligation to tell the truth, as it did for child witnesses under s. 16.1(7). The absence of such a provision, it is said, requires us to draw the inference that Parliament intended that *adult* witnesses with mental disabilities *must* be questioned on the obligation to tell the truth.

[41] First, this argument overlooks the fact that Parliament's concern in enacting the 2005 amendment to the *Canada Evidence Act* was exclusively with children. The changes arose out of the Bala Report on the problems associated with prosecuting crimes against children. The Parliamentary debates on s. 16.1 attest to the fact that the focus of the 2005 amendment was on children, and only children.

[42] Moreover, it is apparent from the Parliamentary works on Bill C-2 that s. 16.1(7) was intended to confirm the existing formal requirement of a promise alone, and not to modify the law: see Appendix B. The record of the standing House of Commons committee which studied Bill C-2 contains a discussion between Joe Comartin and Professor Nicholas Bala, during a debate on the phrasing of s. 16.1(7), which revealed that the original intent of s. 16(3) was to allow children and adults with mental disabilities to testify by merely promising to tell the truth, once they were held to be able to communicate the evidence:

[Prof. Nicholas Bala:] . . . the concern I have arises out of the fact that the present legislation has been interpreted very narrowly by judges. When you actually go back through the transcripts — I was actually a witness in 1988, when the provisions came into effect — I think it was thought by people, well, we don't have to be very explicit here, because the judges will get this right.

[40] L'intimé plaide que si le législateur avait voulu que les adultes ayant une déficience intellectuelle soient habiles à témoigner tout simplement s'ils sont capables de communiquer les faits dans leur témoignage en promettant de dire la vérité, il aurait interdit expressément qu'ils soient interrogés sur leur compréhension de la nature de l'obligation de dire la vérité, comme il l'a fait pour les enfants au par. 16.1(7). L'absence d'une telle disposition, prétend-on, nous oblige à déduire que le législateur voulait que les *adultes* ayant une déficience intellectuelle soient *inévitavelmente* interrogés sur l'obligation de dire la vérité.

[41] Premièrement, cet argument ne tient pas compte du fait que, en adoptant en 2005 les modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur visait exclusivement les enfants. Les modifications ont été apportées comme suite au rapport Bala traitant des problèmes associés à la poursuite des actes criminels perpétrés contre les enfants. Les débats de la Chambre des communes portant sur l'art. 16.1 attestent que les modifications de 2005 avaient exclusivement trait aux enfants.

[42] En outre, il ressort des travaux parlementaires portant sur le projet de loi C-2 que le par. 16.1(7) visait à confirmer l'exigence formelle existante d'une promesse seulement, et non pas à modifier l'état du droit : voir l'annexe B. On trouve, aux procès-verbaux du comité parlementaire permanent de la Chambre des communes qui a étudié le projet de loi C-2, un échange entre Joe Comartin et le professeur Nicholas Bala survenu au cours d'un débat portant sur la formulation du par. 16.1(7); cet échange révèle que, à l'origine, le par. 16(3) devait permettre aux enfants et aux adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner en ne faisant que promettre de dire la vérité, dès qu'ils étaient jugés capables de communiquer les faits dans leur témoignage :

[Prof. Nicholas Bala:] . . . ma préoccupation découle du fait que la loi actuelle a été interprétée de façon très étroite par les juges. Quand on consulte les transcriptions — j'ai été témoin en 1988, quand les dispositions sont entrées en vigueur — je crois que les gens ont pensé : « Eh bien, nous n'avons pas besoin d'être explicites à cet endroit, car les juges comprendront. »

Obviously, on many issues we do have to trust our judiciary, but on certain issues I think it's important to give them as much direction as possible. My concern is that some judge might read this — and we have quite a lot of case law about this — and say, okay, I can't ask you about your understanding of the nature of the promise, but what about asking you questions about truth-telling? Parliament specifically said in subsection 16.1(6) that you'll be required to promise to tell the truth. We can't ask about the nature of the promise, but can we ask you about "truth" and "lie"? [Emphasis added; p. 7.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005)

[43] This view was confirmed by Ms. Catherine Kane, Director of the Policy Centre for Victim Issues of the Department of Justice Canada, during her opening statement to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs:

[Ms. Catherine Kane:] . . . These amendments were made in 1988 with the purpose of trying to more readily permit children's evidence to be received. However, as the cases have interpreted this provision, we have not seen that ready acceptance of children's evidence.

If these two criteria are met, the child gives evidence under an oath or an affirmation. However, if the child does not understand the nature of the oath or the affirmation but has the ability to communicate the evidence, the evidence is received on a promise to tell the truth. That is the current law. While it may appear quite sensible on its face, the interpretations and practise of these provisions do not reflect Parliament's intention in amending the Evidence in an effort to permit children's evidence to be admitted more readily.

As interpreted by the courts, section 16 requires that before the child is permitted to testify, the child be subjected to an inquiry as to his or her understanding of the obligation to tell the truth, the concept of a promise, and an ability to communicate. [Emphasis added; pp. 105-6.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional*

Évidemment, nous devons faire confiance à notre magistrature au sujet d'un grand nombre de questions, mais, pour certains enjeux, je crois qu'il est important de les orienter le plus possible. Je crains qu'un juge lise ceci — et nous avons une imposante jurisprudence qui reflète cela — et se dis[e] : « Bon, je ne peux t'interroger pour déterminer si tu comprends la nature de la promesse, mais est-ce que je peux te poser des questions sur le sens de la vérité? » Le Parlement prévoit explicitement, au paragraphe 16.1(6), qu'ils seront tenus de promettre de dire la vérité. On ne peut interroger les enfants sur la nature de la promesse, mais est-ce qu'on peut leur poser des questions sur le sens de « vérité » et de « mensonge »? [Je souligne; p. 7.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n° 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005)

[43] Cette opinion a été confirmée par M^{me} Catherine Kane, directrice du Centre de la politique concernant les victimes du ministère de la Justice du Canada, au cours de sa déclaration d'ouverture devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles :

[Mme Catherine Kane :] . . . Ces modifications ont été apportées en 1988 pour rendre plus facilement acceptables les témoignages des enfants. Cependant, d'après la manière dont cette disposition a été interprétée dans certains procès, nous n'avons pas encore observé d'acceptation sans réserve de témoignages d'enfants.

Si ces deux critères sont respectés, un enfant témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. Cependant, si l'enfant ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation mais est capable de communiquer la preuve, celle-ci est reçue sur promesse de dire la vérité. C'est la loi actuelle. Bien que cela puisse paraître logique à première vue, les interprétations et applications de ces dispositions ne reflètent pas l'intention du Parlement de modifier la Loi sur la preuve de manière à ce que les témoignages des enfants soient plus facilement acceptés.

Tel qu'il est interprété par les tribunaux, l'article 16 stipule qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, il doit être assujéti à un interrogatoire pour déterminer son degré d'entendement de l'obligation de dire la vérité et du concept d'une promesse, et ses capacités de communiquer. [Je souligne; p. 105-106.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et*

Affairs, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005)

Therefore, it cannot be inferred that Parliament's failure to extend the express ban on questioning in s. 16.1(7) to adult witnesses shows an intent to permit such questioning of adult witnesses with mental disabilities.

[44] Second, as already mentioned, the wording of s. 16(3) governing the competence of adult witnesses had since 1987 required only a promise to tell the truth. There was no need for Parliament to add a provision on questioning an adult witness's understanding of the nature of the obligation to tell the truth in s. 16(3). The fact that Parliament did so 18 years later for children's evidence under s. 16.1(7) reflects concern with the fact that courts in children's cases, such as *Khan*, were continuing to engage in this type of questioning, instead of accepting a simple promise to tell the truth. It does not evince an intention that Parliament intended the words "promising to tell the truth" to have different meanings in ss. 16(3) and 16.1(6).

[45] Third, the argument that the enactment of s. 16.1(7) for children but not for adults endorsed as applicable to adult witnesses the earlier judicial interpretation of the provisions relating to children does not take into account s. 45 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides:

45. (1) [Repeal does not imply enactment was in force] The repeal of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve a declaration that the enactment was previously in force or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been previously in force.

(2) [Amendment does not imply change in law] The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

constitutionnelles, n° 18, 1^{re} sess., 38^e lég., 7 juillet 2005)

Par conséquent, on ne peut conclure que l'omission du législateur d'appliquer aux adultes l'interdiction explicite de poser des questions qui figure au par. 16.1(7) révèle une intention de permettre que des questions soient posées aux adultes ayant une déficience intellectuelle.

[44] Deuxièmement, comme je l'ai déjà mentionné, le libellé du par. 16(3) régissant l'habilité des adultes à témoigner exigeait uniquement, depuis 1987, une promesse de dire la vérité. Il n'était pas nécessaire que le législateur ajoute au par. 16(3) une disposition interdisant que l'on interroge un adulte pour vérifier s'il comprend la nature de l'obligation de dire la vérité. Le fait que le législateur ait, 18 ans plus tard, ajouté une telle disposition au par. 16.1(7) relativement au témoignage des enfants traduit son inquiétude de voir que, dans les affaires relatives à des enfants, comme l'affaire *Khan*, les tribunaux permettaient toujours ce type d'interrogatoire plutôt que d'accepter une simple promesse de dire la vérité. Cela ne démontre pas que le législateur voulait que les mots « en promettant de dire la vérité » aient des significations différentes au par. 16(3) et au par. 16.1(6).

[45] Troisièmement, l'argument selon lequel l'adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants et non aux adultes a confirmé que l'interprétation judiciaire des dispositions ayant trait aux enfants s'applique aux adultes ne tient pas compte de l'art. 45 de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui prévoit ce qui suit :

45. (1) [Absence de présomption d'entrée en vigueur] L'abrogation, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que le texte était auparavant en vigueur ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, le considérait comme tel.

(2) [Absence de présomption de droit nouveau] La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considérait comme telles.

(3) [Repeal does not declare previous law] The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

(4) [Judicial construction not adopted] A re-enactment, revision, consolidation or amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve an adoption of the construction that has by judicial decision or otherwise been placed on the language used in the enactment or on similar language.

[46] Section 45(3) of the *Interpretation Act* provides that the amendment of an enactment (in this case the adoption of s. 16.1(7)) shall not be deemed to involve any declaration as to the meaning of the previous law (in this case s. 16(3)). Therefore, no inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the mere adoption of s. 16.1(7) with respect to children.

[47] Additionally, s. 45(4) of the *Interpretation Act* states that the re-enactment of a provision (in this case, s. 16 with respect to adults with mental disabilities) is not sufficient to infer that Parliament adopted the provision's judicial interpretation which prevailed at the time of the re-enactment. It follows that the fact that s. 16 was re-enacted for adults with mental disabilities in 2005 does not, alone, imply that Parliament intended to countenance the judicial interpretation of this section which required understanding the obligation to tell the truth.

[48] Fourth, the argument that the absence of the equivalent of s. 16.1(7) in s. 16(3) means that adult witnesses with mental disabilities must demonstrate an understanding of the nature of the duty to speak the truth is logically flawed. The argument rests on the premise that s. 16(3), unless amended, requires an inquiry into the witness's understanding of the obligation to tell the truth. On this basis, it asserts that, unless the ban on questioning in s. 16.1(7) dealing with children is read into s. 16(3), such questioning must be conducted. Thus, my colleague Binnie J. states that “[t]he Crown invites us, in effect, to apply the ‘don’t ask’ rule governing

(3) [Absence de déclaration sur l'état antérieur du droit] L'abrogation ou la modification, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit.

(4) [Absence de confirmation de l'interprétation judiciaire] La nouvelle édicition d'un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n'a pas valeur de confirmation de l'interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

[46] Le paragraphe 45(3) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la modification d'un texte (en l'espèce, l'adoption du par. 16.1(7)) ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit (en l'espèce, le par. 16(3)). Ainsi, aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de la simple adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants.

[47] De plus, le par. 45(4) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la nouvelle édicition d'une disposition (en l'espèce, l'art. 16 relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle) ne permet pas d'inférer que le législateur a adopté l'interprétation judiciaire de la disposition qui prévalait à l'époque de la nouvelle édicition. Il s'ensuit que le fait que l'art. 16 ait été édicté de nouveau en 2005 en ce qui concerne les adultes ayant une déficience intellectuelle ne donne pas en soi à penser que le législateur voulait favoriser l'interprétation judiciaire de cet article qui exigeait que la personne comprenne l'obligation de dire la vérité.

[48] Quatrièmement, l'argument selon lequel l'absence, au par. 16(3), d'une disposition équivalente au par. 16.1(7) signifie que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité n'est pas logique. Cet argument repose sur l'hypothèse selon laquelle le par. 16(3), s'il n'est pas modifié, exige que l'on vérifie si la personne comprend l'obligation de dire la vérité. Sur ce fondement, on fait valoir que les adultes doivent être interrogés à moins que l'interdiction de poser des questions aux enfants qui figure au par. 16.1(7) ne soit considérée comme incluse au par. 16(3). Ainsi,

children to adults whose mental capacity is challenged” (para. 127).

[49] The fallacy in this argument is the starting assumption that s. 16(3) requires importing a “don’t ask” rule. As explained earlier, it does not. Section 16(3) sets two requirements for the competence of adults with mental disabilities: the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. It is self-sufficient. Nothing further need be imported.

[50] Fifth, and following from the previous point, the argument relies on the assumption that unless it can be shown that adult witnesses with mental disabilities are the same as, or like, child witnesses, adult witnesses with mental disabilities must be treated differently, and subjected to an inquiry into their understanding of the nature of the obligation to tell the truth before they can be held competent to testify. Thus Binnie J. states that before s. 16(3) can be read as importing the “don’t ask” rule, it is for the Crown to establish that there is no difference between children and adults with mental disabilities on the test of what reasonable people would accept. He opines that an assertion of equivalency is “pure assertion on a key issue” (para. 130).

[51] There are several answers to this “equivalency” argument. First, like the previous argument, it rests on the mistaken assumption that the Crown asks us to import a “don’t ask” rule into s. 16(3). The plain words of s. 16(3) do not require an understanding of the obligation to tell the truth, and it is for the party seeking to depart from the text of s. 16(3) to demonstrate that adults with mental disabilities should be treated differently from children. Second, the argument suffers from inconsistency. It claims that the equivalency of the vulnerabilities of these two groups of witnesses is “pure assertion

selon mon collègue le juge Binnie, « [l]e ministère public nous invite, en réalité, à appliquer aux adultes dont la capacité mentale est mise en question la règle interdisant de poser des questions aux enfants » (par. 127).

[49] Cet argument est fallacieux car il suppose au départ qu’il faut incorporer au par. 16(3) une règle interdisant de poser des questions. Comme je l’ai déjà expliqué, ce n’est pas le cas. Le paragraphe 16(3) énonce deux conditions relatives à l’habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle : la capacité de communiquer les faits dans leur témoignage et la promesse de dire la vérité. Cette disposition est complète en soi. Il n’y a rien d’autre à y incorporer.

[50] Cinquièmement, et dans la lignée de ce qui précède, l’argument repose sur l’hypothèse voulant que, sauf s’il peut être démontré que les adultes ayant une déficience intellectuelle sont comme les enfants, ou leur ressemblent, alors ils doivent être traités différemment et doivent subir un interrogatoire pour que l’on vérifie, avant de déterminer s’ils sont habiles à témoigner, qu’ils comprennent la nature de l’obligation de dire la vérité. Ainsi, le juge Binnie affirme que, avant que l’on incorpore au par. 16(3) la règle interdisant de poser des questions, le ministère public doit démontrer qu’il n’existe aucune différence entre les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle selon le critère de ce qu’accepteraient des personnes raisonnables. Il est d’avis qu’une prétention d’équivalence n’est que « pure prétention relativement à une question clé » (par. 130).

[51] Il existe plusieurs façons de répondre à cet argument de l’« équivalence ». Premièrement, à l’instar de l’argument précédent, il repose sur l’hypothèse erronée voulant que le ministère public nous demande d’incorporer au par. 16(3) une règle interdisant de poser des questions. Le libellé explicite du par. 16(3) n’exige pas que la personne comprenne l’obligation de dire la vérité, et il appartient à la partie qui cherche à dévier du texte du par. 16(3) de démontrer que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent être traités différemment des enfants. Deuxièmement, l’argument est incohérent.

on a key issue”, but at the same time claims that the previous judge-made law for children (*Khan*) should apply to adult witnesses with mental disabilities. Third, one may question how equivalency, were it needed, should be established: Is the proper approach to competence what reasonable people would conclude, or judicial opinion informed by assessment of the situation and expert opinion?

[52] The final and most compelling answer to the equivalency argument is simply this: When it comes to testimonial competence, precisely what, one may ask, is the difference between an adult with the mental capacity of a six-year-old, and a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old? Parliament, by applying essentially the same test to both under s. 16(3) and s. 16.1(3) and (6) of the *Canada Evidence Act*, implicitly finds no difference. In my view, judges should not import one.

[53] I conclude that s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, properly interpreted, establishes two requirements for an adult with mental disabilities to take the stand: the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. A further requirement that the witness demonstrate that she understands the nature of the obligation to tell the truth should not be read into the provision.

C. *The Jurisprudence*

[54] I have concluded that s. 16(3), on its plain words and in its context, reveals only two requirements for an adult with mental disabilities to have the capacity to testify: (1) that the witness be able to communicate the evidence, and (2) that the person promise to tell the truth. It is necessary next to consider whether the jurisprudence requires a different result. My colleague Binnie J. argues that the cases, and in particular *Khan*, require that “promising to

D’une part, selon cet argument, l’équivalence entre ces deux groupes de témoins vulnérables n’est que « pure prétention relativement à une question clé », mais d’autre part, toujours selon cet argument, le droit jurisprudentiel relatif aux enfants (*Khan*) devrait s’appliquer aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Troisièmement, il faut se demander de quelle façon établir l’équivalence, si elle est nécessaire : la démarche qu’il convient d’adopter à l’égard de l’habilité à témoigner est-elle ce qu’une personne raisonnable pourrait conclure, ou ce que le juge peut conclure en se fondant sur une appréciation de la situation et les opinions d’experts?

[52] La réponse finale, et la plus convaincante, à l’argument de l’équivalence est tout simplement celle-ci : en ce qui concerne l’habilité à témoigner, on peut se demander quelle est la différence, précisément, entre un adulte ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans et un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans. En appliquant essentiellement le même critère aux par. 16(3), 16.1(3) et 16.1(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur conclut implicitement qu’il n’y a aucune différence. Selon moi, les juges ne devraient pas en introduire une.

[53] Je conclus que le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, interprété correctement, prévoit deux conditions pour qu’un adulte ayant une déficience intellectuelle témoigne : il doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage et promettre de dire la vérité. Il n’y a pas lieu d’incorporer à la disposition une condition supplémentaire voulant que la personne démontre qu’elle comprend la nature de l’obligation de dire la vérité.

C. *La jurisprudence*

[54] J’ai conclu que suivant le libellé explicite et le contexte du par. 16(3), seulement deux conditions sont requises pour qu’un adulte ayant une déficience intellectuelle soit habile à témoigner : (1) la personne doit être en mesure de communiquer les faits dans son témoignage, et (2) la personne doit promettre de dire la vérité. Il faut ensuite se demander si la jurisprudence exige un résultat différent. Mon collègue le juge Binnie prétend

tell the truth” in s. 16(3) must be read as impliedly importing an additional requirement — an understanding of the nature of the obligation engaged by the promise. With respect, I cannot agree.

[55] It is necessary at the outset to describe what *Khan* decided. *Khan* was concerned with the predecessor of s. 16, which was first enacted in 1893 (S.C. 1893, c. 31, s. 25) and dealt only with children. The provision required that the proposed witness “understan[d] the duty of speaking the truth”. This phrase was deleted when the provision was amended in 1987. Explaining the statutory requirement that the witness must “understan[d] the duty of speaking the truth” in *Khan*, Robins J.A. stated:

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity to tell the truth, and promises to do so. [Emphasis added; p. 206.]

[56] This oft-cited statement of the law proved difficult to apply. The first sentence suggests that the threshold for testimonial competence is low, based on truth telling in “everyday social conduct”. This suggests that the judge need only be satisfied that the witness understands the difference between truth and falsehood in relation to everyday matters and activities — not in some abstract metaphysical sense. The second sentence in this passage from *Khan*, specifically the phrases “knows that it is wrong to lie” and “understands the necessity to tell the truth” (emphases added), move beyond everyday social conduct into more abstract, philosophical realms. In *obiter*, Robins J.A. opined that the same test should be applied to the post-1987 section, on the grounds that without the requirement

que la jurisprudence, et notamment l’arrêt *Khan*, exige que les mots « en promettant de dire la vérité » qui figurent au par. 16(3) soient interprétés comme incorporant implicitement une condition supplémentaire — que la personne comprenne la nature de l’obligation qui découle de la promesse. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion.

[55] D’entrée de jeu, il est nécessaire d’exposer la décision dans l’arrêt *Khan*. L’arrêt portait sur la disposition antérieure à l’art. 16, adoptée pour la première fois en 1893 (S.C. 1893, ch. 31, art. 25), qui n’avait trait qu’aux enfants. La disposition exigeait du témoin éventuel qu’il « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». Ces mots ont été supprimés lorsque la disposition a été modifiée en 1987. Expliquant l’exigence prévue par la loi selon laquelle le témoin doit « comprend[re] le devoir de dire la vérité », le juge Robins de la Cour d’appel a déclaré ce qui suit dans *Khan* :

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n’est pas donné sous serment, il suffit que l’enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l’enfant comprend la différence entre la vérité et le mensonge, s’il sait qu’il n’est pas bien de mentir, s’il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. [Je souligne; p. 206.]

[56] L’application de cet énoncé du droit maintes fois cité s’est révélée difficile. La première phrase donne à penser que le critère relatif à l’habilité à témoigner est peu exigeant; il suffit de dire la vérité au sens de la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne ». Cela donne à penser que le juge doit simplement être convaincu que le témoin comprend la différence entre la vérité et le mensonge dans le contexte de la vie quotidienne — et non pas dans un contexte métaphysique abstrait. La deuxième phrase figurant dans ce passage tiré de *Khan*, plus précisément les mots « sait qu’il n’est pas bien de mentir » et « comprend la nécessité de dire la vérité » (je souligne), vont plus loin que la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. Ils relèvent du domaine plus abstrait

that the witness understand what a promise is and the importance of keeping it, the promise would be an “empty gesture”.

[57] In *R. v. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445, the Ontario Court of Appeal adopted this *obiter dictum* and applied it to the post-1987 version of s. 16(3), the provision applicable in this case. Other provincial courts of appeal followed suit: *R. v. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. v. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301 (Man.); *R. v. S.M.S.* (1995), 160 N.B.R. (2d) 182. In *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, a minority of this Court, *per* McLachlin J., held that a child was incompetent to testify on the basis of his inability to *communicate* the evidence, referring to *Farley* with approval; the question of whether s. 16(3) incorporated the *Khan* test was not at issue in that case. Appellate courts continue to require demonstration of an understanding of the duty to speak the truth under s. 16(3): *R. v. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342 (B.C.); *R. v. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89 (Nfld.); *R. v. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554 (Ont.); *R. v. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. v. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. v. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192. In the case at bar, the Ontario Court of Appeal affirmed that view, upholding the trial judge’s insistence on the understanding of the duty to speak the truth not merely in “everyday social conduct”, but on an understanding of the duty *abstracted* from everyday situations.

[58] This is the first case in which this Court has been squarely called upon to interpret s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* and confront the legacy of the *obiter dicta* in *Khan*. In my view, the test proposed in *Khan* is unhelpful and inapplicable, insofar as it is read as requiring or condoning an

de la philosophie. Dans une remarque incidente, le juge Robins a exprimé l’avis que le même critère devrait être appliqué à la disposition adoptée en 1987, car la promesse serait un « geste vide de sens » si l’on n’exigeait pas du témoin qu’il comprenne ce qu’est une promesse et l’importance de la respecter.

[57] Dans l’arrêt *R. c. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445, la Cour d’appel de l’Ontario a adopté cette remarque incidente et l’a appliquée à la version de 1987 du par. 16(3), la disposition applicable en l’espèce. D’autres cours d’appel provinciales ont emboîté le pas : *R. c. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. c. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301 (Man.); *R. c. S.M.S.* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 182. Dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, la juge McLachlin, au nom des juges minoritaires de la Cour, a cité avec approbation l’arrêt *Farley* pour conclure qu’un enfant était inhabile à témoigner en raison de son incapacité à *communiquer* les faits dans son témoignage; la question de savoir si le par. 16(3) incorporait le critère formulé dans l’arrêt *Khan* n’a pas été soulevée dans cette affaire. Les tribunaux d’appel exigent toujours que la personne démontre qu’elle comprend l’obligation de dire la vérité en vertu du par. 16(3) : *R. c. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342 (C.-B.); *R. c. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89 (T.-N.); *R. c. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554 (Ont.); *R. c. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. c. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. c. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192. En l’espèce, la Cour d’appel de l’Ontario a confirmé ce point de vue, en approuvant l’accent mis par le juge du procès sur la nécessité pour la personne de comprendre l’obligation de dire la vérité non pas seulement dans la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne », mais également que la personne comprenne l’obligation *sans égard* aux situations de tous les jours.

[58] Il s’agit en l’espèce de la première affaire dans laquelle la Cour est directement appelée à interpréter le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* et est confrontée à l’héritage laissé par les remarques incidentes formulées dans *Khan*. Selon moi, le critère proposé dans *Khan* n’est d’aucune

abstract inquiry into the nature of the obligation to tell the truth.

[59] First and foremost, *Khan* was concerned with a substantially different pre-1987 version of s. 16, which was adopted in 1893 and which explicitly required that the proposed witness “understands the duty of speaking the truth”. The current provision requires only that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth. It speaks only of two practical, less abstract, requirements — the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. In short, *Khan* imposed a requirement to demonstrate understanding of the nature of the obligation to tell the truth, based on the phrase “understands the duty of speaking the truth”. That phrase has been removed from the current s. 16(3). It follows that *Khan* simply does not apply to this case, and that the *obiter dictum* in *Khan* suggesting that it does should be rejected. In 1987, Parliament deleted the requirement of understanding the nature of the duty to tell the truth. Judges should not bring it back in.

[60] Second, the *Khan* test, as already noted, is ambivalent. It first suggests that all that is required is an understanding of the duty to speak the truth “in terms of ordinary everyday social conduct” (p. 206). However, it then goes on to illustrate this test in terms abstracted from everyday social conduct. In my view, the former approach is preferable.

[61] This lower threshold recognizes that witnesses of limited mental ability, whether by reason of age or disability, understand and articulate events in the concrete terms of the world around them. The capacity to abstract from the concrete and draw generalizations about conduct unrelated to concrete situations typically develops at a later, more advanced stage of mental development. A

utilité et est inapplicable, dans la mesure où il est interprété comme exigeant ou justifiant un interrogatoire dans l’abstrait sur la nature de l’obligation de dire la vérité.

[59] D’abord et avant tout, l’arrêt *Khan* portait sur une version très différente, antérieure à 1987, de l’art. 16. Cette version, adoptée en 1893, exigeait explicitement que le témoin éventuel « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». La disposition actuelle exige seulement que la personne soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et promette de dire la vérité. Elle n’impose que deux conditions pratiques, moins abstraites — la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et une promesse de dire la vérité. En bref, en se fondant sur les mots « comprend le devoir de dire la vérité », la cour dans l’arrêt *Khan* a imposé l’obligation pour la personne de démontrer qu’elle comprend la nature de l’obligation de dire la vérité. Ces mots ont été radiés dans la version actuelle du par. 16(3). Il s’ensuit que l’arrêt *Khan* ne s’applique tout simplement pas en l’espèce et qu’il faut rejeter la remarque incidente formulée dans *Khan* donnant à penser que cet arrêt s’applique toujours. En 1987, le législateur a supprimé l’exigence pour la personne de comprendre la nature de l’obligation de dire la vérité. Les juges ne devraient pas la réintroduire.

[60] Deuxièmement, le critère formulé dans l’arrêt *Khan*, comme je l’ai déjà signalé, est ambivalent. Il laisse d’abord entendre que le par. 16(3) exige seulement une compréhension du devoir de dire la vérité [TRADUCTION] « au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne » (p. 206). Toutefois, il poursuit en décrivant ce critère en termes qui font abstraction de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. Pour ma part, je préfère la première approche.

[61] Selon ce critère moins exigeant, les personnes ayant une capacité mentale limitée, en raison de leur âge ou d’une incapacité, comprennent concrètement les événements dans le monde qui les entoure et sont en mesure de les décrire. La capacité de considérer les choses dans l’abstrait et de faire des généralisations à propos de comportements non liés à des situations concrètes apparaît

child or adult with mental disabilities may be able to distinguish between what is true and false or right and wrong in a particular situation, yet lack the ability to articulate in general language the reasons for this understanding. To insist on the articulation of the nature of the obligation to tell the truth, abstracted from particular situations, may result in the witness's evidence being excluded, even though it is reliable.

[62] Third, as discussed above, Parliament's response to *Khan's* insistence on an understanding of the duty to speak the truth in abstract terms and the metaphysical questioning this insistence gave rise to, was to expressly forbid such inquiries in the case of children by enacting s. 16.1(7) in 2005. Why then, one may ask, should courts struggle to read a contrary purpose into the plain language of s. 16, which requires only a concrete inquiry into whether the proposed witness can communicate the evidence and a promise to tell the truth?

[63] I conclude that, insofar as the authorities suggest that "promising to tell the truth" in s. 16(3) should be read as requiring an abstract inquiry into an understanding of the obligation to tell the truth, they should be rejected. All that is required is that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth.

D. *Policy Considerations*

[64] I have concluded that s. 16(3) imposes two requirements for the testimonial competence of an adult with mental disabilities: (1) the ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. It is unnecessary and indeed undesirable to conduct an abstract inquiry into whether the witness generally understands the difference between truth and falsity and the obligation to give true evidence in court. Mentally limited people may well understand the difference between the truth and

généralement à un stade plus avancé du développement mental. Un enfant ou un adulte ayant une déficience intellectuelle peut, dans une situation donnée, être capable de distinguer le vrai du faux, ou le bien du mal, mais ne pas pouvoir formuler en langage ordinaire les raisons de cette compréhension. Insister sur la formulation de la nature de l'obligation de dire la vérité, sans égard à des situations particulières, peut avoir pour conséquence que le témoignage de la personne soit exclu, même s'il est fiable.

[62] Troisièmement, comme je l'ai déjà mentionné, en adoptant le par. 16.1(7) en 2005 en réponse à l'accent mis dans l'arrêt *Khan* sur la compréhension, en termes abstraits, du devoir de dire la vérité et des questions d'ordre métaphysique que cet accent engendrait, le législateur a interdit explicitement ces interrogatoires lorsque des enfants sont en cause. Il faut alors se demander pourquoi les tribunaux s'évertueraient à donner un sens contraire au libellé clair de l'art. 16, lequel oblige seulement le juge à vérifier si, concrètement, le témoin éventuel est capable de communiquer les faits dans son témoignage et s'il promet de dire la vérité.

[63] Je conclus que dans la mesure où les autorités prétendent que les mots « en promettant de dire la vérité » figurant au par. 16(3) devraient être interprétés comme obligeant le juge de s'assurer que la personne comprend, dans l'abstrait, ce qu'est l'obligation de dire la vérité, leurs décisions doivent être rejetées. Tout ce qui est exigé, c'est que le témoin soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et qu'il promette de dire la vérité.

D. *Considérations de politique générale*

[64] J'ai conclu que le par. 16(3) impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner d'un adulte ayant une déficience intellectuelle : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et (2) une promesse de dire la vérité. Il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite à la personne afin de voir si elle comprend d'une manière générale la différence entre la vérité et la fausseté et l'obligation de dire la vérité devant le tribunal. Des

a lie and know they should tell the truth, without being able to articulate in general terms the nature of truth or why and how it fastens on the conscience in a court of law. Section 16(3), in assessing the witness's capacity, focuses on the concrete acts of communicating and promising. The witness is not required to explain the difference between the truth and a lie, or what makes a promise binding. I have argued that this result follows from the plain words of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, and that judges should not by implication add other elements to the dual requirements of an ability to communicate evidence and a promise to tell the truth imposed by s. 16(3).

[65] The discussion of the proper interpretation of s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* would not be complete, however, without addressing the policy concerns underlying the issue. Two potentially conflicting policies are in play. The first is the social need to bring to justice those who sexually abuse people of limited mental capacity — a vulnerable group all too easily exploited. The second is to ensure a fair trial for the accused and to prevent wrongful convictions.

[66] The first policy consideration is self-evident and requires little amplification. Those with mental disabilities are easy prey for sexual abusers. In the past, mentally challenged victims of sexual offences have been frequently precluded from testifying, not on the ground that they could not relate what happened, but on the ground that they lacked the capacity to articulate in abstract terms the difference between the truth and a lie and the nature of the obligation imposed by promising to tell the truth. As discussed earlier, such witnesses may well be capable of telling the truth and in fact understanding that when they do promise, they should tell the truth. To reject this evidence on the ground that they cannot explain the nature of the

personnes ayant des capacités intellectuelles limitées peuvent bien faire la différence entre la vérité et le mensonge et savoir qu'elles doivent dire la vérité, sans être capables d'énoncer en termes généraux la nature de la vérité ou pourquoi et en quoi cela fait appel à la conscience dans une cour de justice. En ce qui a trait à l'appréciation de la capacité du témoin, le par. 16(3) met l'accent sur les actes concrets que sont la communication et la promesse. Le témoin n'a pas à expliquer la différence entre la vérité et le mensonge, ou ce qui rend une promesse obligatoire. J'ai indiqué que cela découle du libellé explicite de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et que les juges ne devraient pas ajouter implicitement d'autres éléments aux conditions de capacité de communiquer les faits dans son témoignage et de promesse de dire la vérité qu'impose le par. 16(3).

[65] L'analyse relative à l'interprétation correcte du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne serait toutefois pas complète sans que soient abordées les considérations de politique générale qui sous-tendent cette question. Deux principes susceptibles de s'opposer entrent en jeu. Le premier est le besoin social de traduire en justice ceux qui agressent sexuellement des personnes ayant des capacités mentales limitées — un groupe vulnérable trop facilement exploité. Le deuxième est la nécessité de garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé et de prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées.

[66] La première considération de politique générale va de soi et demande peu de précision. Les personnes ayant une déficience intellectuelle sont des proies faciles pour les agresseurs sexuels. Dans le passé, les victimes d'agressions sexuelles ayant une déficience intellectuelle ont souvent été empêchées de témoigner, non pas parce qu'elles ne pouvaient pas relater ce qui s'était passé, mais parce qu'elles n'étaient pas capables d'exprimer en termes abstraits la différence entre la vérité et le mensonge et la nature de l'obligation qu'impose la promesse de dire la vérité. Comme je l'ai déjà expliqué, ces personnes sont peut-être capables de dire la vérité et, en fait, de comprendre que lorsqu'elles promettent de dire la vérité, elles doivent dire la vérité.

obligation to tell the truth in philosophical terms that even those possessed of normal intelligence may find challenging is to exclude reliable and relevant evidence and make it impossible to bring to justice those charged with crimes against the mentally disabled.

[67] The inability to prosecute such crimes and see justice done, whatever the outcome, may be devastating to the family of the alleged victim, and to the victim herself. But the harm does not stop there. To set the bar too high for the testimonial competence of adults with mental disabilities is to permit violators to sexually abuse them with near impunity. It is to jeopardize one of the fundamental desiderata of the rule of law: that the law be enforceable. It is also to effectively immunize an entire category of offenders from criminal responsibility for their acts and to further marginalize the already vulnerable victims of sexual predators. Without a realistic prospect of prosecution, they become fair game for those inclined to abuse.

[68] What then of the policy considerations on the other side of the equation? Here again, the starting point is clear. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees a fair trial to everyone charged with a crime. This right cannot be abridged; an unfair trial can never be condoned.

[69] It is neither necessary nor wise to enter on the vast subject of what constitutes a fair trial. One searches in vain for exhaustive definitions in the jurisprudence. Rather, the approach taken in the jurisprudence is to ask whether particular rules or occurrences render a trial unfair. It is from that perspective that we must approach this issue in this case.

Rejeter leur témoignage au motif qu'elles ne peuvent pas expliquer en termes philosophiques la nature de l'obligation de dire la vérité, ce que même les personnes ayant une intelligence normale peuvent avoir de la difficulté à faire, équivaut à écarter des témoignages fiables et pertinents et à empêcher que soient traduits en justice des auteurs de crimes contre des personnes ayant une déficience intellectuelle.

[67] L'incapacité d'intenter des poursuites relativement à ces crimes afin que justice soit faite, quelle que soit l'issue de la cause, peut avoir un effet dévastateur pour la famille de la victime, et pour la victime elle-même. Mais le préjudice ne s'arrête pas là. En fixant des critères trop exigeants relativement à l'habileté à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, on permet à des contrevenants d'agresser sexuellement ces personnes presque impunément, ce qui compromet l'un des *desiderata* fondamentaux de la règle de droit, à savoir que la loi doit être susceptible d'application. Ainsi, une catégorie entière de contrevenants se trouvent dégagés de toute responsabilité criminelle relativement à leurs actes et l'on marginalise davantage les victimes déjà vulnérables des prédateurs sexuels. À défaut de véritables possibilités que des poursuites soient intentées, ces victimes sont laissées sans défense face à leurs agresseurs.

[68] Qu'en est-il alors des considérations de politique générale relatives à l'autre aspect de l'équation? Là encore, le point de départ est clair. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la tenue d'un procès équitable à toute personne accusée d'un acte criminel. Ce droit ne peut pas être enfreint; un procès inéquitable n'est jamais acceptable.

[69] Il n'est ni nécessaire ni sage d'aborder le vaste sujet de ce qui constitue un procès équitable. On cherchera en vain des définitions exhaustives dans la jurisprudence. L'approche retenue par les tribunaux consiste plutôt à déterminer si des règles ou des faits particuliers rendent un procès inéquitable. C'est dans cette optique qu'il nous faut aborder ce sujet en espèce.

[70] The question is this: Does allowing an adult witness with mental disabilities to testify when the witness can communicate the evidence and promises to tell the truth render a trial unfair? In my view, the answer to this question is no.

[71] The common law, upon which our current rules of evidence are founded, recognized a variety of rules governing the capacity to testify in different circumstances. The golden thread uniting these varying and different rules is the principle that the evidence must meet a minimal threshold or reliability as a condition of being heard by a judge or jury. Generally speaking, this threshold of reliability is met by establishing that the witness has the capacity to understand and answer the questions put to her, and by bringing home to the witness the need to tell the truth by securing an oath, affirmation or promise. There is no guarantee that any witness — even those of normal intelligence who can take the oath or affirm — will in fact tell the truth, all the truth, or nothing but the truth. What the trial process seeks is merely a basic indication of reliability.

[72] Many cases, including *Khan*, have warned against setting the threshold for the testimonial competence too high for adults with mental disabilities: *R. v. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Farley*; *Parrott*. This reflects the fact that such witnesses may be capable of giving useful, relevant and reliable evidence. It also reflects the fact that allowing the witness to testify is only the first step in the process. The witness's evidence will be tested by cross-examination. The trier of fact will observe the witness's demeanour and the way she answers the questions. The result may be that the trier of fact does not accept the witness's evidence, accepts only part of her evidence, or reduces the weight accorded to her evidence. This is a task that judges and juries perform routinely in a myriad of cases involving witnesses of unchallenged as well as challenged mental ability.

[70] La question est la suivante : le fait de permettre à une personne adulte ayant une déficience intellectuelle de témoigner lorsqu'elle peut communiquer les faits dans son témoignage et qu'elle promet de dire la vérité rend-il un procès inéquitable? Selon moi, il faut répondre non à cette question.

[71] La common law, le fondement de nos règles de preuve actuelles, prévoit diverses règles régissant l'habilité à témoigner dans différentes circonstances. Le fil d'or qui unit ces règles différentes et variables est le principe selon lequel le témoignage doit satisfaire à un seuil minimal de fiabilité pour qu'il soit présenté à un juge ou un jury. En règle générale, ce seuil de fiabilité est satisfait s'il est établi que le témoin a la faculté de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y répondre, et si le témoin comprend qu'après avoir prêté serment ou fait une promesse ou une affirmation solennelle, il doit dire la vérité. Rien ne garantit qu'un témoin — même un témoin doué d'une intelligence normale qui peut prêter serment ou faire une affirmation solennelle — dira vraiment la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. On recherche simplement dans le cadre du procès un indice élémentaire de fiabilité.

[72] De nombreuses décisions, notamment l'arrêt *Khan*, ont mis en garde contre le danger de fixer des exigences trop élevées relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle : *R. c. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Farley*; *Parrott*. Cela traduit le fait que ces personnes peuvent être capables de rendre un témoignage utile, pertinent et fiable, et qu'en leur permettant de témoigner, elles franchissent seulement la première étape du processus. La déposition du témoin sera vérifiée par contre-interrogatoire. Le juge des faits examinera le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions. Il peut arriver que le juge des faits écarte la déposition de cette personne, qu'il ne la retienne qu'en partie ou qu'il y accorde une importance moindre. Il s'agit d'une tâche que les juges et les jurés effectuent couramment dans d'innombrables affaires mettant en cause des témoins dont les capacités mentales peuvent être, ou ne pas être, mises en question.

[73] The requirement that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth satisfies the low threshold for competence in cases such as this. Once the witness is allowed to testify, the ultimate protection of the accused's right to a fair trial lies in the rules governing admissibility of evidence and in the judge's or jury's duty to carefully assess and weigh the evidence presented. Together, these additional safeguards offer ample protection against the risk of wrongful conviction.

E. *Summary of the Section 16(3) Test*

[74] To recap, s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* imposes two conditions for the testimonial competence of adults with mental disabilities:

- (1) the witness must be able to communicate the evidence; and
- (2) the witness must promise to tell the truth.

Inquiries into the witness's understanding of the nature of the obligation this promise imposes are neither necessary nor appropriate. It is appropriate to question the witness on her ability to tell the truth in concrete factual circumstances, in order to determine if she can communicate the evidence. It is also appropriate to ask the witness whether she in fact promises to tell the truth. However, s. 16(3) does not require that an adult with mental disabilities demonstrate an understanding of the nature of the truth *in abstracto*, or an appreciation of the moral and religious concepts associated with truth telling.

[75] The following observations may be useful when applying s. 16(3) in the context of s. 16 of the *Canada Evidence Act*.

[76] First, the *voir dire* on the competence of a proposed witness is an independent inquiry: it may

[73] La prescription selon laquelle le témoin doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage et doit promettre de dire la vérité satisfait au seuil peu exigeant relatif à l'habilité à témoigner dans les cas comme celui en l'espèce. Dès lors que la personne est autorisée à témoigner, la protection du droit de l'accusé à un procès équitable repose ultimement sur les règles régissant l'admissibilité de la preuve et sur l'obligation du juge ou du jury d'examiner et d'apprécier soigneusement la preuve. Ensemble, ces mesures de sauvegarde supplémentaires offrent une protection adéquate contre le risque de déclaration de culpabilité injustifiée.

E. *Résumé du critère prévu au par. 16(3)*

[74] Pour résumer, le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle :

- (1) la personne doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage;
- (2) la personne doit promettre de dire la vérité.

Il n'est ni nécessaire ni opportun de vérifier si la personne comprend la nature de l'obligation que cette promesse comporte. Il convient de poser à la personne des questions sur son aptitude à dire la vérité dans des circonstances factuelles concrètes, afin de déterminer si elle peut communiquer les faits dans son témoignage. Il convient également de demander à la personne si elle promet de dire la vérité. Toutefois, le par. 16(3) n'exige pas qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle démontre qu'il comprend la nature de la vérité *in abstracto* ou qu'il comprend les concepts moraux et religieux liés au devoir de dire la vérité.

[75] Les observations suivantes peuvent être utiles lorsqu'il s'agit d'appliquer le par. 16(3) dans le contexte de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[76] Premièrement, le *voir-dire* relatif à l'habilité à témoigner d'un témoin éventuel constitue une

not be combined with a *voir dire* on other issues, such as the admissibility of the proposed witness's out-of-court statements.

[77] Second, although the *voir dire* should be brief, it is preferable to hear all available relevant evidence that can be reasonably considered before preventing a witness to testify. A witness should not be found incompetent too hastily.

[78] Third, the primary source of evidence for a witness's competence is the witness herself. Her examination should be permitted. Questioning an adult with mental disabilities requires consideration and accommodation for her particular needs; questions should be phrased patiently in a clear, simple manner.

[79] Fourth, the members of the proposed witness's surrounding who are personally familiar with her are those who best understand her everyday situation. They may be called as fact witnesses to provide evidence on her development.

[80] Fifth, expert evidence may be adduced if it meets the criteria for admissibility, but preference should always be given to expert witnesses who have had personal and regular contact with the proposed witness.

[81] Sixth, the trial judge must make two inquiries during the *voir dire* on competence: (a) does the proposed witness understand the nature of an oath or affirmation, and (b) can she communicate the evidence?

[82] Seventh, the second inquiry into the witness's ability to communicate the evidence requires the trial judge to explore in a general way whether she can relate concrete events by understanding and responding to questions. It may be useful to

enquête indépendante : il ne peut être combiné à un *voir-dire* relatif à d'autres questions, comme celui de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du témoin éventuel.

[77] Deuxièmement, un *voir-dire* devrait être bref, mais il est préférable d'entendre toute la preuve pertinente disponible pouvant raisonnablement être prise en considération avant d'empêcher une personne de témoigner. Il ne faut pas conclure trop rapidement à l'incapacité d'une personne à témoigner.

[78] Troisièmement, la source principale de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est habile à témoigner est la personne elle-même. Son interrogatoire devrait être autorisé. Pour interroger un adulte ayant une déficience intellectuelle, il faut tenir compte de ses besoins particuliers et prendre les mesures d'adaptation qui s'imposent; les questions devraient être formulées patiemment, de façon claire et simple.

[79] Quatrièmement, les personnes de l'entourage qui connaissent personnellement le témoin éventuel sont les mieux placées pour comprendre son état quotidien. Elles peuvent être appelées, à titre de témoins des faits, à témoigner sur son développement.

[80] Cinquièmement, une preuve d'expert peut être produite si elle satisfait aux critères d'admissibilité; on préfère cependant toujours le témoignage d'experts ayant eu un contact personnel et régulier avec le témoin éventuel.

[81] Sixièmement, le juge du procès doit répondre à deux questions durant le *voir-dire* relatif à l'habilité à témoigner : a) le témoin éventuel comprend-il la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, et b) est-il capable de communiquer les faits dans son témoignage?

[82] Septièmement, pour répondre à la deuxième question relative à la capacité de la personne de communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès doit vérifier de façon générale si la personne est capable de relater des faits concrets en

ask if she can differentiate between true and false everyday factual statements.

[83] Finally, the witness testifies under oath or affirmation if she passes both parts of the test, and on promising to tell the truth if she passes the second part only.

III. Application

[84] During the *voir dire* on K.B.'s testimonial capacity, the Crown posed a line of questions going to whether she could tell the difference between true and false factual statements in concrete circumstances. These were relevant to K.B.'s basic ability to communicate the evidence:

MR. SEMENOFF:

Q. How old are you now, [K.B.]?

A. I'm 22, you know that.

Q. 22? When's your birthday?

A. [Birth date].

Q. [Birth date]. Are you going to school now or are you done with school?

A. I'm not done in school yet.

Q. What school do you go to, [K.B.]?

A. [Name of school].

Q. How long -- do you know how long you've been going to [name of school]?

A. I don't know.

Q. Did you go to any school before you went to [name of school]?

A. From [name of previous school].

Q. From [name of previous school]. Okay.

comprenant les questions qui lui sont posées et en y répondant. Il peut être utile de se demander si la personne est en mesure de différencier entre de vraies et de fausses affirmations factuelles de tous les jours.

[83] Finalement, la personne peut témoigner sous serment ou affirmation solennelle si elle satisfait aux deux volets du critère. Si elle satisfait uniquement au deuxième volet du critère, elle peut témoigner en promettant de dire la vérité.

III. Application

[84] Au cours du *voir-dire* relatif à l'habilité de K.B. à témoigner, le ministère public a posé à K.B. une série de questions en vue de déterminer si elle pouvait dire la différence entre de vraies et de fausses affirmations factuelles dans des situations concrètes. Ces questions étaient pertinentes quant à la faculté élémentaire de K.B. à communiquer les faits dans son témoignage :

[TRADUCTION]

M. SEMENOFF :

Q. Quel âge as-tu actuellement, [K.B.]?

R. J'ai 22 ans, vous le savez.

Q. 22 ans? Quelle est ta date de naissance?

R. [Date de naissance].

Q. [Date de naissance]. Est-ce que tu vas présentement à l'école ou que tu as terminé tes études?

R. Je n'ai pas terminé mes études.

Q. À quelle école vas-tu, [K.B.]?

R. [Nom de l'école].

Q. Depuis combien de temps -- sais-tu depuis combien de temps tu vas à [nom de l'école]?

R. Je ne sais pas.

Q. Es-tu allée à une autre école avant d'aller à [nom de l'école]?

R. [Nom de l'autre école].

Q. [Nom de l'autre école]. D'accord.

Did you have a teacher from that school, a Ms. [W.]?

A. Ms. [R.].

Q. Oh, [R.]. Okay. And I call her Ms. [W.], do you know what her name is, is it [R.] or is it Ms. [W.]?

A. [R.].

Q. Okay.

. . .

Q. [K.B.], if I were to tell you that the room that we're in that the walls in the room are black[,] would that be a truth or a lie, [K.B.]?

A. A lie.

Q. Why would it be a lie?

A. It's different colours in here.

Q. There are different colours in here. What colour are the walls?

A. Purple.

Q. Purple. Okay. If I were to tell you that the gown that I'm wearing that that is black, would that be a truth or a lie?

A. The truth.

Q. And why is that?

A. I don't know.

Q. You don't know. Is it a good thing or a bad thing to tell the truth?

A. Good thing.

Q. Is it a good thing or a bad thing to tell a lie?

A. Bad thing.

(A.R., vol. I, at pp. 111-13)

However, the trial judge went on to question K.B. on her understanding of the meaning of truth, religious concepts, and the consequences of lying.

[THE COURT:]

[Q.] Do you go to church, [K.B.]?

A. No.

As-tu eu dans cette école une enseignante du nom de M^{me} [W.]?

R. M^{me} [R.].

Q. Oh, [R.]. D'accord. Et je l'appelle M^{me} [W.], sais-tu quel est son nom, est-ce [R.], est-ce M^{me} [W.]?

R. [R.].

Q. D'accord.

. . .

Q. [K.B.], si je te disais que la pièce où nous nous trouvons, les murs de cette pièce sont noirs, s'agit-il de la vérité ou d'un mensonge, [K.B.]?

R. Un mensonge.

Q. Pourquoi est-ce un mensonge?

R. Les couleurs sont différentes ici.

Q. Les couleurs sont différentes ici. De quelle couleur sont les murs?

R. Mauve.

Q. Mauve. D'accord. Si je te disais que la toge que je porte présentement est noire, s'agirait-il de la vérité ou d'un mensonge?

R. De la vérité.

Q. Et pourquoi donc?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu ne sais pas. Est-il bon ou mauvais de dire la vérité?

R. C'est bon.

Q. Est-il bon ou mal de dire un mensonge?

R. C'est mal.

(d.a., vol. I, p. 111-113)

Toutefois, le juge du procès a poursuivi en posant à K.B. des questions sur sa compréhension de la vérité, sur des concepts religieux et sur les conséquences que comporte le mensonge.

[LA COUR :]

[Q.] Vas-tu à l'église, [K.B.]?

R. Non.

- Q.** No. Have you ever been taught about God or anything like that?
- A.** No.
- Q.** No? All right. What happens if you steal something?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. If you steal something and no one sees it, will anything happen to you? Nothing will happen. Why won't anything happen?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. Tell me what you think about the truth.
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. All right. Is it important to tell the truth?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. Tell me what a promise is when you make a --
- A.** I don't know.
- Q.** -- promise. What's a promise?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know what a promise is. Okay. Have you ever been in court before?
- A.** Once.
- Q.** Once? And do you think it's an important thing to be in court?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. All right. Do you know what an oath is, to take an oath?
- A.** I don't know.
- Q.** No. Do you have any idea what it means to tell the truth?
- A.** I don't know.
- Q.** You don't know. If you tell a lie does anything happen to you? Nothing happens.
- A.** No.
- Q.** Non. Est-ce qu'on t'a déjà parlé de Dieu ou de quelque chose du genre?
- R.** Non.
- Q.** Non? D'accord. Qu'est-ce qui se passe si tu voles quelque chose?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Si tu voles quelque chose et que personne ne te voit, est-ce qu'il arrivera quelque chose? Il n'arrivera rien. Pourquoi est-ce qu'il n'arrivera rien?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Dis-moi ce que tu penses de la vérité.
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Très bien. Est-il important de dire la vérité?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Dis-moi ce qu'est une promesse lorsque tu --
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** -- promets. Qu'est-ce qu'une promesse?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas ce qu'est une promesse. D'accord. Es-tu déjà allée devant un tribunal?
- R.** Une fois.
- Q.** Une fois? Et crois-tu qu'être devant un tribunal est une chose importante?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Très bien. Sais-tu ce qu'est un serment, ce que veut dire prêter serment?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Non. Sais-tu ce que signifie dire la vérité?
- R.** Je ne sais pas.
- Q.** Tu ne sais pas. Si tu dis un mensonge, est-ce qu'il arrive quelque chose? Il n'arrive rien.
- R.** Non.

[THE COURT:]

[Q.] Do you know why you're here today?

A. I don't know. To talk about [D.A.I.].

Q. Yes, and do you think that's really important?

A. Maybe yeah.

Q. Maybe yeah? Remember earlier I was asking you about a promise?

A. No.

Q. Have you ever made a promise to anybody?

A. I don't know.

Q. That you promised you'll be good, did you ever say that? Have you ever heard that expression "I promise to be good, mommy"?

A. Okay.

Q. All right. So do you know what a promise is, that you're going to do something the right way? Do you understand that?

A. Okay.

Q. Can you tell me whether you understand that, [K.B.]?

A. I don't know.

Q. Does anything happen if you break a promise?

A. I don't know.

Q. You told me you don't go to church, right?

A. Right.

Q. And no one has ever told you about God; is that correct? No one has ever told you about God?

A. No.

Q. Has anyone ever told you that if you tell big lies you'll go to jail?

A. Right.

Q. If you tell big lies will you go to jail?

A. No.

(*Ibid.*, at pp. 117-19 and 155-56)

[LA COUR :]

[Q.] Sais-tu pourquoi tu es ici aujourd'hui?

R. Je ne sais pas. Pour parler de [D.A.I.].

Q. Oui, et penses-tu que ce soit vraiment important?

R. Peut-être, oui.

Q. Peut-être oui? Te souviens-tu, plus tôt, quand je t'ai posé des questions à propos d'une promesse?

R. Non.

Q. As-tu déjà fait une promesse à quelqu'un?

R. Je ne sais pas.

Q. As-tu déjà promis d'être gentille, as-tu déjà dit cela? As-tu déjà entendu l'expression « je promets d'être gentille, maman »?

R. D'accord.

Q. Très bien. Alors, sais-tu ce qu'est une promesse, que tu vas agir de la bonne façon? Comprends-tu?

R. D'accord.

Q. Peux-tu me dire si tu comprends ça, [K.B.]?

R. Je ne sais pas.

Q. Est-ce qu'il arrive quelque chose si tu ne tiens pas une promesse?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu m'as dit que tu ne vas pas à l'église, n'est-ce pas?

R. Exact.

Q. Et personne ne t'a jamais parlé de Dieu; est-ce exact? Personne ne t'a jamais parlé de Dieu?

R. Non.

Q. Est-ce qu'on t'a jamais dit que si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Exact.

Q. Si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Non.

(*Ibid.*, p. 117-119 et 155-156)

[85] As these passages demonstrate, the trial judge was not satisfied with the Crown's questions on K.B.'s ability to recount events and distinguish between telling the truth and lying in concrete, real-life situations. He went on to question her on the nature of truth, religious obligations and the consequences of failing to tell the truth. Because K.B. was unable to satisfactorily answer these more abstract questions, he ruled that she could not be allowed to promise to tell the truth and refused to allow her to testify.

[86] This ruling was based on an erroneous interpretation of s. 16(3), which the trial judge read as requiring an understanding of the duty to speak the truth. Hence, K.B. was precluded from testifying on promising to tell the truth. The trial judge summed up his conclusions as follows:

Having questioned [K.B.] at length I am fully satisfied that [K.B.] has not satisfied the prerequisite that she understands the duty to speak to the truth. She cannot communicate what truth involves or what a lie involves, or what consequences result from truth or lies, and in such circumstances, quite independent of the evidence of [Dr. K.], I am not satisfied that she can be permitted to testify under a promise to tell the truth. [Emphasis added; *ibid.*, at p. 3.]

[87] The fatal error of the trial judge is that he did not consider the second part of the test under s. 16. He failed to inquire into whether K.B. had the ability to communicate the evidence under s. 16(3), insisting instead on an understanding of the duty to speak the truth that is not prescribed by s. 16(3). This error, an error of law, led him to rule K.B. incompetent and hence to the total exclusion of her evidence from the trial. This fundamental error vitiated the trial.

[88] This fundamental flaw in the trial cannot be rectified by comments made by the trial judge at other points in the trial or by the doctrine of deference. My colleague Binnie J. suggests that the trial judge's comments during the *voir dire* and hearing on hearsay admissibility (paras. 136, 138 and 139)

[85] Comme le montrent ces passages de l'interrogatoire, le juge du procès n'était pas satisfait des questions posées par le ministère public relativement à la capacité de K.B. de relater des événements et de faire la distinction entre dire la vérité et mentir dans des situations concrètes. Il lui a ensuite posé des questions sur la nature de la vérité, les obligations religieuses et les conséquences découlant du fait de ne pas dire la vérité. Comme K.B. était incapable de répondre de manière satisfaisante à ces questions plus abstraites, il a statué qu'il ne pouvait lui demander de promettre de dire la vérité et a refusé de l'autoriser à témoigner.

[86] Cette conclusion reposait sur une interprétation erronée du par. 16(3) qui, selon le juge du procès, exige une compréhension du devoir de dire la vérité. K.B. n'a donc pas été autorisée à témoigner en promettant de dire la vérité. Le juge du procès a résumé ses conclusions comme suit :

[TRANSCRIPTION] Après avoir longuement interrogé [K.B.], je suis entièrement convaincu que [K.B.] n'a pas satisfait à la condition préalable voulant qu'elle comprenne le devoir de dire la vérité. Elle est incapable de dire ce que comportent la vérité et le mensonge, ou de dire ce que sont les conséquences découlant de la vérité ou de mensonges. Dans de telles circonstances, tout à fait indépendantes de la déposition du [D^r K.], je ne suis pas convaincu qu'elle peut être autorisée à témoigner en promettant de dire la vérité. [Je souligne; *ibid.*, p. 3.]

[87] Le juge du procès a commis une erreur fatale en n'examinant pas le deuxième volet du critère établi à l'art. 16. Il n'a pas vérifié si, conformément au par. 16(3), K.B. était en mesure de communiquer les faits dans son témoignage et a insisté plutôt sur la nécessité qu'elle comprenne le devoir de dire la vérité, ce que n'exige pas le par. 16(3). Cette erreur, une erreur de droit, l'a amené à conclure que K.B. n'était pas habile à témoigner et à exclure complètement son témoignage du procès. Cette erreur fondamentale a vicié le procès.

[88] Des commentaires formulés par le juge du procès à d'autres étapes de l'instruction ou le principe de la déférence judiciaire ne peuvent corriger ce vice fondamental. Mon collègue le juge Binnie laisse entendre que les commentaires émis par le juge du procès durant le *voir-dire* et l'audience sur

support his conclusion on the earlier *voir dire* that K.B. was not competent to testify under s. 16(3). However, it is difficult to see how subsequent comments in the course of dealing with other issues could rehabilitate the trial judge's erroneous application of the requirements for competence under s. 16. The *voir dire* on competence and the *voir dire* on the admissibility of hearsay evidence were two different inquiries. The evidence of Ms. W., on which the trial judge relied in making the comments regarding hearsay, was not before the trial judge when he ruled K.B. incompetent to testify. Moreover, the threshold of reliability for hearsay evidence differs from the threshold ability to communicate the evidence for competence; a ruling on testimonial capacity cannot be subsequently justified by comments in a ruling on hearsay admissibility. Had the competence hearing been properly conducted, this might have changed the balance of the trial, including the hearing (if any) on hearsay admissibility. The trial judge's fundamental error in the s. 16 inquiry on competence cannot be corrected by speculation based on comments made in a different inquiry.

[89] Nor does the ruling that K.B. was incompetent, based as it was on a misstatement of the legal test under s. 16(3), attract deference. This amounted to an error of law, to be judged on a standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26-37. The defect in the trial judge's ruling cannot, in my view, be cured.

[90] I would allow the appeal, set aside the acquittal, and direct a new trial.

l'admissibilité de la preuve par ouï-dire (par. 136, 138 et 139) appuient la conclusion qu'il a tirée au voir-dire précédent, conclusion selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner aux termes du par. 16(3). Il est toutefois difficile de voir comment des commentaires émis subséquemment par le juge du procès alors qu'il traitait d'autres questions pourraient remédier à une application erronée par celui-ci des exigences prévues à l'art. 16 relativement à l'habilité à témoigner. Le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner et le voir-dire relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire constituaient deux enquêtes différentes. Le juge du procès ne disposait pas du témoignage de M^{me} W. — sur lequel il s'est fondé pour formuler les commentaires concernant le ouï-dire — lorsqu'il a jugé que K.B. n'était pas habile à témoigner. De plus, le seuil de fiabilité applicable à la preuve par ouï-dire diffère du seuil de la capacité à communiquer les faits dans un témoignage, applicable à l'habilité à témoigner; une conclusion sur l'habilité d'une personne à témoigner ne peut être justifiée après coup par des commentaires émis dans une décision sur l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire. La tenue d'une audience régulière sur l'habilité à témoigner aurait peut-être modifié l'équilibre du procès, y compris l'audience (le cas échéant) sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. On ne peut corriger l'erreur fondamentale commise par le juge du procès dans l'enquête relative à l'habilité à témoigner prévue à l'art. 16 en se fondant sur des conjectures tirées de commentaires formulés dans une enquête différente.

[89] La conclusion selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner, fondée sur une mauvaise formulation du critère juridique applicable aux termes du par. 16(3), ne commande pas non plus la déférence. Il s'agissait là d'une erreur de droit devant être examinée selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26-37. Ce vice dans la décision de première instance ne peut, à mon avis, être corrigé.

[90] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquittal et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

[91] BINNIE J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice that, in this case, “[t]wo potentially conflicting policies are in play”, the first being to “bring to justice” those accused of sexual abuse and the second being “to ensure a fair trial for the accused and to prevent wrongful convictions” (para. 65). In my view, by turning Parliament’s direction permitting a person “whose mental capacity is challenged” to testify only “on promising to tell the truth” into an empty formality — a mere mouthing of the words “I promise” without any inquiry as to whether the promise has any significance to the potential witness — the majority judgment unacceptably dilutes the protection Parliament intended to provide to accused persons.

[92] I prefer the contrary interpretation of s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, expressed by our Chief Justice herself in her concurring judgment in *R. v. Rokey*, [1996] 3 S.C.R. 829, where, as McLachlin J., drawing a distinction between “the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth” (para. 25), wrote:

The only inference that can be drawn from this evidence is that while [the potential witness] Ryan understood the difference between what is “so” and “not so”, he had no conception of any moral obligation to say what is “right” or “so” in giving evidence or otherwise. In these circumstances, no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth. [Emphasis added; para. 27.]

McLachlin J.’s views on the requirements of s. 16(3) were not disagreed with by the majority, and indeed on this point she simply reflected the Court’s earlier unanimous opinion in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, at pp. 537-38.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

[91] LE JUGE BINNIE (dissident) — Je souscris à l’opinion de la Juge en chef selon laquelle, en l’espèce, « [d]eux principes susceptibles de s’opposer entrent en jeu » (par. 65). Le premier consiste à « traduire en justice » les personnes accusées d’agression sexuelle, et le deuxième vise à « garantir la tenue d’un procès équitable pour l’accusé et [à] prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées » (*ibid.*). Selon moi, en transformant la directive du législateur, qui permet à une personne « dont la capacité mentale est mise en question » de témoigner « en promettant de dire la vérité », en une formalité vide de sens — le témoin éventuel ne fait que prononcer les mots « je promets » sans que l’on vérifie s’il accorde quelque importance à sa promesse — les juges majoritaires diluent de façon inacceptable la protection que le législateur voulait accorder aux accusés.

[92] Je préfère l’interprétation contraire du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, que notre Juge en chef elle-même a énoncée dans ses motifs concordants dans *R. c. Rokey*, [1996] 3 R.C.S. 829, où, alors juge puînée, elle a établi une distinction entre la « capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité » (par. 25); elle a écrit ce qui suit :

La seule inférence que l’on peut tirer de ce témoignage est que même si [le témoin éventuel] Ryan comprenait la différence entre ce qui était « exact » et « pas exact », il n’avait aucune idée de l’obligation morale de dire ce qui est « vrai » ou « exact » lorsqu’on témoigne ou dans d’autres situations. Dans ces circonstances, aucun juge n’aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité. [Je souligne; par. 27.]

Dans cette affaire, les juges de la majorité n’avaient pas désapprouvé les propos de la juge McLachlin au sujet des exigences du par. 16(3). En fait, sur ce point, la juge McLachlin reprenait simplement l’opinion unanime que la Cour avait déjà exprimée dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, p. 537-538.

[93] The majority judgment in the present case repudiates the earlier jurisprudence and the balanced approach it achieved. It entirely eliminates any inquiry into whether the potential witness has any “conception of any moral obligation to say what is ‘right’”.

[94] I agree with the Chief Justice that “allowing the witness to testify is only the first step in the process” (para. 72). More particularly, my colleague continues:

The witness’s evidence will be tested by cross-examination. The trier of fact will observe the witness’s demeanour and the way she answers the questions. [*Ibid.*]

In this case, the exchanges between the challenged witness, K.B., and the trial judge, demonstrated the futility of any such cross-examination. The trial judge noted that K.B. “did not ‘compute’ questions before giving answers, that she was not processing the information being communicated to her, and that she had serious problems relating to her ability to communicate and to recollect” (2008 CanLII 21726 (Ont. S.C.J.)) (the “hearsay decision”), at para. 7). As a practical matter, it is not possible to cross-examine such a witness meaningfully. The trial judge concluded correctly on this point that “there is no secure method of testing K.B.’s credibility” (para. 56). The result of the majority judgment in this case is to create unfair prejudice to the accused.

[95] What is fundamental, as was emphasized here by the Ontario Court of Appeal, is that the trial judge had the opportunity to observe the witness’s demeanour and the way she answers the questions (McLachlin C.J., at para. 72). We do not have that advantage. The trial judge concluded, based on his direct observation, that, in light of the severity of her mental disability, K.B.’s evidence could not be relied upon for the truth-seeking purposes of a criminal trial and it ought to be altogether excluded. In a judge-alone trial, it goes without

[93] Le jugement majoritaire en l’espèce répudie les décisions antérieures ainsi que l’approche équilibrée qu’elles avaient établie. Il écarte complètement l’enquête permettant de vérifier si le témoin éventuel a une « idée de l’obligation morale de dire ce qui est “vrai” ».

[94] Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire qu’« en [. . .] permettant [aux personnes adultes ayant une déficience intellectuelle] de témoigner, elles franchissent seulement la première étape du processus » (par. 72). Plus particulièrement, ma collègue ajoute ce qui suit :

La déposition du témoin sera vérifiée par contre-interrogatoire. Le juge des faits examinera le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions. [*Ibid.*]

En l’espèce, les échanges entre le juge du procès et K.B., la personne dont la capacité mentale est mise en question, ont démontré la futilité d’un tel contre-interrogatoire. Le juge du procès a souligné que K.B. [TRADUCTION] « ne “computait” pas les questions avant d’y répondre, qu’elle ne traitait pas l’information qui lui était communiquée et qu’elle avait de sérieux problèmes liés à sa capacité de communiquer et de se souvenir » (2008 CanLII 21726 (C.S.J. Ont.) (la « décision relative au ouï-dire »), par. 7). Concrètement, il n’est pas possible de contre-interroger de manière significative un tel témoin. Le juge du procès a correctement conclu sur ce point qu’« il n’y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. » (par. 56). Par conséquent, le jugement des juges majoritaires en l’espèce cause à l’accusé un préjudice inévitabile.

[95] La Cour d’appel de l’Ontario a souligné un aspect fondamental, soit que le juge du procès a eu l’occasion d’examiner le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions (la juge en chef McLachlin, par. 72). Nous ne bénéficions pas de cet avantage. Le juge du procès a conclu, selon ce qu’il a directement observé, que compte tenu de la gravité de la déficience intellectuelle de K.B., on ne pouvait se fier au témoignage de cette dernière pour les besoins de la recherche de la vérité — le but visé par un procès criminel — et que ce témoignage

saying, where the trial judge found that K.B.'s testimony did not meet even a threshold of admissibility, he would not — had the evidence been admitted — have accepted it as the basis for a proper conviction. An acquittal was inevitable.

[96] In the result, despite all the talk in our cases of the need to “defer” to trial judges on their assessment of mental capacity, a deference which, in my opinion, is manifestly appropriate, the majority judgment shows no deference to the views of the trial judge whatsoever and orders a new trial. I am unable to agree. I therefore dissent.

I. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2008 CanLII 21726 (the “Hearsay Decision”)*

[97] The Chief Justice has set out the substance of the trial judge’s ruling. I should add that he found numerous contradictions in K.B.’s testimony. For example, K.B. testified that she had told her mother about D.A.I. touching her, but her mother contradicted this (para. 38). With respect to the out-of-court statements, the trial judge expressed serious concerns about the truth of the statements based on K.B.’s “serious problems in communicating her evidence, her incapacity to answer relatively simple questions surrounding the allegations, her confusion with respect to whether or not she spoke to her mother” (para. 53 (emphasis added)). He also noted the testimony of K.B.’s teacher that K.B.’s mother had told her that she viewed K.B.’s story with “disbelief” (para. 54). Given the close relationship between K.B. and the respondent D.A.I., the trial judge found that “[w]hat may have been innocent in intent has the potential to be misinterpreted” (para. 55).

[98] The trial judge concluded:

devait être complètement exclu. Il va sans dire que, dans un procès devant un juge seul, où le juge du procès a conclu que le témoignage de K.B. ne satisfaisait pas à un critère même minimal d’admissibilité, si le témoignage avait été accepté, il n’aurait pu servir de fondement d’une déclaration de culpabilité. Un verdict d’acquiescement était inévitable.

[96] Par conséquent, malgré toutes les décisions dans lesquelles notre Cour signale la nécessité de « faire preuve de retenue » à l’égard de l’appréciation de la capacité mentale par les juges des procès — une retenue manifestement appropriée selon moi —, les juges majoritaires ne font preuve d’aucune retenue à l’égard des opinions du juge du procès et ordonnent la tenue d’un nouveau procès. Il m’est impossible de souscrire à leur décision. J’inscris donc ma dissidence.

I. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2008 CanLII 21726 (la « décision relative au ouï-dire »)*

[97] La Juge en chef a exposé la substance de la décision du juge du procès. J’ajouterais qu’il a relevé plusieurs contradictions dans les réponses de K.B. Par exemple, K.B. a déclaré avoir dit à sa mère que D.A.I. l’avait touchée, mais cette dernière l’a nié (par. 38). En ce qui concerne les déclarations extrajudiciaires, le juge du procès a exprimé d’importantes réserves sur la véracité des déclarations de K.B. en raison des [TRADUCTION] « sérieuses difficultés [de K.B.] à communiquer les faits dans son témoignage, de son incapacité à répondre à des questions relativement simples portant sur ses allégations, de sa confusion quant à savoir si elle avait ou non parlé à sa mère » (par. 53 (je souligne)). Il a aussi signalé que l’enseignante de K.B. a affirmé dans son témoignage que la mère de K.B. lui avait dit « ne pas croire » ces dires de sa fille (par. 54). Vu l’étroite relation entre K.B. et l’intimé, D.A.I., le juge du procès a conclu que « [c]e qui pouvait se vouloir inoffensif risquait d’être mal interprété » (par. 55).

[98] Le juge du procès a conclu comme suit :

I am convinced that to admit K.B.'s statement for its truth would effectively deprive the court of any reliable method of testing its truth. It is clear from the short cross-examination undertaken . . . at the preliminary inquiry, there is no secure method of testing K.B.'s credibility. . . . What the Crown purports to be confirmatory evidence is either ambiguous or itself unreliable. [Emphasis added; para. 56.]

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96 (Doherty, MacPherson and Armstrong J.J.A.)*

[99] Doherty and MacPherson J.J.A. applied a “very deferential” standard of review to the trial judge’s assessment under s. 16, noting that the trial judge heard not only what the proposed witness said, but also how it was said (paras. 20-21). In their view, Parliament chose to create a new testimonial competence test for children but to limit it so as only to apply to children under 14 (para. 41). For whatever reason, Parliament intended to treat children and adults with a mental disability differently when it comes to testimonial competence (para. 43).

[100] The Court of Appeal also held that the trial judge had correctly rejected the confirmatory evidence tendered by the Crown, namely K.B.’s sister’s evidence and the photograph found in the respondent’s bedroom (para. 50). He had carefully considered the sister’s testimony, but decided that it was unreliable. The trial judge had also found that the respondent’s explanation that K.B. flashed him when he took the photograph could have been true. Doherty and MacPherson J.J.A., speaking for a unanimous Court of Appeal, held that both of these conclusions were open to the trial judge (*ibid.*). The appeal was accordingly dismissed.

II. Analysis

[101] The substantial issue in this appeal concerns the correctness of the trial judge’s approach to

[TRANSLATION] Je suis convaincu que le fait d’admettre comme véridique la déclaration de K.B. priverait effectivement la cour de toute méthode fiable pour en vérifier la véracité. Il ressort clairement du bref contre-interrogatoire mené [. . .] à l’enquête préliminaire qu’il n’y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. [. . .] Ce que le ministère public estime être une preuve corroborante est ambigu ou sujet à caution. [Je souligne; par. 56.]

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96 (les juges Doherty, MacPherson et Armstrong)*

[99] Les juges Doherty et MacPherson ont appliqué une norme de contrôle qui commande [TRANSLATION] « une très grande retenue » à l’égard de l’appréciation faite par le juge du procès aux termes de l’art. 16, soulignant que le juge du procès n’a pas seulement entendu ce que le témoin éventuel a dit, mais aussi comment il l’a dit (par. 20-21). Selon eux, le législateur a choisi de créer pour les enfants un nouveau critère relatif à l’habilité à témoigner, mais de le limiter de sorte qu’il ne s’applique qu’aux enfants de moins de 14 ans (par. 41). Pour une raison ou une autre, le législateur a voulu traiter les enfants différemment des adultes ayant une déficience intellectuelle lorsque l’habilité à témoigner est en cause (par. 43).

[100] La Cour d’appel a également conclu que le juge du procès avait rejeté à bon droit la preuve corroborante présentée par le ministère public, à savoir le témoignage de la sœur de K.B. et la photographie trouvée dans la chambre de l’intimé (par. 50). Le juge a soigneusement examiné le témoignage de la sœur de K.B., mais il a décidé qu’il était sujet à caution. Le juge du procès avait aussi conclu que l’explication de l’intimé — que K.B. lui avait soudainement montré ses seins au moment où il a pris la photographie — pouvait être vraie. Les juges Doherty et MacPherson, au nom d’une formation unanime de la Cour d’appel, ont affirmé qu’il était loisible au juge du procès de tirer ces deux conclusions (*ibid.*). L’appel a donc été rejeté.

II. Analyse

[101] La question importante dans le présent pourvoi porte sur le bien-fondé de la démarche retenue

assessment of the testimonial capacity of the complainant, K.B. The admissibility of her evidence turns on the interpretation of the rules established by Parliament in s. 16 of the *Canada Evidence Act*, which delineates the circumstances in which a proposed witness “of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged” may or may not testify.

[102] A trial judge is faced with three options. If the challenged witness is “able to communicate the evidence” and “understands the nature of an oath or a solemn affirmation”, the person “shall testify under oath or solemn affirmation” (s. 16(2)). A person who satisfies the first criterion (“able to communicate the evidence”) but not the second (i.e. does not understand “the nature of an oath or a solemn affirmation”) may provide unsworn testimony “on promising to tell the truth” (s. 16(3)). A person who does not satisfy either criterion “shall not testify” (s. 16(4)).

[103] The few questions posed by the trial judge touching on religion in this case were relevant to the first option of having K.B. testify under oath or affirmation which, as the Chief Justice recognizes, is the “preferred option” (para. 31). If the trial judge had found that K.B. understood the nature of the oath, he would have been obliged to have her testimony given under oath. It was proper for the trial judge to test K.B.’s ability to satisfy this standard rather than assuming, on account of her mental disability, that she would fail the s. 16(1) test.

[104] As to the second option (unsworn evidence), it is clear that Parliament did not consider an ability to communicate the evidence to be the sole and sufficient condition of admissibility. A person giving unsworn testimony must nevertheless promise to tell the truth, and this additional requirement is not, in my view, an empty formality but is intended to bolster the court’s effort to establish the true facts

par le juge du procès pour apprécier l’habilité à témoigner de la plaignante, K.B. L’admissibilité de son témoignage repose sur l’interprétation des règles établies par le législateur à l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel énonce les circonstances dans lesquelles un témoin éventuel âgé « d’au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question » peut ou non témoigner.

[102] Trois possibilités s’offrent au juge du procès. Si la personne dont la capacité mentale est mise en question est « capable de communiquer les faits dans son témoignage » et « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle », elle « témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle » (par. 16(2)). Une personne qui répond au premier critère (« capable de communiquer les faits dans son témoignage »), mais pas au deuxième (soit qu’elle ne comprend pas « la nature du serment ou de l’affirmation solennelle ») peut témoigner sans prêter serment « en promettant de dire la vérité » (par. 16(3)). Une personne qui ne satisfait à ni l’un ni l’autre de ces critères « ne peut témoigner » (par. 16(4)).

[103] Les quelques questions que le juge du procès a posées en l’espèce relativement à la religion avaient trait à la première possibilité, soit que K.B. témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle, ce qui, comme le reconnaît la Juge en chef, constitue la « solution privilégiée » (par. 31). Si le juge du procès avait conclu que K.B. comprenait la nature du serment, il aurait été tenu de la faire témoigner sous serment. Il était approprié pour le juge du procès de vérifier si K.B. pouvait satisfaire à cette norme au lieu de supposer qu’elle échouerait le test du par. 16(1) en raison de sa déficience intellectuelle.

[104] En ce qui concerne la deuxième possibilité (témoignage sans avoir prêté serment), le législateur n’a manifestement pas considéré la capacité de communiquer les faits dans un témoignage comme étant une condition unique et suffisante d’admissibilité. Une personne qui témoigne sans avoir prêté serment doit tout de même promettre de dire la vérité, et cette condition supplémentaire n’est pas,

and to protect the legitimate interest of the accused to a fair trial.

[105] I agree with the Chief Justice that “[p]romising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose” (para. 36). I do not agree with my colleague, however, that it is out of bounds for a trial judge to try to determine — in concrete everyday terms — whether there is in reality such a “prophylactic” effect in the case of a particular witness whose mental capacity has been challenged. If such a witness is so disabled as not to understand “the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct”, there is no prophylactic effect, and the fair trial interests of the accused are unfairly prejudiced.

A. *The Khan Test*

[106] It is, of course, true that an inability to deal with concepts (“oaths”, “solemn affirmations” and “promises”) does not mean that a person suffering from a mental disability is by that fact unable to relate the factual events that he or she encountered. Many individuals whose mental capacity is not open to challenge may have difficulty giving a correct explanation of these concepts.

[107] In an effort to solve this dilemma, this Court in *Khan* adopted the approach formulated by Robins J.A. in *Khan* when it was before the Ontario Court of Appeal ((1988), 42 C.C.C. (3d) 197, at p. 206):

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity

selon moi, une formalité vide de sens; elle vise à soutenir les efforts de la cour en vue d’établir les faits authentiques et à protéger le droit légitime d’un accusé à un procès équitable.

[105] Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que « [l]a promesse est un acte visant à renforcer, dans l’esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique » (par. 36). Je ne suis cependant pas d’accord avec ma collègue pour affirmer qu’un juge du procès ne peut pas tenter de déterminer — en termes concrets de la vie quotidienne — si un tel effet « prophylactique » existe effectivement dans le cas d’une personne dont la capacité mentale est mise en question. Si cette personne est à ce point déficiente qu’elle ne comprend pas « le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte », il n’y a aucun effet prophylactique et le droit de l’accusé à un procès équitable subit une atteinte injustifiée.

A. *Le critère formulé dans l’arrêt Khan*

[106] Assurément, une incapacité de saisir des notions (« serments », « affirmations solennelles » et « promesses ») ne signifie pas qu’une personne ayant une déficience intellectuelle soit par le fait même incapable de décrire les événements dont elle a été témoin. Bien des personnes dont la capacité intellectuelle n’est pas mise en question peuvent avoir de la difficulté à expliquer correctement ces notions.

[107] Cherchant à résoudre ce dilemme, notre Cour a adopté dans *Khan* la solution élaborée par le juge Robins alors que l’affaire *Khan* se trouvait devant la Cour d’appel de l’Ontario ((1988), 42 C.C.C. (3d) 197, p. 206) :

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n’est pas donné sous serment, il suffit que l’enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l’enfant comprend la différence entre la vérité et

to tell the truth, and promises to do so. [Emphasis added.]

This approach (adopted at a time before the *Canada Evidence Act* introduced its present distinction between children and adults with challenged mental capacity) gives meaningful content to the statutory language while recognizing that the “simple line of questioning” is to be factual, not metaphysical.

[108] It is true, as the Chief Justice points out, that *Khan* was decided under an earlier version of s. 16 which referred expressly to “the duty of speaking the truth”. However, as both *Khan* and McLachlin J. in *Rockey* were at pains to point out, those words were not interpreted as contemplating an abstract inquiry. In *Rockey*, decided at a time when s. 16(3) read the same as it does now, McLachlin J. insisted on a determination of “the ability to promise to tell the truth” (para. 25 (emphasis added)), but not as the mere physical ability of a potential witness to say the words. In that case, the child witness was not called to testify and the issue was whether his out-of-court statements could nevertheless be admitted against the accused under the principled hearsay exception. To do so required a demonstration of necessity and reliability. McLachlin J. held that “necessity” was established. In her view, the child was incompetent to testify under s. 16(3) because, not only was it “unrealistic to conclude that Ryan could have communicated his evidence in any useful sense either in the courtroom or in a smaller room via closed circuit television”, but, as stated, because “no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth” (paras. 26-27). Although Parliament had by that time eliminated the words “duty of speaking the truth” from s. 16(3), McLachlin J. nevertheless concluded that the words “on promising to tell the truth” incorporated the understanding in practical terms of a “moral obligation to say what is ‘right’” (para. 27).

le mensonge, s’il sait qu’il n’est pas bien de mentir, s’il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. [Je souligne.]

Cette approche (adoptée avant que la *Loi sur la preuve au Canada* n’établisse la distinction que l’on trouve maintenant entre les enfants et les adultes dont la capacité mentale est mise en question) donne un contenu significatif au texte de la loi tout en reconnaissant que la « série de questions simples » doit porter sur des faits et ne doit pas relever de la métaphysique.

[108] Certes, comme la Juge en chef le souligne, lorsque l’arrêt *Khan* a été rendu, une version antérieure de l’art. 16 mentionnait expressément « le devoir de dire la vérité ». Toutefois, comme l’arrêt *Khan* et la juge McLachlin dans *Rockey* ont pris bien soin de le signaler, ces mots n’envisageaient pas, dans leur interprétation, une enquête menée dans l’abstrait. Dans l’arrêt *Rockey*, rendu alors que le texte du par. 16(3) était le même qu’aujourd’hui, la juge McLachlin a insisté sur une détermination de « [l]a capacité [. . .] de promettre de dire la vérité » (par. 25 (je souligne)) qui ne soit pas simplement la capacité physique d’un témoin éventuel de prononcer les mots. Dans cette affaire, l’enfant n’a pas été appelé à témoigner et la question en litige était de savoir si ses déclarations extrajudiciaires pouvaient tout de même être admises à l’encontre de l’accusé en vertu de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire. À cette fin, il fallait démontrer la nécessité et la fiabilité des déclarations de l’enfant. La juge McLachlin a conclu que la « nécessité » avait été établie. Selon elle, l’enfant était inhabile à témoigner aux termes du par. 16(3) parce que, non seulement « il n’[était] pas réaliste de conclure que Ryan aurait pu communiquer les faits d’une façon utile, que ce soit dans la salle d’audience ou depuis une plus petite pièce, au moyen d’un système de télévision en circuit fermé », mais parce qu’« aucun juge n’aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité » (par. 26-27). Même si le législateur avait déjà enlevé au par. 16(3) les mots « devoir de dire la vérité », la juge McLachlin a néanmoins conclu que les mots « en promettant de dire la vérité » supposaient concrètement une « obligation morale de dire ce qui est “vrai” » (par. 27).

[109] In the result, the child was held under s. 16(3) to be incompetent to testify. The necessity for the hearsay evidence was therefore established. His out-of-court evidence was admitted and the accused was convicted.

[110] There is nothing in McLachlin J.'s reasons in *Rockey* to suggest that the "ability to promise to tell the truth" is to be ascertained on a "don't ask" basis, i.e. not to endeavour to determine whether the potential witness has any sense of what it means in simple concrete terms to promise to tell the truth. On the contrary, McLachlin J. rested her conclusion on the evidence heard by the trial judge concerning the ability of the potential witness to explain events and to understand the difference in practical terms between telling the truth and lying.

[111] Nor was it suggested in *Rockey* that, by insisting on "the ability" to make the promise, McLachlin J. was reading extraneous words into the statute, which is now the cornerstone of the majority judgment in this case. The making of a promise is not just a physical act. The question is whether the potential witness recognizes a sense of obligation, however articulated or unarticulated, to stick to the truth. This interpretation was consistent with the Parliamentary record which, as we will see, demonstrates a legislative intention under s. 16(3) that a trial judge be satisfied that a witness — as a condition precedent to testimonial capacity — understands the difference in practical everyday terms between telling the truth and not telling the truth.

[112] Of course, there are witnesses who suffer no mental disability and who recognize perfectly well that they are undertaking an obligation to tell the truth but nevertheless do not do so. That is a different problem. Their mental capacity is not in issue. In their case, the courts rely on cross-examination and other techniques to ferret out the truth. In the case of K.B., there was no allegation whatsoever of bad faith, but she may nevertheless have been mistaken in her perception or recollection of events, and the crucible of cross-examination was considered by the trial judge to be useless because, as

[109] En définitive, l'enfant a été jugé inhabile à témoigner aux termes du par. 16(3). La nécessité de la preuve par ouï-dire a donc été établie. Sa déclaration extrajudiciaire a été admise et l'accusé a été déclaré coupable.

[110] Les motifs de la juge McLachlin dans *Rockey* n'indiquent nullement que la « capacité de promettre de dire la vérité » doit être déterminée « sans poser de questions », c'est-à-dire sans que l'on tente de déterminer si le témoin éventuel peut saisir ce que signifie, en termes simples et concrets, la promesse de dire la vérité. Au contraire, la juge McLachlin a appuyé sa conclusion sur la déposition faite devant le juge du procès concernant la capacité du témoin éventuel d'expliquer des faits et de comprendre la différence, en termes concrets, entre dire la vérité et mentir.

[111] L'arrêt *Rockey* ne donne pas non plus à penser que, en insistant sur « la capacité » de promettre, la juge McLachlin introduisait dans la loi des mots extrinsèques, ce qui constitue maintenant la pierre d'assise du jugement majoritaire en l'espèce. Faire une promesse ne se résume pas à un acte physique. La question est de savoir si le témoin éventuel se reconnaît une obligation, articulée ou non, de s'en tenir à la vérité. Cette interprétation était conforme à l'histoire parlementaire qui démontre, comme nous le verrons, qu'aux termes du par. 16(3), le juge devait être convaincu que la personne comprend la différence, en termes ordinaires, entre dire et ne pas dire la vérité — une condition préalable à la reconnaissance de l'habilité à témoigner.

[112] Évidemment, certains témoins n'ayant aucune déficience intellectuelle ne diront pas la vérité tout en sachant parfaitement bien qu'elles se sont engagées à dire la vérité. Il s'agit là d'un problème différent. Leur capacité mentale n'est pas mise en question. Dans ces cas, le contre-interrogatoire et d'autres moyens permettront au tribunal de découvrir la vérité. Dans le cas de K.B., sa bonne foi n'était aucunement en cause, mais elle aurait quand même pu se tromper pour ce qui est de percevoir ou de se rappeler les faits, et le juge du procès considérerait que l'épreuve du

stated, he found that “there is no secure method of testing K.B.’s credibility” (hearsay decision, at para. 56).

[113] The *Khan* test specifically framed the inquiry as being into “ordinary everyday social conduct” (C.A., at p. 206). At no point did this Court in *Khan* or McLachlin J. in *Rockey* require that the potential witness be able to *articulate* or even understand in the abstract concepts such as oaths, affirmations or promises. Leaving aside McLachlin J.’s reference to a “moral obligation” in *Rockey* — which, if anything, proposed a more strict test for admissibility than the Court’s judgment in *Khan* — if it appears to the trial judge that the potential witness whose mental capacity is challenged has demonstrated an understanding of a promise to tell the truth in terms of ordinary, everyday social conduct, the witness has met the test for giving unsworn testimony. The same would be true in my view of a witness who understands the seriousness of the situation and “the importance of being careful and correct”, to use the Chief Justice’s words in this case (para. 36). However, even this approach could not be satisfied by K.B. according to the trial judge who was uniquely placed to observe her demeanour.

[114] I respectfully disagree with the Chief Justice’s characterization of *Khan* as insisting “on an understanding of the duty to speak the truth in abstract terms and the metaphysical questioning this insistence gave rise to” (para. 62). The *Khan* test, in my view, did just the opposite. In that case, Robins J.A. found that the trial judge had erroneously applied the standards applicable to a child giving sworn testimony to a situation in which only the unsworn testimony of a child was sought and to which less onerous standards were applicable. Robins J.A. underscored the difference between the two standards in no uncertain terms:

contre-interrogatoire serait inutile puisque, comme il l’a dit, [TRADUCTION] « il n’y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. » (décision relative au ouï-dire, par. 56).

[113] Le critère de l’arrêt *Khan* mentionne précisément que l’interrogatoire ne doit pas sortir du cadre de la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne » (C.A., p. 206). Notre Cour dans *Khan*, ou la juge McLachlin dans *Rockey*, n’exigeaient aucunement que le témoin éventuel soit capable d’articuler ou même de comprendre dans l’abstrait des concepts comme le serment, l’affirmation ou la promesse. Abstraction faite de la mention d’une « obligation morale » par la juge McLachlin dans *Rockey* — qui a même proposé un critère d’admissibilité plus rigoureux que celui retenu par notre Cour dans *Khan* — s’il semble au juge du procès que le témoin éventuel dont la capacité mentale est mise en question a démontré qu’il comprend au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne ce qu’est une promesse de dire la vérité, le témoin a satisfait au critère requis pour témoigner sans avoir prêté serment. Il en serait de même, selon moi, d’un témoin qui comprend le sérieux de la situation et « l’importance de répondre de façon prudente et correcte », pour reprendre le propos de la Juge en chef en l’espèce (par. 36). Toutefois, K.B. ne pouvait satisfaire même à ces conditions, selon le juge du procès qui était particulièrement bien placé pour observer son comportement.

[114] Avec égards, je ne suis pas d’accord avec la Juge en chef pour dire que l’arrêt *Khan* insiste « sur la compréhension, en termes abstraits, du devoir de dire la vérité et des questions d’ordre métaphysique que cet accent engendrait » (par. 62). Le critère énoncé dans *Khan*, selon moi, a un effet diamétralement opposé. Dans cette affaire, le juge Robins a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant à un enfant qui témoigne sous serment les normes applicables à une situation dans laquelle on cherchait seulement à obtenir le témoignage d’un enfant qui n’a pas prêté serment et auquel des normes moins rigoureuses s’appliquaient. Le juge Robins a souligné en termes on ne peut plus clairs la différence entre les deux normes :

An appreciation of the assumption of “a moral obligation” or “getting a hold on the conscience of the witness” or . . . an “appreciation of the solemnity of the occasion” or an awareness of an added duty to tell the truth over and above the ordinary duty to do so are all matters involving abstract concepts which are not material to a determination of whether a child’s unsworn evidence may be received. A child need not comprehend “what it is to tell the truth in court” or to appreciate “what happens when you tell a lie in the courtroom” before he or she can give unsworn evidence. [Emphasis added; emphasis in original deleted; pp. 205-6.]

Therefore, I have no disagreement with the Chief Justice insofar as she affirms the existing law that the judge’s inquiry should not ask the potential witness to “articulate abstract concepts” (para. 31) or tell what “the truth means in abstract terms” (para. 35) or venture into “abstract, philosophical realms” (para. 56) or conduct “an abstract inquiry into the nature of the obligation to tell the truth” (para. 58). Nor did *Khan*, or McLachlin J. in *Rockey*, in my view, “insist on the articulation of the nature of the obligation to tell the truth, abstracted from particular situations” (para. 61). On the contrary, it seems to me that *Khan* affirms — not denies — that “[i]t is unnecessary and indeed undesirable to conduct an abstract inquiry” (para. 64). At no point does *Khan* require an explanation of “the nature of the obligation to tell the truth in philosophical terms” (para. 66). The reasons of McLachlin J. in the later case of *Rockey* expressed no disagreement with the *Khan* approach. It is the present majority opinion that effects a marked departure from the existing jurisprudence.

B. *An Issue of Statutory Interpretation*

[115] The bottom line of the majority judgment in this case is that s. 16(3) precludes a court from conducting an inquiry into whether (as McLachlin J. in *Rockey* put it) the proposed witness has “the ability to promise to tell the truth” (para. 25). This is based, it is said, on “[t]he first and cardinal principle of statutory interpretation [which] is that one must look to the plain words of the provision. Where

[TRANSLATION] Apprécier le fait d’assumer « une obligation morale » ou « la prise de conscience du témoin » ou [. . .] « apprécier le caractère solennel de l’occasion » ou être conscient d’un devoir de dire la vérité qui va au-delà du devoir normal de dire la vérité sont toutes des questions comportant des concepts abstraits qui n’ont pas d’incidence au moment de déterminer si le témoignage d’un enfant qui n’a pas prêté serment peut être admis. Avant de faire une déposition sans avoir prêté serment, un enfant n’a pas à comprendre « ce que signifie dire la vérité devant le tribunal » ni à apprécier « les conséquences d’un mensonge dans la salle d’audience ». [Je souligne; italiques dans l’original omis; p. 205-206.]

Par conséquent, je ne conteste pas l’exposé que donne la Juge en chef de l’état du droit lorsqu’elle dit que, dans son interrogatoire, le juge ne devrait pas demander au témoin éventuel de « formuler [d]es concepts abstraits » (par. 31) ou d’expliquer « en termes abstraits ce que signifie dire la vérité » (par. 35) ni s’aventurer dans le « domaine plus abstrait de la philosophie » (par. 56) ou mener « un interrogatoire dans l’abstrait sur la nature de l’obligation de dire la vérité » (par. 58). Et selon moi, ni l’arrêt *Khan* ni la juge McLachlin dans l’arrêt *Rockey* n’ont « [i]nsist[é] sur la formulation de la nature de l’obligation de dire la vérité, sans égard à des situations particulières » (par. 61). Au contraire, il me semble que *Khan* confirme — au lieu de nier — qu’« [i]l n’est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite » (par. 64). L’arrêt *Khan* n’exige aucunement une explication « en termes philosophiques [de] la nature de l’obligation de dire la vérité » (par. 66). Dans ses motifs dans l’arrêt *Rockey*, la juge McLachlin ne rejette nullement l’approche retenue dans *Khan*. C’est l’opinion des juges de la majorité en l’espèce qui rompt nettement avec la jurisprudence.

B. *Une question d’interprétation de la loi*

[115] Les juges de la majorité affirment essentiellement en l’espèce que le par. 16(3) empêche le tribunal de procéder à une enquête visant à déterminer si (comme l’a dit la juge McLachlin dans *Rockey*) le témoin éventuel a « [l]a capacité [. . .] de promettre de dire la vérité » (par. 25). Ils disent se fonder sur « le principe fondamental de l’interprétation des lois, [suivant lequel] il faut examiner

ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity Section 16 shows no ambiguity” (McLachlin C.J., at para. 26).

[116] A more contextual approach to statutory interpretation has been emphasized by our Court on numerous occasions in recent years, as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting Professor Driedger:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

[117] Leaving aside for the moment the amendments relating to children in s. 16.1 added by the 2005 amendments, the relevant “three options” for persons with mental disability are set out in s. 16(1) to (4) as follows:

16. (1) [Witness whose capacity is in question] If a proposed witness is a person of fourteen years of age or older 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) [Testimony under oath or solemn affirmation] 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) [Testimony on promise to tell truth] 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.

le libellé explicite de la disposition. En cas d’ambiguïté, il peut être nécessaire d’avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper [. . .] L’article 16 ne comporte aucune ambiguïté » (la juge en chef McLachlin, par. 26).

[116] À plusieurs reprises au cours des dernières années, notre Cour a insisté sur une méthode d’interprétation des lois plus contextuelle telle qu’énoncée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21, où la Cour cite le professeur Driedger :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87)

[117] Abstraction faite pour l’instant des modifications applicables aux enfants apportées en 2005 par l’ajout de l’art. 16.1, les « trois possibilités » applicables aux personnes ayant une déficience intellectuelle sont énoncées comme suit aux par. 16(1) à (4) :

16. (1) [Témoin dont la capacité mentale est mise en question] Avant de permettre le témoignage d’une personne âgée d’au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider 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) [Témoignage sous serment] 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) [Témoignage sur promesse de dire la vérité] 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) [Inability to testify] 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) [Burden as to capacity of witness] 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.

[118] Section 16 mandates only one “inquiry” by the trial judge in dealing with a witness “whose mental capacity is challenged”. Section 16(3) is simply part of a single evaluation in which the trial judge considers the gamut from permitting the challenged witness to testify under oath to not being able to testify at all.

[119] As to whether the expression “promising to tell the truth” means more than the mere verbal ability to mouth the words I refer to what McLachlin J. herself said in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236: “The phrase ‘communicate the evidence’ indicates more than mere verbal ability.” Equally, it seems to me, the requirement that a witness promise to tell the truth requires more than “mere verbal ability” to say the words. The trial judge is required to ascertain whether the witness possesses not only the “mere verbal ability” but understands “in ordinary, everyday terms” the difference between truth and fiction and the importance of sticking to the former in his or her testimony.

[120] In the initial version of s. 16 proposed by the government, there appeared a requirement that a child be “of sufficient intelligence” to testify. This was deleted. The Chief Justice suggests that the record of the Legislative Committee on Bill C-15 shows that “sufficient intelligence” was essentially understood as the ability to appreciate the moral difference between telling the truth and lying (para. 29). I disagree. As I read the legislative record, the term “sufficient intelligence” was dropped from the draft bill because in the

(4) [Inaptitude à témoigner] 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) [Charge de la preuve] 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.

[118] L'article 16 ne requiert du juge du procès qu'une seule « enquête » à l'égard d'une personne « dont la capacité mentale est mise en question ». Le paragraphe 16(3) s'inscrit simplement dans une analyse unique par laquelle le juge du procès envisage toutes les solutions possibles, allant du témoignage sous serment à l'incapacité à témoigner.

[119] Quant à savoir si l'expression « en promettant de dire la vérité » signifie plus que la simple capacité verbale d'articuler les mots, je renvoie aux propos de la juge McLachlin elle-même dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236 : « L'expression “communiquer les faits dans son témoignage” indique plus qu'une simple capacité verbale. » Il me semble de même que si l'on exige de la personne qu'elle promette de dire la vérité, il faut plus que la « simple capacité verbale » de prononcer les mots. Le juge du procès doit s'assurer que la personne possède non seulement la « simple capacité verbale », mais également qu'elle comprend « au sens ordinaire de la vie quotidienne » la différence entre la vérité et la fiction, ainsi que l'importance de s'en tenir à la vérité lors de son témoignage.

[120] Dans la version initiale de l'art. 16 proposée par le gouvernement, il était exigé de la personne qu'elle soit « suffisamment intelligente » pour témoigner. Cette exigence a été supprimée. Selon la Juge en chef, les procès-verbaux du Comité législatif sur le projet de loi C-15 révèlent que l'expression « suffisamment intelligente » s'entendait essentiellement de la capacité d'apprécier la différence morale entre dire la vérité et mentir (par. 29). Je ne partage pas cette opinion. Selon mon interprétation de ces procès-verbaux, l'expression « suffisamment

Committee's view it potentially risked being interpreted as requiring judges to evaluate a child witness's IQ rather than his or her capacity to communicate and understand the difference between truth and lies. The Parliamentarians were assured that s. 16(3), without the words "sufficient intelligence", still required that "the child understands the difference between telling the truth and lying", as demonstrated in the following exchange:

[The Hon. Mary] Collins: Yes. However, if we leave in the "sufficient intelligence", and with the interpretation that has been given, I still feel that is going to be a potential barrier.

Mr. Pink: It may be that the committee is going to have to decide on words other than "sufficient intelligence". What is the purpose of the query in the first place? Does it not really boil down to determining truth or falsehood? Is that not what it is all about?

[The Hon. Mary] Collins: I would think so. Yes. So if the child understands the difference between telling the truth and lying, that would seem to me to be all you would really need to find out.

Mr. Pink: I agree.

[The Hon. Mary] Collins: Thank you. [Emphasis added; p. 27.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986)

[121] This seems as clear a demonstration as one could ask for from the Parliamentary record that it was intended under s. 16(3) that the trial judge be satisfied that the witness "understands the difference between telling the truth and lying" (emphasis added). Nothing in the legislative record of the 1987 amendments suggests that the mere verbal ability to mouth the words of a promise would be sufficient.

[122] As to the "object of the Act", it seems clear that Parliament, in making the amendments to s. 16

intelligente » a été radiée de l'avant-projet de loi parce que, de l'avis du Comité, elle aurait pu prêter à une interprétation obligeant les juges à évaluer le quotient intellectuel des enfants plutôt que leur capacité de communiquer et de comprendre la différence entre la vérité et le mensonge. Les membres du Comité ont obtenu l'assurance que, même sans les mots « suffisamment intelligente », le par. 16(3) exigeait toujours que « l'enfant compren[ne] la différence entre dire la vérité et dire un mensonge », comme l'illustre l'échange qui suit :

[L'hon. Mary] Collins : Oui. Cependant, si nous conservons le concept de « l'intelligence suffisante », et si on l'interprète de la même façon que précédemment, j'ai quand même l'impression que cela constituera peut-être un obstacle.

M. Pink : Il faudra peut-être que le Comité choisisse alors d'autres termes que « intelligence suffisante ». De toute façon, pourquoi pose-t-on d'abord toutes ces questions? S'agit-il vraiment de savoir si le témoin sait distinguer entre le vrai et le faux? Est-ce que tout ne revient pas à cela?

[L'hon. Mary] Collins : Je le pense. Oui. En conséquence, si l'enfant comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge, il me semble que l'on disposerait là de tout ce dont on a vraiment besoin.

M. Pink : J'abonde en ce sens.

[L'hon. Mary] Collins : Merci. [Je souligne; p. 27.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986)

[121] Cet extrait des procès-verbaux du Comité démontre on ne peut plus clairement, il me semble, que le législateur voulait, au par. 16(3), que le juge du procès soit convaincu que la personne « comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge » (je souligne). Les procès-verbaux du Comité relatifs aux amendements de 1987 ne donnent nullement à penser que la simple capacité verbale d'articuler les mots d'une promesse serait suffisante.

[122] En ce qui concerne l'« objet de la loi », il semble évident que le législateur, en modifiant

in 1987 (S.C. 1987, c. 24), was attempting to strike a balance between access to justice and the rights of an accused in enacting s. 16 (*ibid.*, No. 1, November 27, 1986, at pp. 21, 24 and 33). A promise to tell the truth affords some protection to an accused, but not if “the promise” is reduced to an empty formality (or, to use McLachlin J.’s phrase in *Marquard*, to a “mere verbal ability” (p. 236)), which is the unfortunate result of the majority judgment in this case.

C. *The Proper Interpretation of Section 16(3) Was Not Altered by the 2005 Amendments Related to the Evidence of Children Under 14 Years Old*

[123] In 2005, Parliament amended the *Canada Evidence Act* with respect to the unsworn evidence of children based in part on the report of the Child Witness Project at Queen’s University. I agree with the Chief Justice that “Parliament’s concern in enacting the 2005 amendment to the *Canada Evidence Act* was exclusively with children. The changes arose out of the Bala Report on the problems associated with prosecuting crimes against children. The Parliamentary debates on s. 16.1 attest to the fact that the focus of the 2005 amendment was on children, and only children” (para. 41 (emphasis added)).

[124] The 2005 amendments provide as follows (S.C. 2005, c. 32):

16.1 (1) [Person under fourteen years of age] A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

(2) [No oath or solemn affirmation] A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) [Evidence shall be received] The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

l’art. 16 en 1987 (L.C. 1987, ch. 24), tentait en adoptant cette disposition d’établir un juste équilibre entre l’accès à la justice et les droits de l’accusé (*ibid.*, n° 1, 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33). Une promesse de dire la vérité fournit à l’accusé une certaine protection, mais pas si « la promesse » est réduite à une formalité vide de sens (ou une « simple capacité verbale », les mots qu’emploie la juge McLachlin dans *Marquard* (p. 236)), ce qui est le résultat regrettable auquel parviennent les juges majoritaires en l’espèce.

C. *Les modifications apportées en 2005 relativement au témoignage des enfants âgés de moins de 14 ans n’ont pas changé l’interprétation qu’il convient de donner au par. 16(3)*

[123] En 2005, en se fondant en partie sur le rapport du Child Witness Project de l’Université Queen’s, le législateur a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* en ce qui concerne les dispositions relatives au témoignage des enfants qui ne prêtent pas serment. Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire qu’« en adoptant en 2005 les modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur visait exclusivement les enfants. Les modifications ont été apportées comme suite au rapport Bala traitant des problèmes associés à la poursuite des actes criminels perpétrés contre les enfants. Les débats de la Chambre des communes portant sur l’art. 16.1 attestent que les modifications de 2005 avaient exclusivement trait aux enfants » (par. 41 (je souligne)).

[124] Les modifications apportées en 2005 prévoient ce qui suit (L.C. 2005, ch. 32):

16.1 (1) [Témoignage admis en preuve] Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) [Témoignage admis en preuve] Malgré toute disposition d’une loi exigeant le serment ou l’affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d’affirmation solennelle.

(3) [Témoignage admis en preuve] Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d’y répondre.

(4) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) [Court inquiry] If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) [Promise to tell truth] The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) [Understanding of promise] No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) [Effect] For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

[125] The Crown acknowledges that there are “obvious distinctions” between Parliament’s test for adults with limited mental capacity under s. 16 and children under 14 years of age under s. 16.1 (A.F., at para. 57). For adults, s. 16(3) retains the more expansive test developed in the jurisprudence regarding the ability to communicate the evidence: see *Marquard*. A child need only be able “to understand and respond to questions” (s. 16.1(5)). Section 16(1) retains the potential for a challenged adult to testify under oath, whereas s. 16.1(2) provides that a child witness shall *not* take an oath or make a solemn affirmation. The child, as in the case of the challenged adult, must promise to tell the truth (s. 16.1(6)), but s. 16.1(7) specifically prohibits asking children “any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth”. The Crown contends that research shows “that regardless of an inability to define these abstract concepts, the making of a promise to tell the truth by a child makes it more likely that a

(4) [Charge de la preuve] La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu’il existe des motifs d’en douter.

(5) [Enquête du tribunal] Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d’y répondre.

(6) [Promesse du témoin] Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) [Question sur la nature de la promesse] Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) [Effet] Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

[125] Le ministère public reconnaît qu’il existe des [TRADUCTION] « distinctions évidentes » entre le critère établi par le législateur à l’art. 16 à l’égard des adultes ayant une capacité mentale limitée et celui établi à l’art. 16.1 à l’égard des enfants âgés de moins de 14 ans (m.a., par. 57). Pour les adultes, le par. 16(3) conserve le critère plus large élaboré dans la jurisprudence en ce qui concerne la capacité de communiquer les faits dans un témoignage : voir *Marquard*. Pour l’enfant, il suffit qu’il soit capable « de comprendre les questions et d’y répondre » (par. 16.1(5)). Aux termes du par. 16(1), un adulte dont la capacité mentale est mise en question peut témoigner sous serment alors qu’aux termes du par. 16.1(2), un enfant *ne* peut prêter serment *ni* faire une affirmation solennelle. L’enfant, tout comme l’adulte dont la capacité mentale est mise en question, doit promettre de dire la vérité (par. 16.1(6)), mais le par. 16.1(7) interdit expressément de poser aux enfants une « question sur la compréhension de la nature

child will tell the truth” (A.F., at para. 79 (emphasis added)).

[126] I agree with the Chief Justice that the words “on promising to tell the truth” in s. 16(3) and s. 16.1(6) should receive the same interpretation. It is for that very reason that, in my view, Parliament felt it necessary in 2005 to introduce the s. 16.1(7) “don’t ask” rule. Otherwise, the “simple line of questioning” to determine whether the potential witness understands “the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct” would continue to apply to children under the 2005 amendments as well as to adults whose mental capacity is challenged. The point, however, is that s. 16.1(6), unlike s. 16(3), must be read together with s. 16.1(7) (the “don’t ask” rule), and s. 16.1(7) was limited to children because the empirical research related to “children, and only children”. Thus, the witness from the Department of Justice told the Parliamentary Committee:

Professor Bala’s research seems to highlight that there’s significance in giving that promise because children understand what a promise is all about. [Emphasis added; 17:20.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003)

Senator Landon Pearson emphasized the empirical foundation of the “don’t ask” rule:

I want to put on the record the degree to which this provision of the bill is based on a considerable body of research on the capacity of children to understand that when they say “I promise to tell the truth,” that

de la promesse ». Le ministère public plaide que la recherche démontre [TRADUCTION] « que même s’il n’est pas en mesure de définir ces notions abstraites, un enfant qui promet de dire la vérité est plus susceptible de dire la vérité » (m.a., par. 79 (je souligne)).

[126] Je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que l’expression « en promettant de dire la vérité » qui figure au par. 16(3) et au par. 16.1(6) devrait être interprétée de la même manière dans les deux dispositions. C’est exactement pour cette raison, selon moi, que le législateur a cru nécessaire d’introduire en 2005 la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions. Autrement, la « série de questions simples » visant à déterminer si le témoin éventuel comprend « le caractère sérieux de la situation et l’importance de répondre de façon prudente et correcte » continuerait de s’appliquer aux enfants aux termes de la modification apportée en 2005 ainsi qu’aux adultes dont la capacité mentale est mise en question. Le fait est, toutefois, que contrairement au par. 16(3), le par. 16.1(6) doit être interprété conjointement avec le par. 16.1(7) (l’interdiction de poser des questions), et l’application du par. 16.1(7) a été limitée aux enfants parce que la recherche empirique avait « exclusivement trait aux enfants ». Ainsi, la représentante du ministère de la Justice a dit ce qui suit en comité parlementaire :

Selon les recherches de M. Bala, le fait pour des jeunes de faire une promesse a de l’importance puisqu’ils comprennent de quoi il retourne. [Je souligne; 17:20.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, n^o 77, 2^e sess., 37^e lég., 29 octobre 2003)

La sénatrice Landon Pearson a insisté sur le fondement empirique de la règle interdisant de poser des questions :

Je veux simplement dire, pour mémoire, dans quelle mesure les dispositions de ce projet de loi sont fondées sur un corpus impressionnant de recherches sur la capacité des enfants à comprendre leur affirmation « Je

they know what they are doing. [Emphasis added; p. 19.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005)

No such empirical studies were carried out with respect to adults with mental disabilities. In their case, there was no “don’t ask” equivalent to s. 16.1(7) even proposed, let alone adopted. As the Chief Justice emphasizes, the 2005 amendments deal with “children, and only children” (para. 41).

[127] The Crown invites us, in effect, to apply the “don’t ask” rule governing children to adults whose mental capacity is challenged, despite evidence of legislative intent to the contrary. It does so on the basis that both are members of a “vulnerable group” (A.F., at para. 58) and should be treated as equivalent. That is a policy argument for Parliament, not a change to be brought about by judicial amendment.

[128] The Chief Justice endorses a version of this equivalence argument in posing a rhetorical question:

When it comes to testimonial competence, precisely what, one may ask, is the difference between an adult with the mental capacity of a six-year-old, and a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old? [para. 52]

In my view, the difference is that a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old does not suffer from a mental disability. The fact that psychiatrists speak of persons with mental disabilities calibrated in terms of mental ages is a useful way of describing the relative extent and severity of a person’s disability, but it does not mean that a 22-year-old woman with a severe mental disability is on the same footing as a six-year-old child with no mental disability whatsoever, and of course the empirical evidence before Parliament in 2005 did not suggest otherwise.

promets de dire la vérité », c’est-à-dire qu’ils comprennent ce serment. [Je souligne; p. 19.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 17, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 juin 2005)

Aucune étude empirique de ce genre n’a été effectuée relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Dans le cas de ces adultes, aucune règle interdisant de poser des questions, équivalente à la règle du par. 16.1(7), n’a même été proposée, et encore moins adoptée. Comme l’a souligné la Juge en chef, les modifications de 2005 avaient « exclusivement trait aux enfants » (par. 41).

[127] Le ministère public nous invite, en réalité, à appliquer aux adultes dont la capacité mentale est mise en question la règle interdisant de poser des questions aux enfants et ce, en dépit de la preuve de l’intention du législateur au contraire. Il fait valoir qu’il s’agit dans les deux cas de membres d’un [TRADUCTION] « groupe vulnérable » (m.a., par. 58) qui doivent être traités de manière équivalente. Il s’agit d’un argument de politique générale à l’intention du législateur et non d’une modification introduite par voie judiciaire.

[128] La Juge en chef se prononce en faveur d’une version de cet argument d’équivalence en posant une question d’ordre rhétorique :

. . . en ce qui concerne l’habilité à témoigner, on peut se demander quelle est la différence, précisément, entre un adulte ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans et un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans. [par. 52]

Selon moi, la différence est qu’un enfant de six ans ayant la capacité mentale d’un enfant de six ans n’a pas une déficience intellectuelle. Le fait pour les psychiatres de classer en fonction de l’âge mental les personnes ayant une déficience intellectuelle se veut une manière utile de décrire l’ampleur et la gravité relatives de la déficience d’une personne, mais cela ne signifie pas qu’une femme âgée de 22 ans ayant une déficience intellectuelle grave est sur un pied d’égalité avec un enfant âgé de six ans n’ayant aucune déficience intellectuelle et, bien sûr, la preuve empirique soumise au législateur en 2005 ne donnait pas à penser autrement.

[129] The rhetorical question posed by the Chief Justice seeks to reverse the onus of proof. It *presumes* without proof the fact of equivalence and demands a rebuttal, but it was for the government to persuade Parliament, if it could, that there is no relevant difference between an adult with a severe mental disability and a child with no mental disability. It made no effort to do so because there was no evidence on which such an argument *could* have been made.

[130] No evidence was led in these proceedings to suggest equivalence and we cannot take judicial notice of alleged “facts” that are neither notorious nor easily verifiable from undisputed sources: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53. While greater latitude is allowed in the judicial notice of legislative facts (as opposed to adjudicative facts), it would still be necessary for the Crown to show that its assertion of equivalence of children and adults with a mental disability in this respect “would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute for the particular purpose for which it is to be used, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the ‘fact’ to the disposition of the controversy” (*ibid.*, at para. 65 (emphasis deleted)). The Crown’s assertion of equivalence is pure assertion on a key issue, and mere assertion does not meet the *Spence* standard.

[131] Section 16(3) *does not* require an inquiry into the proposed witness’s understanding of the abstract “nature of the obligation to tell the truth”. The argument about abstract concepts was rejected in *Khan* and by McLachlin J. in *Rockey*, and there is no need for the majority to resurrect it at this point for the sole purpose of rejecting it yet again. That is not a point of disagreement between us

[129] La question d’ordre rhétorique posée par la Juge en chef vise à inverser le fardeau de la preuve. La question *suppose* sans aucune preuve à l’appui le fait de l’équivalence et exige que l’on réfute ce fait, mais il appartenait au gouvernement de convaincre le législateur, s’il le pouvait, qu’il n’existe aucune différence palpable entre un adulte ayant une déficience intellectuelle grave et un enfant n’ayant aucune déficience intellectuelle. Le gouvernement n’a déployé aucun effort en ce sens puisqu’il n’existait aucune preuve *susceptible* d’appuyer un tel argument.

[130] Aucun élément de preuve laissant croire que cette équivalence existe n’a été soumis en l’espèce et nous ne pouvons pas prendre connaissance d’office de « faits » allégués qui ne sont ni notoires, ni facilement vérifiables en ayant recours aux sources incontestées : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53. Si les juges ont plus de latitude pour prendre connaissance d’office des faits législatifs qu’ils n’en ont à l’égard des faits en litige, le ministère public devrait tout de même démontrer, relativement à l’équivalence qu’il invoque entre les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle, qu’« une personne raisonnable ayant pris la peine de s’informer sur le sujet considérerait que ce “fait” échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s’accroissent directement en fonction de la pertinence du “fait” pour le règlement de la question en litige » (*ibid.*, par. 65 (italiques omis)). La prétention du ministère public relative à l’équivalence n’est que pure prétention relativement à une question clé, et une simple prétention ne satisfait pas au critère établi dans l’arrêt *Spence*.

[131] Le paragraphe 16(3) *n’exige pas* que l’on vérifie si le témoin éventuel comprend, dans l’abstract, la « nature de l’obligation de dire la vérité ». L’argument au sujet des concepts abstraits a été rejeté dans *Khan* et par la juge McLachlin dans *Rockey*, et point n’est besoin que les juges majoritaires reviennent avec cet argument à ce moment-ci à seule fin de le rejeter de nouveau. Nous ne

and should not be portrayed as such. Section 16(3) requires only the “ability to promise to tell the truth” (quoting *Rockey*) in terms of ordinary, everyday social conduct.

[132] It is the majority, not the minority here, that must resort to extraneous language not found in s. 16(3) to achieve the result it seeks. As stated, I agree with the Chief Justice that the words “on promising to tell the truth” in s. 16(3) must bear the same meaning as “to promise to tell the truth” in s. 16.1(6). That being the case, the majority must read the s. 16.1(7) “don’t ask” rule applicable only to children into s. 16(3) applicable only to mentally challenged adults in order to read down the words “promising to tell the truth” in s. 16(3), and thus rob the words of s. 16(3) of their ordinary meaning, in my opinion.

[133] The Chief Justice refers to s. 45 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, for the proposition that no inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the adoption of s. 16.1(7) with respect to children (para. 46). Professor P.-A. Côté puts the point somewhat differently:

The provisions [s. 45] do not, for example, prevent interpreting the act of amendment as an expression of the legislature’s opinion; they simply eliminate an *a priori* presumption (“shall not be deemed”). The context, or even the formulation (in the form of a preamble, for example), of an amendment is quite capable of marking a clear desire to change the state of the law.

(P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 569)

In any event, this is not the foundation of the respondent’s argument. He relies on s. 16(3) as it was enacted in 1987. He does not rely, nor does he need to rely, on the 2005 amendments which, as the majority concedes, apply only to children.

sommes pas en désaccord sur ce point et il ne faudrait pas laisser croire que tel est le cas. Le paragraphe 16(3) exige uniquement la « capacité [. . .] de dire la vérité » (citant *Rockey*) au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne.

[132] Ce sont les juges de la majorité, non les juges dissidents, qui doivent, pour obtenir le résultat qu’ils souhaitent, avoir recours à des termes extrinsèques qu’on ne trouve pas au par. 16(3). Je le répète, je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que les mots « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) doivent avoir le même sens que les mots « promettre [. . .] de dire la vérité » au par. 16.1(6). Cela étant, les juges majoritaires doivent incorporer, au par. 16(3) applicable uniquement aux adultes ayant une déficience intellectuelle, la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions, qui s’applique uniquement aux enfants, afin d’atténuer l’expression « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) et, à mon avis, de priver ce paragraphe de son sens ordinaire.

[133] La Juge en chef cite l’art. 45 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, comme fondement de l’affirmation suivant laquelle aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de l’adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants (par. 46). Le professeur P.-A. Côté exprime ce point de vue un peu différemment :

. . . les textes [l’art. 45] n’interdisent pas de voir dans une modification une manifestation d’opinion du Parlement : ils ne font qu’écarter toute présomption à ce sujet (« *shall not be deemed* »). Il pourrait très bien arriver que le contexte d’une modification, ou même la formulation de la loi modificative, le préambule par exemple, fasse voir une volonté de changer le droit.

(P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 617)

Quoi qu’il en soit, il ne s’agit pas là du fondement de l’argument de l’intimé. Ce dernier se fonde sur le par. 16(3) tel qu’il a été adopté en 1987. Il ne se fonde pas, et n’a pas besoin de se fonder, sur les modifications apportées en 2005 qui, les juges de la majorité le concèdent, s’appliquent uniquement aux enfants.

D. *Was the Section 16(3) Test Misapplied in This Case?*

[134] The Crown contends that, even if the *Khan* test is affirmed, it was not applied properly in this case. Firstly, the trial judge should have sought assistance from individuals apart from Dr. K., a forensic psychiatrist called by the defence, whose evidence was, in any event, put aside by the trial judge as unnecessary. The trial judge did not hear from K.B.'s teacher or other support workers who were familiar with K.B.'s strengths and weaknesses for purposes of the s. 16 inquiry. The Crown argues that they could have assisted the court to pose questions in a way that K.B. was capable of dealing with. To do so could have disclosed K.B.'s true capacity to deal with concrete facts without the distraction of conceptual issues, which, as the *voir dire* confirmed, K.B. could not handle. Secondly, the Crown says that the trial judge, having chosen to proceed without such assistance, misdirected his questions to metaphysical issues which could not and did not provide the basis for a fair determination of K.B.'s mental capacity.

[135] I approach the trial judge's assessment of K.B. on the basis of "the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth" (*Rockey*, at para. 25).

(1) The Ability to Communicate the Evidence

[136] The trial judge clearly had serious concerns about this first branch of the test. He reminded K.B.'s teacher, Ms. W., of testimony she had given at the preliminary inquiry, in which Ms. W. had said the following:

If the purpose of her testifying is to determine the truth of what happened, her capacity to express her recollections could be severely limited. So the court may be asking her to do something that she can't do, and her failure to do that may skew her knowledge of what happened. In other words, the outcome — there's a

D. *Le critère du par. 16(3) a-t-il été mal appliqué en l'espèce?*

[134] Le ministère public prétend que, même si le critère de l'arrêt *Khan* est confirmé, il n'a pas été appliqué correctement en l'espèce. Premièrement, le juge du procès aurait dû demander l'aide de personnes autres que le D^r K., un psychiatre légiste cité par la défense, dont le témoignage a été de toute façon écarté par le juge du procès au motif qu'il n'était pas nécessaire. Le juge n'a pas entendu, pour les besoins de l'enquête prévue à l'art. 16, l'enseignante de K.B. ni les autres personnes de soutien qui connaissaient les forces et faiblesses de K.B. Le ministère public prétend que ces personnes auraient pu aider la cour à poser des questions de façon à ce que K.B. soit capable de les comprendre et d'y répondre. Ainsi, il aurait été possible de voir la véritable capacité de K.B. d'examiner des faits concrets sans être distraite par des notions conceptuelles que K.B., comme le voir-dire l'a confirmé, n'était pas en mesure de saisir. Deuxièmement, le ministère public affirme que le juge du procès, ayant choisi de procéder sans demander d'aide, a posé par erreur des questions d'ordre métaphysique qui ne permettaient pas de rendre une décision équitable sur la capacité mentale de K.B.

[135] J'aborde l'appréciation que le juge du procès a faite de K.B. en fonction de « sa capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité » (*Rockey*, par. 25).

(1) La capacité de communiquer les faits dans son témoignage

[136] Le juge du procès avait manifestement de sérieuses réserves quant à ce premier volet du critère. Il a rappelé à l'enseignante de K.B., M^{me} W., la déposition qu'elle avait faite à l'enquête préliminaire, dans laquelle M^{me} W. avait déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si son témoignage doit servir à déterminer ce qui s'est réellement produit, sa capacité d'exprimer ses souvenirs pourrait être très limitée. La cour pourrait lui demander de faire quelque chose qu'elle ne peut pas faire, et le fait qu'elle ne puisse pas le faire peut fausser sa connaissance de ce qui est arrivé. Autrement

potential for the outcome to not get at the truth, because of . . . her incapacity to express that. [Emphasis added; hearsay decision, at para. 4.]

This evidence, given earlier at the preliminary inquiry, was properly considered by the trial judge at the subsequent competency hearing.

[137] Moreover, during the competency *voir dire* itself, Dr. K., observing K.B.'s low tolerance for frustration, testified, "I don't think she has the ability to think what you're asking and come up with an answer" (A.R., vol. I, at p. 161). The expert also stated, as noted by the trial judge, and echoing the words in *Rockey*, that K.B. "had serious problems relating to her ability to communicate and to recollect" (hearsay decision, at para. 7 (emphasis added)). She could not adequately communicate evidence because, by reason of her mental disability, she was simply unable to "compute" what she was being asked.

[138] The accuracy of the trial judge's assessment of the extent of K.B.'s mental disability was corroborated and confirmed at subsequent stages of the trial. In the course of her testimony at the hearsay *voir dire*, for example, Ms. W., K.B.'s teacher, referred to a statement K.B. had made to an educational assistant, claiming that she, K.B., had spent the weekend at the respondent's house (which was not true). Ms. W. said that if K.B. were asked what she had done that weekend, and replied "[D.A.I.]'s place", this might have meant that she had been *thinking about* D.A.I. and *wanted* to go to his place, not that she had gone there at all (A.R., vol. II, at pp. 25 and 27; see also p. 7). Communication of wishful thinking is not communication of evidence.

[139] Further, the trial judge, in rejecting K.B.'s out-of-court statements, adverted to the earlier observations that K.B. had "serious problems in communicating her evidence, her incapacity to

dit, en fin de compte — il est possible en fin de compte de ne pas apprendre la vérité, en raison de [. . .] son incapacité de l'exprimer. [Je souligne; décision relative au ouï-dire, par. 4.]

Cette déposition, qui avait été faite lors de l'enquête préliminaire, a été prise en compte comme il se doit par le juge du procès au cours de l'audition ultérieure relative à l'habilité à témoigner.

[137] En outre, au cours même du voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, le D^r K., constatant la faible tolérance de K.B. face à la frustration, a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu'elle ait la capacité de penser à vos questions et de donner une réponse » (d.a., vol. I, p. 161). Le juge du procès a souligné que l'expert, répétant les propos tenus dans *Rockey*, a déclaré aussi que K.B. [TRADUCTION] « avait de sérieux problèmes liés à sa capacité de communiquer et de se souvenir » (décision relative au ouï-dire, par. 7 (je souligne)). Elle ne pouvait pas communiquer adéquatement les faits dans son témoignage parce que, du fait de sa déficience intellectuelle, elle était tout simplement incapable de « computer » ce qu'on lui demandait.

[138] Les étapes subséquentes du procès ont corroboré et confirmé la justesse de l'appréciation, par le juge du procès, de la gravité de la déficience intellectuelle de K.B. Au cours de son témoignage lors du voir-dire relatif au ouï-dire, par exemple, M^{me} W., l'enseignante de K.B., a fait part d'une déclaration dans laquelle K.B. avait dit à une aide-éducatrice avoir passé la fin de semaine chez l'intimé (ce qui n'était pas vrai). M^{me} W. a dit que si l'on demandait à K.B. ce qu'elle avait fait pendant la fin de semaine et qu'elle répondait [TRADUCTION] « chez [D.A.I.] », cela pouvait signifier qu'elle avait *pensé* à D.A.I. et qu'elle *voulait* aller chez lui, et non qu'elle y était allée (d.a., vol. II, p. 25 et 27; voir aussi p. 7). La communication de ses rêveries n'est pas une communication des faits dans un témoignage.

[139] De plus, en rejetant les déclarations extrajudiciaires de K.B., le juge du procès a fait allusion à ses observations antérieures à propos de K.B., à savoir [TRADUCTION] « [ses] sérieuses difficultés à

answer relatively simple questions surrounding the allegations, her confusion with respect to whether or not she spoke to her mother” (hearsay decision, at para. 53 (emphasis added)).

[140] While it is true that the trial judge emphasized the second branch of the test (the ability to promise to tell the truth), his concerns about K.B.’s ability to communicate the evidence are plain and obvious and were in themselves sufficient to conclude that she lacked the capacity to testify by reason of her severe mental disability.

(2) The Ability to Promise to Tell the Truth

[141] As noted by the Chief Justice, this was the principal ground for the rejection of K.B.’s evidence. However, I believe, as did Doherty and MacPherson J.J.A., for a unanimous Court of Appeal, that this conclusion was certainly open to the trial judge on the evidence.

[142] At the competency hearing, Dr. K. counselled the trial judge that “when you ask about truth, honesty, lie, these are difficult concepts for anybody” (A.R., vol. I, at p. 137). The inquiry, he said, could better be pursued by asking K.B. what she had for breakfast or “other areas in her life, day to day events, and see whether she can understand what is true and what is lie” (p. 140). Such questions would yield an answer that could be verified one way or another (p. 145) and, according to Dr. K., could assist to “see whether she has any ability to discriminate between what is real or just come up with an answer kind of thing” (p. 137).

[143] Armed with this guidance, the trial judge embarked on a second round of questions to ascertain K.B.’s capacity. He asked K.B. a series of simple and concrete questions about her family, school, breakfast routine, and so on. He then posed

communiquer les faits dans son témoignage, [. . .] son incapacité à répondre à des questions relativement simples portant sur ses allégations, [. . .] sa confusion quant à savoir si elle avait ou non parlé à sa mère » (décision relative au oui-dire, par. 53 (je souligne)).

[140] Le juge du procès a effectivement mis l’accent sur le deuxième volet du critère (la capacité de promettre de dire la vérité), mais les réserves qu’il a exprimées quant à la capacité de K.B. de communiquer les faits dans son témoignage sont claires et évidentes et lui suffisaient pour conclure qu’elle n’avait pas la capacité de témoigner du fait de sa grave déficience intellectuelle.

(2) La capacité de promettre de dire la vérité

[141] Comme l’a souligné la Juge en chef, il s’agissait du principal motif justifiant le rejet du témoignage de K.B. Toutefois, tout comme les juges Doherty et MacPherson qui s’exprimaient au nom d’une Cour d’appel unanime, j’estime qu’il était certainement loisible au juge du procès de conclure comme il l’a fait en se fondant sur la preuve.

[142] À l’audience relative à l’habilité à témoigner, le D^r K. a dit au juge du procès que [TRADUCTION] « les questions au sujet de la vérité, l’honnêteté et le mensonge portent sur des notions difficiles à saisir pour tous » (d.a., vol. I, p. 137). Selon lui, l’enquête serait facilitée si l’on demandait à K.B. ce qu’elle a mangé au petit-déjeuner ou en lui posant des questions à propos « d’autres aspects de sa vie, sa routine quotidienne, et voir si elle peut comprendre ce qu’est la vérité et ce qu’est le mensonge » (p. 140). De telles questions apporteraient des réponses vérifiables d’une façon ou d’une autre (p. 145) et, selon le D^r K., aideraient à « savoir si elle est capable de distinguer ce qui est réel ou si elle répond ce qui lui passe par la tête » (p. 137).

[143] Fort de ces conseils, le juge du procès a entrepris de poser une seconde série de questions en vue de vérifier la capacité de K.B. Il a posé à cette dernière une série de questions simples et concrètes à propos de sa famille, de son école, de

the following questions to K.B. and received the following responses (*ibid.*, at pp. 155-56):

[THE COURT:]

Q. You don't know. Do you know why you're here today?

A. I don't know. To talk about [D.A.I.].

Q. Yes, and do you think that's really important?

A. Maybe yeah.

Q. Maybe yeah? Remember earlier I was asking you about a promise?

A. No.

Q. Have you ever made a promise to anybody?

A. I don't know.

Q. That you promised you'll be good, did you ever say that? Have you ever heard that expression "I promise to be good, mommy"?

A. Okay.

Q. All right. So do you know what a promise is, that you're going to do something the right way? Do you understand that?

A. Okay.

Q. Can you tell me whether you understand that, [K.B.]?

A. I don't know.

Q. Does anything happen if you break a promise?

A. I don't know.

Q. You told me you don't go to church, right?

A. Right.

Q. And no one has ever told you about God; is that correct? No one has ever told you about God?

A. No.

Q. Has anyone ever told you that if you tell big lies you'll go to jail?

A. Right.

la routine du déjeuner, et ainsi de suite. Il a ensuite posé les questions suivantes à K.B. qui a répondu comme suit (*ibid.*, p. 155-156) :

[TRADUCTION]

[LA COUR :]

Q. Tu ne sais pas. Sais-tu pourquoi tu es ici aujourd'hui?

R. Je ne sais pas. Pour parler de [D.A.I.].

Q. Oui, et penses-tu que ce soit vraiment important?

R. Peut-être, oui.

Q. Peut-être oui? Te souviens-tu, plus tôt, quand je t'ai posé des questions à propos d'une promesse?

R. Non.

Q. As-tu déjà fait une promesse à quelqu'un?

R. Je ne sais pas.

Q. As-tu déjà promis d'être gentille, as-tu déjà dit cela? As-tu déjà entendu l'expression « je promets d'être gentille, maman »?

R. D'accord.

Q. Très bien. Alors, sais-tu ce qu'est une promesse, que tu vas agir de la bonne façon? Comprends-tu?

R. D'accord.

Q. Peux-tu me dire si tu comprends ça, [K.B.]?

R. Je ne sais pas.

Q. Est-ce qu'il arrive quelque chose si tu ne tiens pas une promesse?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu m'as dit que tu ne vas pas à l'église, n'est-ce pas?

R. Exact.

Q. Et personne ne t'a jamais parlé de Dieu; est-ce exact? Personne ne t'a jamais parlé de Dieu?

R. Non.

Q. Est-ce qu'on t'a jamais dit que si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Exact.

Q. If you tell big lies will you go to jail?

A. No.

Q. No?

THE COURT: Those are all the questions I'm going to pursue at this point.

The Crown also posed a second set of questions (*ibid.*, at pp. 156-58):

Q. We asked you the last time if you knew the difference between a truth and a lie, do you remember that, [K.B.]?

A. Yeah.

Q. Okay. We talked about the room and the colour of the room?

A. Sometimes.

Q. Okay. Do you think it's important to tell the truth or do you think it matter (*sic*)?

A. Does it matter?

Q. It matters?

A. Does it matter?

Q. Does it matter. Do you understand when I say "matter", do you understand what that means?

A. I don't know.

. . . .

Q. Okay. We talked about the room. If I were to say to you that you had eggs for breakfast would that be a truth or a lie?

A. I don't know.

Q. You don't know? How about lunch, if I said you had eggs for lunch, ---

A. Yuk.

Q. --- would that be a truth or a lie?

A. I don't know.

Q. You don't know? Okay.

A. It's getting hard.

Q. It's getting hard?

A. Yeah.

Q. Si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

R. Non.

Q. Non?

LA COUR : Ce sont là toutes mes questions pour l'instant.

Le ministère public a lui aussi posé une seconde série de questions (*ibid.*, p. 156-158) :

Q. Nous t'avons demandé la dernière fois si tu savais la différence entre la vérité et le mensonge, tu t'en souviens, [K.B.]?

R. Oui.

Q. D'accord. Nous avons parlé de la pièce et de la couleur de la pièce?

R. Des fois.

Q. D'accord. Penses-tu qu'il est important de dire la vérité ou penses-tu que cela ait de l'importance?

R. Est-ce que c'est important?

Q. C'est important?

R. Est-ce que c'est important?

Q. Est-ce important. Comprends-tu quand je dis « important », comprends-tu ce que cela signifie?

R. Je ne sais pas.

. . . .

Q. D'accord. Nous avons parlé de la pièce. Si je disais que tu as mangé des œufs au petit-déjeuner, est-ce que ce serait la vérité ou un mensonge?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu ne sais pas? Et pour le dîner, si je disais que tu as mangé des œufs au dîner, ---

R. Eurk.

Q. --- ce serait la vérité ou un mensonge?

R. Je ne sais pas.

Q. Tu ne sais pas? D'accord.

R. Ça commence à être difficile.

Q. Ça commence à être difficile?

R. Oui.

Q. Why is it getting hard?

A. I don't know why.

Q. You don't know. Okay.

MR. SEMENOFF: Thank you.

At the conclusion of K.B.'s testimony, the trial judge ruled her unsworn testimony to be inadmissible. He explained:

What I'm saying is I wouldn't have to hear from [Dr. K.]. I've heard from him but it doesn't in any way add or detract or anything from the opinion I've come to, having watched and questioned this witness, which is my obligation.

In other words, I suppose what I'm saying to you is I'm fully satisfied that this witness does not understand what a promise to tell the truth involves, has no concept of that. None. Zero. Then that's what this inquiry is about. [*Ibid.*, at p. 165]

Contrary to the majority opinion, I do not read the trial judge's assessment as based on K.B.'s inability to articulate concepts. It was based on her inability — by virtue of her mental disability — to “understand what a promise to tell the truth involves”. The trial judge made the sort of practical inquiry in everyday terms that *Khan* required.

[144] This was a borderline case. The Crown complains that some of the questions were too abstract, while the question about going to church was beside the point once it became clear that K.B. would give testimony unsworn or not at all. The trial judge could certainly have proceeded further with pointed and concrete factual questions to get at the degree of K.B.'s disability but he saw and heard K.B. and clearly he believed that he had heard enough. Sitting on appeal with nothing but a bare transcript in front of us, in my opinion, we are not in a position to say that his appreciation of K.B.'s capacity was wrong.

Q. Pourquoi c'est difficile?

R. Je ne sais pas pourquoi.

Q. Tu ne sais pas. D'accord.

M. SEMENOFF : Merci.

À la fin du témoignage de K.B., le juge du procès a décidé que son témoignage non assermenté était inadmissible. Voici son explication :

[TRADUCTION] Ce que je dis, c'est que je n'aurais pas eu à entendre le [D^F K.]. J'ai entendu ce qu'il avait à dire, mais ça n'ajoute ni n'enlève quoi que ce soit à la conclusion à laquelle je suis arrivé, après avoir regardé et interrogé ce témoin, ce que je suis obligé de faire.

Autrement dit, je suppose que ce que je vous dis, c'est que je suis entièrement convaincu que ce témoin ne comprend pas ce que la promesse de dire la vérité signifie, n'en a aucune idée. Aucune. Zéro. Alors, voilà ce en quoi consiste cette enquête. [*Ibid.*, p. 165]

Contrairement à l'opinion des juges majoritaires, j'estime que le juge du procès n'a pas fondé son appréciation sur l'incapacité de K.B. d'articuler des concepts. Il s'est fondé sur son incapacité — attribuable à sa déficience intellectuelle — à « comprendre[re] [. . .] ce que la promesse de dire la vérité signifie ». Le juge du procès a mené, en utilisant des termes concrets et ordinaires, une enquête conforme aux prescriptions de l'arrêt *Khan*.

[144] Il s'agissait d'un cas limite. Le ministère public allègue que certaines questions étaient trop abstraites et que la question à propos de l'église n'était aucunement pertinente lorsqu'il est devenu évident que K.B. témoignerait sans prêter serment ou ne témoignerait pas du tout. Le juge du procès aurait certainement pu continuer à poser des questions factuelles précises et concrètes afin de déterminer l'importance de la déficience intellectuelle de K.B., mais, il a vu et entendu K.B. et, de toute évidence, il estimait en avoir assez entendu. Comme nous siégeons en appel et que nous disposons seulement d'une transcription de l'instance, nous ne sommes pas en mesure de dire, selon moi, que son appréciation de l'habileté de K.B. à témoigner était erronée.

(3) Conclusion on the Competency Issue

[145] Much of the dispute in this case turned on the significance of K.B.'s "I don't know" answers. Clearly, it was an important advantage for the trial judge to watch the questions and answers unfold and to assess whether K.B. was actually able to "compute" her responses to what she was being asked — a condition precedent, surely, to any ability to test her evidence by cross-examination. The trial judge observed K.B.'s demeanour as she struggled with the attempted dialogue. The trial judge was responsible for protecting the fair trial interests of the accused, as well as society's interest in the prosecution of crimes. The inability of K.B. to deal with simple questions would mean that her evidence — however erroneous it might be, and however much (to pick up on her teacher's observation) it might be the product of K.B.'s wishful thinking — would be effectively immune to challenge by the defence, thereby prejudicing the interest of society as well as the accused in a fair trial.

[146] The teacher, Ms. W., thought that a skilled questioner who possessed direct personal knowledge of K.B. might be able to help K.B. overcome these limitations. On this view, a judge would need to rely on the teacher's guidance not only to formulate the questions, but also to interpret K.B.'s responses. Generally speaking, of course, only an expert witness can put opinions before the court and, even then, only when the trial judge would be unable to determine the issue in question properly without expert assistance: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178. At the end of the day, it has to be the judge or jury — not the lay witness — to assess the witness's testimony.

[147] In *Parrott*, the complainant was a mature woman who was said to possess the mental development equivalent in some respects to that of a three- or four-year-old child. The Crown declined

(3) Conclusion relative à la question de l'habilité à témoigner

[145] Une grande partie du litige en l'espèce reposait sur l'importance des réponses de K.B. lorsqu'elle disait [TRADUCTION] « je ne sais pas ». De toute évidence, il s'agissait d'un avantage important pour le juge du procès d'être témoin de l'enchaînement des questions et des réponses et de déterminer si K.B. était réellement capable de « computer » les questions posées et d'y répondre — une condition essentielle, certes, à toute possibilité de vérifier sa déposition lors d'un contre-interrogatoire. Le juge du procès a observé le comportement de K.B. alors qu'elle avait des difficultés à suivre le dialogue. Il incombait au juge du procès d'assurer la protection du droit de l'accusé à un procès équitable ainsi que de l'intérêt de la société à ce que les criminels soient poursuivis. L'incapacité pour K.B. de comprendre des questions simples et d'y répondre signifiait que son témoignage — si erroné soit-il, surtout s'il devait résulter (pour reprendre le propos de l'institutrice de K.B.) des rêveries de K.B. — ne pourrait effectivement être attaqué par la défense, ce qui porterait atteinte à l'intérêt de la société et au droit de l'accusé à un procès équitable.

[146] L'enseignante, M^{me} W., était d'avis qu'un interrogateur qualifié qui connaissait bien K.B. pouvait être en mesure de l'aider à surmonter ces limites. Dans cette optique, un juge devrait se fier aux conseils de l'enseignante non seulement pour formuler les questions, mais aussi pour interpréter les réponses de K.B. Bien entendu, de façon générale, seul un témoin expert peut exprimer ses opinions devant la cour et, même alors, seulement dans le cas où le juge du procès n'est pas en mesure de trancher comme il se doit une question donnée sans l'aide d'un expert : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178. En bout de ligne, c'est au juge ou au jury — non au témoin profane — qu'il appartient d'apprécier la déposition du témoin.

[147] Dans *Parrott*, la plaignante était une femme adulte dont le développement mental pouvait équivaloir à certains égards à celui d'un enfant de trois ou quatre ans. Le ministère public a refusé

to call the complainant herself on the basis that a court appearance might cause her trauma or other adverse effects, and instead called expert witnesses to lay the foundation for the admission of her earlier out-of-court statements. In this context, we held that the experts could not be substituted for calling the complainant herself, but that

[i]f 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. [para. 52]

[148] I think we should go further in this case and hold that on a competency *voir dire* where the mental capacity of an adult is challenged and the adult is herself called as a proposed witness, the court may also admit evidence from *fact* witnesses personally familiar with the proposed witness's verbal and cognitive abilities and limitations to help the court gain a better understanding of the person's capacity. These witnesses, unlike Dr. K., would not be in a position to express an opinion, but could testify about their direct personal observations of the proposed witness. Such evidence might, if the trial judge considered it helpful, better enable the judge or jury to appreciate her responses (or non-responses) in the witness box.

[149] Ultimately, however, it is the judge who must reach his or her own considered opinion about the level of mental capacity of the proposed witness. Where, as in this case, the judge, after hearing from the proposed witness, considers the calling of additional fact witnesses to be unnecessary, I do not think we are in a position to second-guess that procedural conclusion.

[150] Accordingly, I would reject the Crown's appeal with respect to the trial judge's ruling that

d'assigner la plaignante à témoigner au motif que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. Il a plutôt assigné des experts afin de justifier l'admission de ses déclarations extrajudiciaires antérieures. Dans ce contexte, nous avons conclu que les experts ne pouvaient pas être appelés à témoigner en remplacement de la plaignante elle-même, mais que

[s]i 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. [par. 52]

[148] Je crois que nous devrions aller plus loin en l'espèce et conclure que, dans le cadre d'un voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, où la capacité mentale d'une personne adulte est mise en question et la personne adulte est assignée à témoigner, le tribunal peut également admettre les dépositions de témoins des *faits* qui connaissent bien les habilités du témoin éventuel à s'exprimer et à comprendre, ainsi que ses limites, et ce, afin d'aider le tribunal à mieux saisir les capacités de la personne. Ces témoins, contrairement au D^r K., ne seraient pas en mesure d'exprimer une opinion, mais ils pourraient témoigner à propos de ce qu'ils ont eux-mêmes directement observé chez le témoin éventuel. La preuve pourrait, si le juge du procès l'estime utile, aider le juge ou le jury à apprécier les réponses (ou l'absence de réponse) que lui donne la personne qui témoigne.

[149] Cependant, c'est le juge qui, en fin de compte, doit former sa propre opinion éclairée au sujet de la capacité mentale du témoin éventuel. Lorsque, comme en l'espèce, le juge estime qu'il n'est pas nécessaire de citer d'autres témoins de faits après avoir entendu le témoin éventuel, je ne crois pas que nous soyons en mesure de remettre en question cette conclusion de nature procédurale.

[150] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté par le ministère public

the unsworn evidence of K.B. is inadmissible. In his view, the quality of the proposed evidence did not meet the s. 16(3) threshold. Sitting on appeal from this determination, and not having had the advantage of observing and questioning K.B., I see no valid basis for reversing that evidentiary ruling.

E. *Admissibility of Out-of-Court Statements*

[151] The Crown contends that the trial judge erred by effectively deciding that K.B.'s testimonial incompetence predetermined the unreliability of her hearsay statements. The admissibility analysis in a hearsay *voir dire* is to be focused on whether the hearsay dangers have been overcome: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 71. These hearsay dangers include the inability to inquire into the declarant's perception, memory and credibility. The trial judge's conclusion in the competency hearing that K.B. lacked the ability to perceive, recall and communicate events and to understand the difference between truth and falsehood set up, but did not predetermine, the trial judge's conclusion that K.B.'s testimony lacked sufficient reliability. I agree with Doherty and MacPherson J.J.A., that "it is not surprising, and it is not an error, that the trial judge's reasoning on the issue of the threshold reliability in his hearsay ruling was quite similar to his reasoning on the *CEA* s. 16 voir dire" (para. 48). I would therefore not give effect to this ground of appeal.

III. Disposition

[152] I would dismiss the appeal.

APPENDIX A

Until 1987, s. 16 of the *Canada Evidence Act* provided:

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in

relativement à la décision du juge du procès selon laquelle le témoignage non assermenté de K.B. est inadmissible. Selon ce dernier, le témoignage envisagé n'avait pas la qualité nécessaire pour satisfaire au critère énoncé au par. 16(3). Siégeant en appel de cette décision, et n'ayant pas eu l'avantage d'observer et d'interroger K.B., je ne vois aucune raison valable d'annuler cette décision sur l'admissibilité de la preuve.

E. *Admissibilité des déclarations extrajudiciaires*

[151] Le ministère public prétend que le juge du procès a commis une erreur en décidant en fait que l'incapacité à témoigner de K.B. a entraîné automatiquement la non-fiabilité de ses déclarations relatives. L'analyse relative à l'admissibilité lors d'un voir-dire doit être axée sur la question de savoir si les dangers associés au oui-dire ont été surmontés : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 71. Ces dangers incluent l'incapacité d'examiner la perception, la mémoire et la crédibilité du déclarant. Le fait que le juge du procès ait conclu, lors de l'audience visant à déterminer l'habilité à témoigner, que K.B. n'avait pas la capacité de percevoir, de se souvenir et de raconter ce qui s'est passé et de comprendre la différence entre la vérité et la fausseté l'a amené, mais pas de façon automatique, à conclure que le témoignage de K.B. n'était pas suffisamment fiable. Je suis d'accord avec les juges Doherty et MacPherson pour dire que [TRADUCTION] « ce n'est pas surprenant, et ce n'est pas une erreur, que le raisonnement du juge du procès sur la question du seuil de fiabilité dans sa décision relative au oui-dire était très semblable à son raisonnement sur le voir-dire prévu à l'art. 16 de la *LPC* » (par. 48). Je suis donc d'avis de rejeter ce motif d'appel.

III. Dispositif

[152] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE A

Jusqu'en 1987, l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoyait ce qui suit :

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis

the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

(2) No case shall be decided upon such evidence alone, and it must be corroborated by some other material evidence.

The origin of this provision, at stake in *Khan*, can be traced back to s. 25 of the *Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. This was the first instance in Canadian history that Parliament legislated on the testimonial competence of children. At the time however, and until 1987, no statutory provision addressed the capacity to testify of adults with mental disabilities. Section 25 of the 1893 *Canada Evidence Act* provided:

25. In any legal proceeding where a child of tender years is tendered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, such child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence and understands the duty of speaking the truth.

2. But no case shall be decided upon such evidence alone, and such evidence must be corroborated by some other material evidence.

On October 29, 1986, Minister of Justice Ramon Hnatyshyn presented the House of Commons with Bill C-15, *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*. During the first reading of Bill C-15, cl. 17 proposed to repeal s. 16 of the *Canada Evidence Act* and to replace it with a new provision:

17. Section 16 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

“**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

du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

(2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

L'origine de cette disposition, en cause dans l'arrêt *Khan*, remonte à l'art. 25 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. Pour la première fois dans l'histoire du Canada, le Parlement légiférait sur l'habilité des enfants à témoigner. À l'époque, toutefois, et ce jusqu'en 1987, aucune disposition législative ne traitait de l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle. L'article 25 de cette loi prévoyait ce qui suit :

25. Dans toute procédure légale où l'on offrira un jeune enfant comme témoin, et si cet enfant, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant pourra être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

2. Mais aucune cause ne sera décidée sur ce témoignage seul, et il devra être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

Le 29 octobre 1986, le ministre de la Justice Ramon Hnatyshyn a déposé à la Chambre des communes le projet de loi C-15, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*. En première lecture, l'art. 17 du projet de loi C-15 proposait l'abrogation de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et son remplacement par une nouvelle disposition :

17. L'article 16 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

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

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

(b) whether the person is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is **sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified** 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 sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified may 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 sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified 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.”

A crucial amendment, for present purposes, was made to the original text of Bill C-15 by the *ad hoc* Legislative Committee on Bill C-15. This amendment replaced the requirement to be “sufficiently intelligent” initially provided in Mr. Hnatyshyn’s proposal with the criterion that the proposed witness be “able to communicate the evidence”.

What is striking from the lengthy works of the Legislative Committee on Bill C-15 is the focus on the “ability to communicate the evidence” as the sole qualitative requirement for the competence of children or adults with mental disabilities who do not understand the nature of an oath. There is nothing in the record of the Committee which suggests that a “promise to tell the truth” also imposed an understanding of the nature of such a promise.

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

b) d’autre part, celle-ci est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et qui est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié témoigne sous serment ou affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l’affirmation solennelle, est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié peut témoigner sur promesse 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 suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié 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. »

Un amendement important, pour les besoins de l’espèce, a été apporté au libellé original du projet de loi C-15 par le Comité législatif sur le projet de loi C-15 (un comité *ad hoc*). Par cet amendement, on a remplacé la condition selon laquelle la personne devait être « suffisamment intelligente », qui figurait à l’origine dans la proposition de M. Hnatyshyn, par la condition voulant que le témoin éventuel soit « capable de communiquer les faits dans son témoignage ».

Ce qui retient l’attention dans les longs travaux du Comité législatif sur le projet de loi C-15, c’est l’importance que le Comité a attachée à la « capacité de communiquer les faits dans le témoignage » comme seule condition de nature qualitative relative à l’habilité à témoigner des enfants ou des adultes ayant une déficience intellectuelle qui ne comprennent pas la nature du serment. Les procès-verbaux du Comité n’indiquent aucunement que la « promesse de dire la vérité » exigeait aussi que la personne comprenne la nature de cette promesse.

In fact, the requirement to be “sufficiently intelligent” in the original draft was understood by the Committee as requiring an understanding of the moral difference between telling the truth and lying. On December 4, 1986, the Committee held a discussion on the meaning of “sufficient intelligence”. It came to the conclusion that all that was needed for a witness to be sufficiently intelligent was to understand the moral difference between telling the truth and lying:

Mr. Nicholson: Well, that is the first test. I think the section Mrs. Collins referred to, proposed subsection 16(3) of our proposed section 16, says that if the person does not understand the nature of an oath, well it is fine, because it often happens that the children may not know the concept of God and hell and all that sort of thing. I have seen it happen in a trial, but if the person testifies on the promise of telling the truth then let the judge after that just decide how much weight he or she will place on that evidence without making the other determination of “sufficient intelligence”.

Mr. Pink: Under section 16 of the Canada Evidence Act it says:

. . . .

Now, it has been my experience in determining the so-called “sufficient intelligence” — that is, when the judge goes through the series of questions he normally does about how far is he in school, how is he doing in school, and things of that sort, and he knows where he lives, he knows the difference between speaking the truth and speaking a falsity and things of that sort, then the judge concludes he is of sufficient intelligence, we will accept his evidence, but because he does not understand the nature of an oath, it will be unsworn evidence, that is all.

Mr. Nicholson: Do you think that is still a necessary element?

Mr. Pink: Absolutely.

Mr. Nicholson: Do you think it is important to have this, that we cannot just eliminate it and have the judge decide the weight that he gives to the evidence, which is basically what we do with adults?

Mr. Pink: I personally feel that before a child’s evidence is received, he must understand the difference

En fait, pour les membres du Comité, les mots « suffisamment intelligente » figurant dans le projet initial sous-entendaient que la personne comprenne la différence morale entre dire la vérité et mentir. Le 4 décembre 1986, le Comité a discuté de la signification de ces termes. Il est arrivé à la conclusion que tout ce qui était exigé pour qu’un témoin soit suffisamment intelligent était qu’il comprenne la différence morale entre dire la vérité et mentir :

M. Nicholson : Eh bien, il s’agit d’un premier test. À ce sujet, je crois que M^{me} Collins a mentionné le paragraphe 3 de l’article 16, et elle disait que si l’enfant ne comprend pas la nature d’un serment, eh bien il n’y a rien de mal à cela étant donné qu’il arrive souvent que les enfants ne comprennent pas des idées comme Dieu, l’enfer et tout ce genre de choses. Je l’ai d’ailleurs observé moi-même lors d’un procès. Toutefois, si quelqu’un comparait après avoir promis de dire la vérité, alors laissons au juge le soin d’établir quel poids il accordera aux preuves ainsi fournies sans nous occuper de vérifier s’il y a « intelligence suffisante ».

M. Pink : En vertu de l’article 16 de la Loi sur la preuve au Canada, il est dit ce qui suit, et je cite :

. . . .

Or d’après mon expérience lorsqu’il s’agit d’établir cette « intelligence suffisante », c’est-à-dire lorsque le juge pose toute une série de questions, il demande d’habitude à l’enfant où il en est dans ses études, quels sont [ses] résultats scolaires et des choses de ce genre. Il vérifie en outre où habite l’enfant, s’il connaît la différence entre dire la vérité et dire un mensonge et des choses de ce genre. Ensuite, il peut établir qu’il est d’intelligence suffisante et que son témoignage sera donc recevable, mais que son témoignage ne sera pas reçu sous serment, étant donné qu’il ne comprend pas la nature d’un serment, c’est tout.

M. Nicholson : Croyez-vous que cela reste nécessaire?

M. Pink : Tout à fait.

M. Nicholson : Est-il important de conserver cela; ne pouvons-nous pas l’éliminer et tout simplement nous en remettre au juge pour décider de l’importance à accorder aux preuves fournies, c’est-à-dire de procéder comme on le fait avec les adultes?

M. Pink : Personnellement, j’estime qu’avant d’entendre le témoignage d’un enfant, il faut vérifier si

between telling the truth and a falsity; he has to know that before his evidence can be received.

Mrs. Collins: How do you deal with the problem of a mentally retarded child? We know that sometimes those children are the victims or are easily the victims of sexual abuse. Also, how do you deal then with children of very, very tender years, who we also know can be victimized by sexual abuse, three-year-olds?

Mr. Pink: First of all, I do not think you will ever see a three-year-old giving evidence. I have seen cases where mentally retarded children have in fact given evidence, because the judge was satisfied, after querying him, that he knew the difference between telling the truth or a falsehood. He knew it was right to tell the truth, he knew it was wrong to tell a lie. He did not understand the nature of an oath and all that, so his evidence was not sworn.

Mrs. Collins: Yes. However, if we leave in the “sufficient intelligence”, and with the interpretation that has been given, I still feel that is going to be a potential barrier.

Mr. Pink: It may be that the committee is going to have to decide on words other than “sufficient intelligence”. What is the purpose of the query in the first place? Does it not really boil down to determining truth or falsehood? Is that not what it is all about?

Mrs. Collins: I would think so. Yes. So if the child understands the difference between telling the truth and lying, that would seem to me to be all you would really need to find out.

Mr. Pink: I agree. [Emphasis added; pp. 26-27.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986)

One week later, on December 11, 1986, the Legislative Committee on Bill C-15 heard evidence from Professor Nicholas Bala, then Director of the Canadian Council on Children and Youth. Professor Bala expressed his fears about the

celui-ci comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge; il doit savoir cela avant qu'on entende son témoignage.

Mme Collins : Qu'avez-vous prévu dans le cas d'un enfant souffrant d'arriération mentale? Nous savons en effet que ces enfants peuvent parfois être assez facilement les victimes d'agression sexuelle. En outre, qu'avez-vous prévu dans le cas d'enfants en très bas âge, qui sont eux aussi l'objet d'agressions sexuelles? Je pense à des enfants de trois ans, par exemple.

M. Pink : D'abord, je crois qu'on ne verra jamais le jour où l'on fera comparaître un enfant de trois ans. J'ai observé certaines causes où on avait fait témoigner des enfants souffrant d'arriération mentale, mais c'était parce que le juge les avait interrogés et savait donc qu'ils connaissaient la différence entre dire la vérité et dire un mensonge. Les enfants savaient qu'il était bien de dire la vérité et mal de dire un mensonge. Ils ne comprenaient cependant pas la nature d'un serment, et leur témoignage n'avait donc pas été reçu sous serment.

Mme Collins : Oui. Cependant, si nous conservons le concept de « l'intelligence suffisante », et si on l'interprète de la même façon que précédemment, j'ai quand même l'impression que cela constituera peut-être un obstacle.

M. Pink : Il faudra peut-être que le Comité choisisse alors d'autres termes que « intelligence suffisante ». De toute façon, pourquoi pose-t-on d'abord toutes ces questions? S'agit-il vraiment de savoir si le témoin sait distinguer entre le vrai et le faux? Est-ce que tout ne revient pas à cela?

Mme Collins : Je le pense. Oui. En conséquence, si l'enfant comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge, il me semble que l'on disposerait là de tout ce dont on a vraiment besoin.

M. Pink : J'abonde en ce sens. [Je souligne; p. 26-27.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n° 2, 2^e sess., 33^e lég., 4 décembre 1986)

Une semaine plus tard, le 11 décembre 1986, le Comité législatif sur le projet de loi C-15 a entendu le professeur Nicholas Bala, qui était alors directeur du Conseil canadien de l'enfance et de la jeunesse. Le professeur Bala a fait part de ses craintes

“sufficient intelligence” requirement for testimonial capacity as understood by the Committee, and he proposed replacing it with the ability to communicate criterion:

Dr. Nick Bala . . .

Our concern is that standard of sufficient intelligence. A layperson or indeed even a lawyer not familiar with the case law might think well, of course, you are not going to want to hear from a child not sufficiently intelligent enough to testify. But when one starts looking at the case law and when one realizes that the concept of “sufficient intelligence” is one which appears in the present section 16 of the Canada Evidence Act, one realizes it therefore will be brought to the courts with all the precedents decided and all the traditions decided. That will make it very difficult for children to testify; in particular children under 10 may well be considered, for example, to be of average intelligence, but not of sufficient intelligence to testify.

Therefore we would submit that there should be another test, and the test we have suggested in our brief is a test of ability to communicate; that is to say the judge should be satisfied the child is able to communicate, and if the child seems able to communicate the case should be left to the trier of the fact, the jury or the judge. Obviously a prosecutor who is calling a child as a witness is not going to do that unless the prosecutor is satisfied the child has something to say of value and some recollection of the events, and is not going to be wasting everybody’s time.

(*Ibid.*, No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, at p. 7)

The debates that followed in the Committee supported the view that it was not prudent to condition testimonial capacity on sufficiency of intelligence, which was conceived as including an understanding of the difference between truth and falsity. As a result, the Committee modified the proposed amendment to s. 16 of the *Canada Evidence Act* in order to replace the requirement of sufficient intelligence for ability to communicate the evidence, as was originally suggested by Professor Bala.

concernant la compréhension qu’avait le Comité de la condition selon laquelle la personne devait être « suffisamment intelligente » relativement à l’habilité à témoigner, et il a proposé de la remplacer par le critère de la capacité de communiquer les faits dans son témoignage :

M. Nick Bala . . .

Nous nous demandons comment on entend déterminer qu’un enfant est suffisamment intelligent. En effet, un non-initié ou même un avocat qui ne connaît pas bien la jurisprudence, pourrait très bien penser que, de toute manière, on ne voudrait pas entendre le témoignage d’un enfant qui n’est pas suffisamment intelligent. Mais qu’est-ce que cette notion figure dans ce projet de l’article 16 de la Loi sur la preuve, cela veut dire qu’il y aura des précédents et des traditions. Nous craignons donc que cette disposition fasse obstacle aux témoignages des enfants, surtout des enfants âgés de moins de 10 ans qui, même s’ils sont d’intelligence moyenne, pourraient être considér[és] comme pas suffisamment intelligents pour témoigner.

Nous préconisons par conséquent l’adoption d’un autre critère qui est la capacité de communiquer. C’est-à-dire que dans les cas où l’enfant semble capable de communiquer, c’est le jury ou le juge qui devrait décider de l’admissibilité du témoignage. Il nous semble assez évident qu’un procureur qui cite un enfant comme témoin ne le fera que s’il est persuadé que l’enfant se souvient assez bien des événements, qu’il ne fera pas perdre le temps de tout le monde et que son témoignage sera utile.

(*Ibid.*, n° 3, 2^e sess., 33^e lég., 11 décembre 1986, p. 7)

Dans les débats qui ont suivi, le Comité a souscrit à l’opinion selon laquelle il n’était pas prudent de faire dépendre l’habilité à témoigner de la condition selon laquelle une personne devait être suffisamment intelligente, laquelle condition était censée sous-entendre que la personne comprenait la différence entre la vérité et la fausseté. Par conséquent, le Comité a amendé la modification envisagée à l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de remplacer la condition selon laquelle la personne devait être suffisamment intelligente par la condition qu’elle devait être capable de communiquer les faits dans son témoignage, comme le professeur Bala l’avait initialement proposé.

As such, s. 18 of the *Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, provided the following:

18. Section 16 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

“**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 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.”

The amendment to Bill C-15 shows that Parliament did not intend children and adults with mental disabilities to be questioned on their understanding of the difference between truth and falsehood in order to testify.

Additionally, the fact that the legislative debates emphasized that ability to communicate was the qualitative condition for testimonial capacity under s. 16(3), and that no mention was made that promising to tell the truth required understanding of a promise to tell the truth, demonstrate the intent of Parliament that a mere promise would suffice.

Ainsi, l’art. 18 de la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, prévoyait ce qui suit :

18. L’article 16 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

« **16.** (1) Avant de permettre à une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question de témoigner, 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 sous serment ou 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 témoigner sur promesse 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. »

L’amendement apporté au projet de loi C-15 démontre que le législateur ne voulait pas que les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle soient interrogés sur leur compréhension de la différence entre la vérité et le mensonge afin de pouvoir témoigner.

De plus, le fait que, dans les débats législatifs, il ait été souligné que la capacité de communiquer les faits dans le témoignage était la condition de nature qualitative relative à l’habilité à témoigner prévue au par. 16(3), et que l’on n’ait pas mentionné que la promesse de dire la vérité sous-entendait une compréhension de la promesse de dire la vérité, démontre que le législateur voulait qu’une simple promesse de dire la vérité soit suffisante.

APPENDIX B

The second important amendment to s. 16 of the *Canada Evidence Act* began in 2004, when Minister of Justice Irwin Cotler presented the House of Commons with Bill C-2. In 2005, Parliament adopted the *Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32. Sections 26 and 27 provided:

26. The portion of subsection 16(1) of the *Canada Evidence Act* before paragraph (a) is replaced by the following:

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

27. The Act is amended by adding the following after section 16:

16.1 (1) A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

(2) A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

(4) A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their

ANNEXE B

La deuxième modification importante apportée à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* a été introduite en 2004, lorsque le ministre de la Justice Irwin Cotler a déposé le projet de loi C-2 à la Chambre des communes. En 2005, le législateur a adopté la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32. Les articles 26 et 27 de cette Loi prévoyaient ce qui suit :

26. Le passage du paragraphe 16(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

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

27. La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 16, de ce qui suit :

16.1 (1) Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en

understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

A reading of the works of the two standing committees which studied Bill C-2 shows that Parliament did not intend the prohibition of questions to children on whether they understand the duty to tell the truth under s. 16.1(7) to change the law. On the contrary, s. 16.1(7) was seen as reaffirming the requirement of s. 16(3) that the ability to communicate the evidence was the sole qualitative condition for capacity and that a mere promise to tell the truth would suffice.

During a debate on the phrasing of s. 16.1(7), held in the House of Commons Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, a discussion between Joe Comartin and Professor Nicholas Bala revealed the perception that s. 16(3) had been misinterpreted by courts. The original intent of the provision was to allow challenged witnesses to testify by merely promising to tell the truth, once they were held to be able to communicate the evidence. This discussion, which occurred on March 24, 2005, shows that s. 16.1(7) was aimed at clarifying the state of the law:

Mr. Joe Comartin (Windsor—Tecumseh, NDP): Professor Bala, to start, I read your material in the paper around the changes you want to proposed subsection 16.1(7), but I don't understand, quite frankly, how you would change it. Proposed subsection 16.1(6) provides, as you're promoting strongly, that no oath be issued, that they simply be required to promise to tell the truth.

So I don't know exactly how you want (7) amended, from its current proposal.

Prof. Nicholas Bala: The concern I have about proposed subsection 16.1(7) is that it says no child shall be

vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

Les procès-verbaux des deux comités permanents qui ont étudié le projet de loi C-2 indiquent que le législateur ne voulait pas modifier l'état du droit en interdisant, au par. 16.1(7), que des questions soient posées aux enfants quant à savoir s'ils comprennent le devoir de dire la vérité. Au contraire, on considérerait que le par. 16.1(7) réitérait l'exigence prévue au par. 16(3) selon laquelle la capacité de communiquer les faits dans le témoignage constituait la seule condition de nature qualitative relative à l'habilité à témoigner et qu'une simple promesse de dire la vérité suffisait.

Au cours d'une séance du Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, de la Chambre des communes, portant sur la formulation du par. 16.1(7), une discussion entre Joe Comartin et le professeur Nicholas Bala a révélé que l'on estimait que le par. 16(3) avait été mal interprété par les tribunaux. À l'origine, le législateur voulait, par cette disposition, permettre aux personnes dont la capacité mentale est mise en question de témoigner en ne faisant que promettre de dire la vérité, et ce, dès qu'ils avaient été jugés aptes à communiquer les faits dans leur témoignage. Cette discussion, tenue le 24 mars 2005, révèle que le par. 16.1(7) visait à préciser l'état du droit :

M. Joe Comartin (Windsor—Tecumseh, NPD) : Monsieur Bala, pour commencer, j'ai pris connaissance de votre mémoire et des changements que vous suggérez à l'égard du paragraphe 16.1(7) proposé, mais, en toute franchise, je ne comprends pas comment vous le changeriez. Le paragraphe 16.1(6) proposé prévoit que les enfants ne prêteront pas serment, qu'ils seront simplement tenus de promettre de dire la vérité, et cela correspond à ce que vous préconisez avec tant de vigueur.

Je ne comprends pas exactement de quelle façon vous voulez modifier le paragraphe (7), dans sa forme actuelle.

M. Nicholas Bala : Ce qui me préoccupe du paragraphe 16.1(7) proposé, c'est qu'il prévoit qu'aucun

asked any questions regarding their understanding of the nature “of the promise” for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court, and I would submit to you that it should be “of the promise to tell the truth”.

It’s a relatively small change, but again, the concern I have arises out of the fact that the present legislation has been interpreted very narrowly by judges. When you actually go back through the transcripts — I was actually a witness in 1988, when the provisions came into effect — I think it was thought by people, well, we don’t have to be very explicit here, because the judges will get this right.

Obviously, on many issues we do have to trust our judiciary, but on certain issues I think it’s important to give them as much direction as possible. My concern is that some judge might read this — and we have quite a lot of case law about this — and say, okay, I can’t ask you about your understanding of the nature of the promise, but what about asking you questions about truth-telling? Parliament specifically said in subsection 16.1(6) that you’ll be required to promise to tell the truth. We can’t ask about the nature of the promise, but can we ask you about “truth” and “lie”?

Some judges will continue to interpret it that way. In some ways, it’s a very small amendment, but I assume it’s consistent with your actual intent. My concern, as I say, has been based on how some of these previous provisions have been interpreted. [Emphasis added; p. 7.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005)

This perception was also shared, at the time, by the Department of Justice. Ms. Catherine Kane, Director of the Policy Centre for Victim Issues of Justice Canada, testified that s. 16 was originally intended by Parliament to allow witnesses to give evidence without inquiring into their comprehension of the duty to tell the truth. During her opening statement before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, on July 7,

question sur la compréhension de la nature de la « promesse » ne peut être posée à l’enfant en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal, et j’avance qu’il faudrait reformuler afin qu’il s’agisse de « la promesse de dire la vérité ».

C’est un changement relativement modeste, mais, encore une fois, ma préoccupation découle du fait que la loi actuelle a été interprétée de façon très étroite par les juges. Quand on consulte les transcriptions — j’ai été témoin en 1988, quand les dispositions sont entrées en vigueur — je crois que les gens ont pensé : « Eh bien, nous n’avons pas besoin d’être explicites à cet endroit, car les juges comprendront. »

Évidemment, nous devons faire confiance à notre magistrature au sujet d’un grand nombre de questions, mais, pour certains enjeux, je crois qu’il est important de les orienter le plus possible. Je crains qu’un juge lise ceci — et nous avons une imposante jurisprudence qui reflète cela — et se dis[e] : « Bon, je ne peux t’interroger pour déterminer si tu comprends la nature de la promesse, mais est-ce que je peux te poser des questions sur le sens de la vérité? » Le Parlement prévoit explicitement, au paragraphe 16.1(6), qu’ils seront tenus de promettre de dire la vérité. On ne peut interroger les enfants sur la nature de la promesse, mais est-ce qu’on peut leur poser des questions sur le sens de « vérité » et de « mensonge »?

Certains juges continueront de l’interpréter de cette façon. Dans une certaine mesure, c’est une modification très modeste, mais je suppose que cela correspond au but de votre projet de loi. Ma préoccupation, comme je l’ai dit, concerne la façon dont certaines de ces dispositions antérieures ont été interprétées. [Je souligne; p. 7.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n° 26, 1^{re} sess., 38^e lég., 24 mars 2005)

Cette perception était également partagée, à l’époque, par les juristes du ministère de la Justice. M^{me} Catherine Kane, directrice du Centre de la politique concernant les victimes, au ministère fédéral de la Justice, a affirmé que le législateur voulait, à l’origine, que l’art. 16 permette aux enfants de témoigner sans que l’on cherche à savoir s’ils comprennent le devoir de dire la vérité. Au cours de sa déclaration d’ouverture devant le Comité sénatorial

2005, Ms. Kane explained how the initial purpose of s. 16 had been misinterpreted by courts:

Ms. Catherine Kane . . .

The other part concerns the amendments to the Canada Evidence Act with respect to children. Under the current law, the Canada Evidence Act treats children under 14 in the same way as it treats other people whose mental capacity is challenged. There is a current section 16 that requires the judge to conduct a two-part inquiry whether they are dealing with a person who has some mental disabilities or whether they are dealing with a child under 14. The two-part inquiry requires the judge to first determine, in the case of a child, whether the child understands the nature of an oath or the nature of a solemn affirmation and, second, to determine if the child is able to communicate the evidence. These amendments were made in 1988 with the purpose of trying to more readily permit children's evidence to be received. However, as the cases have interpreted this provision, we have not seen that ready acceptance of children's evidence.

If these two criteria are met, the child gives evidence under an oath or an affirmation. However, if the child does not understand the nature of the oath or the affirmation but has the ability to communicate the evidence, the evidence is received on a promise to tell the truth. That is the current law. While it may appear quite sensible on its face, the interpretations and practise of these provisions do not reflect Parliament's intention in amending the [e]vidence in an effort to permit children's evidence to be admitted more readily.

As interpreted by the courts, section 16 requires that before the child is permitted to testify, the child be subjected to an inquiry as to his or her understanding of the obligation to tell the truth, the concept of a promise, and an ability to communicate. [Emphasis added; pp. 105-6.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005)

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, le 7 juillet 2005, M^{me} Kane a expliqué en quoi l'objet initial visé par l'art. 16 avait été mal interprété par les tribunaux :

Mme Catherine Kane . . .

L'autre partie concerne les modifications à la Loi sur la preuve [au] Canada, relativement aux enfants. En vertu de la loi actuelle, la Loi sur la preuve au Canada traite les enfants de moins de 14 ans de la même manière qu'elle traite d'autres personnes dont la capacité mentale est mise en question. Il y a un article actuellement, l'article 16, qui oblige le juge à mener une enquête en deux parties, qu'il ait affaire à une personne qui a quelque incapacité mentale ou à un enfant de moins de 14 ans. L'enquête en deux parties exige du juge, d'abord, qu'il détermine, dans le cas d'un enfant, si celui-ci saisit la nature d'un serment ou d'une affirmation solennelle, et, deuxièmement, qu'il détermine si l'enfant est capable de communiquer la preuve. Ces modifications ont été apportées en 1988 pour rendre plus facilement acceptables les témoignages des enfants. Cependant, d'après la manière dont cette disposition a été interprétée dans certains procès, nous n'avons pas encore observé d'acceptation sans réserve de témoignages d'enfants.

Si ces deux critères sont respectés, un enfant témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. Cependant, si l'enfant ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation mais est capable de communiquer la preuve, celle-ci est reçue sur promesse de dire la vérité. C'est la loi actuelle. Bien que cela puisse paraître logique à première vue, les interprétations et applications de ces dispositions ne reflètent pas l'intention du Parlement de modifier la Loi sur la preuve de manière à ce que les témoignages des enfants soient plus facilement acceptés.

Tel qu'il est interprété par les tribunaux, l'article 16 stipule qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, il doit être assujéti à un interrogatoire pour déterminer son degré d'entendement de l'obligation de dire la vérité et du concept d'une promesse, et ses capacités de communiquer. [Je souligne; p. 105-106.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n^o 18, 1^{re} sess., 38^e lég., 7 juillet 2005)

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Di Luca Copeland Davies, Toronto.

Solicitors for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Di Luca Copeland Davies, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.