

Shaun Edward Rockey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROCKEY

File No.: 24784.

1996: June 13; 1996: November 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions — Evidence of children — Accused charged with sexual assault of two-and-a-half-year-old child — Child five years old at time of trial — Crown not calling child as witness but instead tendering out-of-court statements he had made to others — Whether trial judge erred in admitting hearsay statements without express inquiry into their necessity — Whether trial judge erred in admitting certain out-of-court statements without a voir dire — Whether trial judge erred in failing to charge jury on which statements it could use for truth of their contents and which went to credibility only — Whether verdict would necessarily have been the same — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The accused was charged with sexual assault of R, a two-and-a-half-year-old child. The accused was a friend of R's father, who on the evening in question asked him to babysit while he ran some errands. R was left alone with the accused for two hours. In the following days, R complained that his bum was sore. Two days later he told his mother that the accused had hurt his bum and "put his peter in [his] bum". The child was seen by a pediatrician who confirmed injury to the anus consistent with the insertion of a blunt object. In the subsequent months, R's behaviour changed. He was no longer happy and outgoing. He exhibited fear of social encounters, particularly with men. He engaged in inappropriate sexual behaviour with other children. On a number of occasions, he made statements to various people about the incident with the accused. The matter

Shaun Edward Rockey *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROCKEY

N° du greffe: 24784.

1996: 13 juin; 1996: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Exceptions — Témoignage d'enfants — Accusé inculpé d'agression sexuelle contre un enfant de deux ans et demi — Enfant âgé de cinq ans au moment du procès — Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve des déclarations extrajudiciaires de l'enfant à d'autres personnes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant les déclarations relatives sans examiner de façon particulière leur nécessité? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant certaines déclarations extrajudiciaires sans tenir de voir-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant, dans ses directives, d'indiquer au jury celles des déclarations qu'il pouvait utiliser comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement? — Le verdict aurait-il nécessairement été le même? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

L'accusé a été inculpé d'avoir agressé sexuellement R, un enfant de deux ans et demi. L'accusé était un ami du père de R. Le soir en question, le père a demandé à l'accusé s'il voulait bien garder l'enfant pendant qu'il allait faire des courses. Il a laissé R seul avec l'accusé pendant deux heures. Dans les jours qui ont suivi, l'enfant s'est plaint d'avoir mal au derrière. Deux jours plus tard, l'enfant a dit à sa mère que l'accusé lui avait fait mal au derrière et qu'il «lui avait mis son zizi dans le derrière». L'enfant a été amené chez un pédiatre, qui a confirmé que l'enfant avait subi à l'anus une lésion susceptible d'avoir été provoquée par l'insertion d'un objet contondant. Au cours des mois qui ont suivi, le comportement de R a changé. Il n'était plus joyeux et sociable. Il craignait les contacts sociaux, surtout avec les hommes. Il a également commencé à avoir un compor-

came on for trial some years later, when R was five years old. The Crown did not call the child, but instead tendered seven statements he had made about the incident, arguing that while hearsay, they were admissible as necessary and reasonably reliable following this Court's decision in *Khan*. On the initial *voir dire* on the admissibility of these statements, the trial judge ruled that two would be admitted and rejected the other five. On a second *voir dire*, defence counsel argued that in view of certain inconsistent statements, referring to the father as having been present at the incident, all the statements should be excluded. The trial judge rejected that argument but accepted defence counsel's alternative argument that R's statements bearing on his father's presence or absence should be admitted. As the trial proceeded, a number of statements attributed to R, including some never subjected to a *voir dire*, were admitted into evidence without objection and without any further *voir dire*s or rulings. The accused did not testify or present evidence of alibi. In his instructions to the jury at the conclusion of the trial, the trial judge referred to the statements globally as having been introduced as an exception to the hearsay rule. The accused was convicted. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.: The question of necessity on which the trial judge erred in failing to make findings was a preliminary determination of mixed law and fact relating to the admissibility of crucial evidence. While findings on those preliminary matters would have constituted mixed questions of law and fact, failure to make them was an error of law. Where that occurs, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* requires the court to trace the effect of the error through the process of the trial and to determine its effect on the ultimate verdict. In this case, the trial judge was required to address two issues preliminary to a finding of necessity: (a) testimonial competence, and, if competent, (b) potential trauma to the child should he testify. With respect to (a), an evaluation of the evidence could lead to different conclusions. In any event, some trial judges might have considered speaking to the child under child-friendly

tement sexuel inapproprié avec d'autres enfants. À un certain nombre d'occasions, il a fait à diverses personnes des déclarations concernant l'incident avec l'accusé. Lorsque le procès a eu lieu quelques années plus tard, R était alors âgé de cinq ans. Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve sept déclarations faites par R au sujet de l'incident, et a soutenu que, même si elles constituaient du ouï-dire, ces déclarations étaient admissibles parce qu'elles étaient nécessaires et raisonnablement fiables, conformément à l'arrêt *Khan* de notre Cour. Au cours du premier voir-dire sur l'admissibilité de ces déclarations, le juge du procès a statué que deux d'entre elles seraient admises, mais il a rejeté les cinq autres. Durant un deuxième voir-dire, l'avocat de la défense a prétendu que toutes les déclarations devraient être exclues, vu l'existence de certaines déclarations incompatibles, faisant état de la présence du père au cours de l'incident. Le juge du procès a rejeté cet argument, mais il a accepté l'argument subsidiaire de l'avocat de la défense qu'il y avait lieu d'admettre les déclarations de R concernant la présence ou l'absence de son père. Au fil du procès, un certain nombre de déclarations attribuées à R, y compris certaines n'ayant jamais donné lieu à un voir-dire, ont été admises en preuve sans objection et sans qu'il y ait d'autres voir-dire ou décisions à cet égard. L'accusé n'a ni témoigné ni présenté de preuve d'alibi. Dans ses directives au jury à la fin du procès, le juge du procès a parlé des déclarations globalement, disant qu'elles avaient été introduites en tant qu'exception à la règle du ouï-dire. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier:* La question de la nécessité sur laquelle le juge du procès a fait erreur en omettant de tirer des conclusions concernait une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de preuve cruciaux. Bien que les conclusions sur ces points préliminaires auraient constitué des questions mixtes de droit et de fait, l'omission de tirer ces conclusions a constitué une erreur de droit. Dans un tel cas, le sous-al. 686(1)(b)(iii) exige que la cour examine l'effet de l'erreur sur le cours du procès et sur le verdict. En l'espèce, le juge du procès devait trancher deux questions avant de conclure à la nécessité: a) l'habilité de l'enfant à témoigner et, en cas de réponse affirmative, b) la possibilité que l'enfant subisse un traumatisme s'il témoignait. En ce qui concerne la question a), l'appréciation de la preuve pourrait mener à des conclusions

circumstances. With respect to (b), however, in light of the uncontradicted evidence of the Crown's expert witness, a trial judge would inevitably have concluded that the child would be traumatized by actually being called as a witness. It follows that the element of necessity is made out in law and the evidence would inevitably have been admitted had the trial judge not erred. Accordingly, the verdict would necessarily have been the same. The admission of certain additional statements did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown has discharged its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

*Per Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.:* A trial judge on an application to admit hearsay evidence pursuant to *Khan* should formally consider and rule on whether the requirements of necessity and reliability are met. Where a trial judge neglects to make a finding which is essential to determining the admissibility of a crucial piece of evidence, this may amount to an error of law which necessitates the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The majority of the Court of Appeal did not err here in concluding that the trial judge would inevitably have admitted the hearsay evidence had he properly considered and ruled upon its admissibility. This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable. Reliability was conceded and is not in issue here. Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, based on psychological assessments, that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child. A reasonable trial judge would inevitably have found the requirement of necessity to be met in this case. It is unrealistic to conclude that R could have communicated his evidence in any useful sense. Moreover, even if R possessed the ability to communicate his evidence under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*, the expert evidence established clearly that he did not understand what it meant to promise to tell the truth, and so he could not meet the requirement of s. 16(3). The

différentes. Quoi qu'il en soit, il est possible que certains juges auraient envisagé de parler avec l'enfant dans un environnement où celui-ci se serait senti à l'aise. Cependant, en ce qui a trait à la question b), vu le témoignage non contredit du témoin expert du ministère public, le juge du procès aurait inévitablement conclu que l'enfant serait traumatisé s'il était effectivement appelé à témoigner. Il s'ensuit qu'on a établi, en droit, la nécessité, et que les éléments de preuve auraient nécessairement été admis si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Par conséquent, le verdict aurait nécessairement été le même. L'utilisation de certaines déclarations additionnelles n'a pas occasionné de tort important ou d'erreur judiciaire grave. Le ministère public s'est acquitté de l'obligation que lui impose le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

*Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major:* Le juge du procès qui est saisi d'une demande visant à faire admettre une preuve par ouï-dire conformément à l'arrêt *Khan* devrait expressément examiner et trancher la question de savoir si les exigences relatives à la nécessité et à la fiabilité sont respectées. Dans les cas où le juge du procès néglige de tirer une conclusion essentielle pour déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve crucial, cela peut constituer une erreur de droit nécessitant l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. En l'espèce, les juges de la majorité de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en concluant que le juge du procès aurait inévitablement admis la preuve par ouï-dire s'il avait correctement examiné et tranché la question de l'admissibilité de cet élément. Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de ouï-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable. La fiabilité a été admise et n'est pas en litige en l'espèce. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du procès est convaincu, sur le fondement d'évaluations psychologiques, que le fait de témoigner devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter autrement préjudice. Un juge raisonnable aurait inévitablement conclu que l'exigence relative à la nécessité était respectée en l'espèce. Il est irréaliste de conclure que R aurait pu communiquer les faits dans son témoignage de manière utile. Qui plus est, même si R posséd-

evidence also supports a finding of necessity on the grounds of trauma to the child.

With respect to the admission of out-of-court statements that were never the subject of a formal *voir dire*, these statements, which pertained to the presence or absence of the father at the incident, were admitted at the insistence of the defence and were obviously not intended to be used as evidence of the truth of their contents, but were admitted to provide a ground for arguing that R had been inconsistent regarding his father's presence or absence. On this view, there was in fact a *voir dire* and a ruling on the admissibility of the subsequent statements.

In his charge to the jury the trial judge did not differentiate between the two statements ruled admissible at the first *voir dire*, which were admitted for the truth of their contents, and the other statements, which were admitted on the issue of consistency. Assuming that the trial judge's failure to instruct the jury on the different purposes for which it could use the different statements constitutes error, in the circumstances of this case no reasonable jury receiving the limiting instruction would have arrived at a different conclusion. The additional statements objected to added no new information capable of strengthening the statements tendered for their truth. Further, any effect the absence of the direction might possibly have had pales to insignificance against the backdrop of the strength of the case against the accused. No reasonable jury, properly instructed, would have entered a verdict of acquittal.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10; *R. v. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b) [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 18], (3) [*idem*].

duit la capacité de communiquer les faits dans son témoignage, comme l'exige l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le témoignage de l'expert a clairement établi qu'il ne comprenait pas ce que voulait dire le fait de promettre de dire la vérité, et il ne pouvait donc pas respecter l'exigence prévue au par. 16(3). La preuve étaye également une conclusion de nécessité fondée sur le traumatisme pour l'enfant.

En ce qui concerne l'admission des déclarations extrajudiciaires qui n'ont jamais fait l'objet d'un *voir-dire* formel, ces déclarations, qui concernaient la présence ou l'absence du père au moment de l'incident, ont été admises sur les instances de la défense et n'avaient évidemment pas pour but de servir comme preuve de la véracité de leur contenu. Elles ont plutôt été admises comme fondement permettant de plaider que R avait fait des déclarations contradictoires relativement à la présence ou à l'absence de son père. Dans cette optique, il y a en fait eu un *voir-dire* et une décision sur l'admissibilité des déclarations ultérieures.

Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a fait aucune distinction entre les deux déclarations jugées admissibles au premier *voir-dire*, qui ont été admises comme preuve de la véracité de leur contenu, et les autres déclarations, qui ont été admises relativement à la question de la cohérence. À supposer que l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur les différentes fins auxquelles pouvaient servir les diverses déclarations constitue une erreur, dans les circonstances, aucun jury raisonnable, ayant reçu la directive restrictive, ne serait arrivé à une conclusion différente. Les déclarations additionnelles qui ont fait l'objet d'une objection n'apportaient aucun élément nouveau susceptible de renforcer les déclarations présentées comme preuve de leur véracité. En outre, tout effet qu'a pu avoir l'absence de directives est négligeable comparé à la force de la preuve contre l'accusé. Aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait rendu un verdict d'acquiescement.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10; *R. c. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

*D. Fletcher Dawson*, for the appellant.

*M. David Lepofsky*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice McLachlin but while I reach the same result I disagree with her application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with respect to the failure of the trial judge to make findings on the question of necessity.

The matters in respect of which the trial judge erred in failing to make findings were a preliminary determination of mixed law and fact relating to the admissibility of crucial evidence. Evidence was led on the *voir dire* on which findings were required to be made. While findings on those preliminary matters would have constituted mixed questions of law and fact, failure to make them was an error of law. Where that occurs, s. 686(1)(b)(iii) requires the court to trace the effect of the error through the process of the trial and to determine its effect on the ultimate verdict. If the preliminary matter is purely a question of law which the trial judge failed to decide, the Court of Appeal decides what was the right conclusion in law. If that conclusion leads to the admissibility of evidence which was in fact admitted, then the error had no effect on the verdict. The appellate court will not entertain an argument that different judges

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)b) [abr. & rempl. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 18], (3) [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa condamnation pour agression sexuelle causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

*D. Fletcher Dawson*, pour l'appelant.

*M. David Lepofsky*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue le juge McLachlin. Toutefois, bien que j'arrive au même résultat qu'elle, je ne souscris pas à l'application qu'elle fait du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à l'omission du juge du procès de tirer des conclusions à l'égard de la question de la nécessité.

Les points à l'égard desquels le juge du procès a fait erreur en omettant de tirer des conclusions concernaient une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de preuve cruciaux. Ont été présentés, au voir-dire, des éléments de preuve à l'égard desquels des conclusions devaient être tirées. Bien que les conclusions sur ces points préliminaires auraient constitué des questions mixtes de droit et de fait, l'omission de tirer ces conclusions a constitué une erreur de droit. Dans un tel cas, le sous-al. 686(1)b)(iii) exige que la cour examine l'effet de l'erreur sur le cours du procès et sur le verdict. Si le point préliminaire est purement une question de droit sur laquelle le juge du procès a omis de statuer, la cour d'appel décide quelle est la bonne conclusion en droit. Si cette conclusion entraîne l'admissibilité d'éléments de preuve qui ont, de fait, été admis, alors l'erreur n'a eu aucun effet sur le verdict. La cour d'appel n'acceptera pas l'argument que des

might decide differently. There is only one answer which is that given by the appellate court.

juges différents pourraient rendre une autre décision. Il n'y a qu'une seule réponse, celle donnée par la cour d'appel.

3 On the other hand, if the preliminary matter is one of fact or mixed law and fact, the decision is not necessarily inevitable. In our system where there is a dispute on matters of fact, the general rule is that the appellant is entitled to a decision from a trial judge. In such circumstances, it is wrong for the appellate court to simply decide the matter: The process of reasoning is to ask whether the issue of fact would inevitably have been decided in favour of admissibility. If the answer is in the affirmative, then the error had no effect. If the answer is in the negative, then it might reasonably have affected the verdict because the evidence might have been excluded. This is the way in which both the majority and Doherty J.A. dissenting dealt with the issue in the Court of Appeal although they differed in the result.

Cependant, si le point préliminaire est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, la décision n'est pas nécessairement inévitable. Dans notre système, en cas de différend sur des questions de fait, la règle générale est que l'appelant a droit à ce que ce soit le juge du procès qui tranche. Dans de telles circonstances, la cour d'appel a tort de simplement trancher la question. Le raisonnement qu'il faut faire consiste à se demander si la question de fait aurait inévitablement été tranchée en faveur de l'admissibilité. Si la réponse est oui, alors l'erreur n'a eu aucune incidence. Si la réponse est non, alors il est raisonnable de penser que l'erreur a pu influencer sur le verdict étant donné que l'élément de preuve aurait pu être écarté. C'est de cette façon que tant les juges de la majorité de la Cour d'appel que le juge dissident Doherty ont examiné la question, même s'ils sont arrivés à des réponses différentes.

4 In this case, the trial judge was required to address two issues preliminary to a finding of necessity:

En l'espèce, le juge du procès devait trancher deux questions avant de conclure à la nécessité:

- (a) testimonial competence, and, if competent,
- (b) potential trauma to the child should he testify.

- a) l'habilité de l'enfant à témoigner et, en cas de réponse affirmative,
- b) la possibilité que l'enfant subisse un traumatisme s'il témoigne.

With respect to (a), as demonstrated by Doherty J.A. dissenting in the Court of Appeal, an evaluation of the evidence could lead to different conclusions. As expressed by him, "I cannot say that a reasonable trial judge would necessarily have found Ryan to be incompetent to give evidence" ((1995), 23 O.R. (3d) 641, at p. 667). Apart from the fact that different conclusions could be drawn from the evidence, some trial judges might have considered speaking to the child under child-friendly circumstances. The trial judge did not even consider this possibility because of the fact that he simply acted on the assumption that the child would not be called by the Crown. I would not conclude, therefore, that but for the failure of the trial judge to make a finding in respect of testi-

En ce qui concerne la question a), comme l'a démontré le juge Doherty, dissident en Cour d'appel, l'appréciation de la preuve pourrait mener à des conclusions différentes. Comme il l'a dit: [TRADUCTION] «Je ne peux affirmer qu'un juge raisonnable aurait nécessairement conclu que Ryan était inhabile à témoigner» ((1995), 23 O.R. (3d) 641, à la p. 667). Outre le fait que différentes conclusions pouvaient être tirées de la preuve, il est possible que certains juges auraient envisagé de parler avec l'enfant dans un environnement où celui-ci se serait senti à l'aise. Le juge du procès n'a même pas envisagé cette possibilité, puisqu'il a tout simplement présumé que le ministère public n'assignerait pas l'enfant à témoigner. Par conséquent, je ne conclurais pas que, n'eût été l'omission du juge

monial competence the verdict would necessarily have been the same.

With respect to (b), I am of the view that, in light of the uncontradicted evidence of Dr. Sas, a trial judge would inevitably have concluded that the child would be traumatized by actually being called as a witness. It follows that, in light of this conclusion, the element of necessity is made out in law and the evidence would inevitably have been admitted had the trial judge not erred. Accordingly, the verdict would therefore necessarily have been the same.

In respect to the admission of certain additional statements, I am satisfied for the reasons of the majority of the Court of Appeal and those of my colleague that the admission of these statements did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown has discharged its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

I would dismiss the appeal.

The reasons of Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. — The appellant, Shaun Edward Rockey, was charged and convicted of sexual assault of Ryan, a child of two and one-half years. The appellant was a friend of Ryan's father. On the evening in question, the father asked the appellant to babysit while he ran some errands. He left Ryan alone with the appellant from 8:00 to 10:00 p.m. In the following days, Ryan complained that his bum was sore. Two days later he told his mother that Shaun had hurt his bum and "put his peter in [his] bum". The child was seen by a pediatrician who confirmed injury to the anus consistent with the insertion of a blunt object. In the subsequent months, Ryan's behaviour changed. He was no longer happy and outgoing. He exhibited fear of social encounters, particularly with men. And he engaged in inappropriate sexual behaviour with other children. On a number of occasions, he made

du procès de tirer une conclusion à l'égard de l'habilité à témoigner, le verdict aurait nécessairement été le même.

En ce qui a trait à la question b), vu le témoignage non contredit du D<sup>r</sup> Sas, je suis d'avis que le juge du procès aurait inévitablement conclu que l'enfant serait traumatisé s'il était effectivement appelé à témoigner. À la lumière de cette conclusion, il s'ensuit qu'on a établi, en droit, la nécessité, et que les éléments de preuve auraient nécessairement été admis si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Par conséquent, le verdict aurait nécessairement été le même.

Pour ce qui est de l'utilisation de certaines déclarations additionnelles, je suis convaincu, pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel et pour ceux de ma collègue, que l'utilisation de ces déclarations n'a pas occasionné de tort important ou d'erreur judiciaire grave. Le ministère public s'est acquitté de l'obligation que lui impose le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — L'appelant, Shaun Edward Rockey, a été accusé et déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement Ryan, un enfant de deux ans et demi. L'appelant était un ami du père de Ryan. Le soir en question, le père a demandé à l'appelant s'il voulait bien garder l'enfant pendant qu'il allait faire des courses. Il a laissé Ryan seul avec l'appelant de 20 heures à 22 heures. Dans les jours qui ont suivi, l'enfant s'est plaint d'avoir mal au derrière. Deux jours plus tard, l'enfant a dit à sa mère que Shaun lui avait fait mal au derrière et qu'il [TRADUCTION] «lui avait mis son zizi dans le derrière». L'enfant a été amené chez un pédiatre, qui a confirmé que l'enfant avait subi à l'anús une lésion susceptible d'avoir été provoquée par l'insertion d'un objet contondant. Au cours des mois qui ont suivi, le comportement de Ryan a changé. Il n'était plus joyeux et sociable. Il craignait les

statements to various people about the incident with Shaun.

contacts sociaux, surtout avec les hommes. Il a également commencé à avoir un comportement sexuel inapproprié avec d'autres enfants. À un certain nombre d'occasions, il a fait à diverses personnes des déclarations concernant l'incident avec Shaun.

9 The appellant was charged and the matter came on for trial some years later, when Ryan was five years old. It was a difficult trial. The Crown did not call the child. Instead it tendered seven statements Ryan had made about the incident, arguing that while hearsay, they were admissible as necessary and reasonably reliable following this Court's decision in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531.

L'appelant a été accusé et, lorsque le procès a eu lieu quelques années plus tard, Ryan était alors âgé de cinq ans. Ce fut un procès difficile. Le ministère public n'a pas fait témoigner l'enfant, mais a plutôt déposé en preuve sept déclarations faites par Ryan au sujet de l'incident, et a soutenu que, même si elles constituaient du ouï-dire, ces déclarations étaient admissibles parce qu'elles étaient nécessaires et raisonnablement fiables, conformément à l'arrêt de notre Cour *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

10 On the initial hearing on the admissibility of these statements (the first *voir dire*), the trial judge ruled that two would be admitted and rejected the other five. On a second *voir dire*, defence counsel argued that in view of certain inconsistent statements, referring to the father as having been present at the incident, all the statements should be excluded. The trial judge rejected that argument but accepted defence counsel's alternative argument that Ryan's statements bearing on his father's presence or absence should be admitted. As the trial proceeded, a number of statements attributed to Ryan, including some never subjected to a *voir dire*, were admitted into evidence without objection and without any further *voir dire*s or rulings. The appellant did not testify or present evidence of alibi. In his instructions to the jury at the conclusion of the trial, the trial judge referred to the statements globally as having been introduced as an exception to the hearsay rule. The jury convicted the appellant of sexual assault.

Au cours de l'audition initiale sur l'admissibilité de ces déclarations (le premier voir-dire), le juge du procès a statué que deux d'entre elles seraient admises, mais il a rejeté les cinq autres. Durant un deuxième voir-dire, l'avocat de la défense a prétendu que toutes les déclarations devraient être exclues, vu l'existence de certaines déclarations incompatibles, faisant état de la présence du père au cours de l'incident. Le juge du procès a rejeté cet argument, mais il a accepté l'argument subsidiaire de l'avocat de la défense qu'il y avait lieu d'admettre les déclarations de Ryan relatives à la présence ou à l'absence de son père. Au fil du procès, un certain nombre de déclarations attribuées à Ryan, y compris certaines n'ayant jamais donné lieu à un voir-dire, ont été admises en preuve sans objection et sans qu'il y ait d'autres voir-dire ou décisions à cet égard. L'appelant n'a ni témoigné ni présenté de preuve d'alibi. Dans ses directives au jury à la fin du procès, le juge du procès a parlé des déclarations globalement, disant qu'elles avaient été introduites en tant qu'exception à la règle du ouï-dire. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle.

11 The appellant appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal. The Ontario Court of Appeal, Doherty J.A. dissenting, dismissed the appeal: (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d)

L'appelant a interjeté appel de la déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel, le juge Doherty étant dissident: (1995), 23 O.R. (3d) 641, 99 C.C.C. (3d) 31, 82

31, 82 O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186. The appellant appeals to this Court as of right.

#### The Issues:

The appellant argues that the trial judge erred in three respects:

- (1) in admitting the hearsay statements without an express inquiry into or ruling on the necessity of relying on Ryan's statements as opposed to calling Ryan as a live witness;
- (2) in admitting numerous out-of-court statements, some without a *voir dire*; and
- (3) in failing to charge the jury on which statements it could use for the truth of their contents and which went to credibility only.

If error on one or more of these matters is found, the further issue arises of whether, applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, it can be concluded that a reasonable jury in the absence of error would necessarily have convicted the appellant.

#### Decision of the Ontario Court of Appeal

The majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in not formally considering and ruling on necessity in deciding whether the hearsay statements of the child were admissible. However, it held that this made no difference since had he done so, he would inevitably have ruled that necessity was established. Moreover, even if the child had been called as a witness, the outcome of the trial would not have been affected, in the view of the majority. As for the admission of numerous other statements, the majority held that this was harmless error, since the statements were admitted not for the truth of their contents, but to provide a full context within which the jury could weigh the significance of the statements that his father had been present at the incident. The majority of the Court of Appeal ruled that the charge

O.A.C. 1, 42 C.R. (4th) 186. L'appelant se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

#### Les questions en litige

L'appelant prétend que le juge du procès a fait erreur à trois égards:

- (1) en admettant les déclarations relatées, sans avoir examiné de façon particulière la nécessité de se fonder sur les déclarations de Ryan plutôt que le faire témoigner de vive voix, ou avoir statué sur la question;
- (2) en admettant sans voir-dire de nombreuses déclarations extrajudiciaires;
- (3) en omettant, dans ses directives au jury, d'indiquer celles des déclarations qui pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu et celles qui avaient trait à la crédibilité seulement.

Si notre Cour conclut qu'il y a eu erreur sur un ou plusieurs de ces points, elle doit ensuite se demander s'il est possible de conclure, en appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qu'un jury raisonnable aurait nécessairement, en l'absence d'erreur, déclaré l'appelant coupable.

#### La décision de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel à la majorité a statué que le juge du procès avait commis une erreur en n'examinant pas et en ne tranchant pas expressément la question de la nécessité lorsqu'il s'est prononcé sur l'admissibilité des déclarations relatées de l'enfant. Cependant, la Cour d'appel a statué que cela ne changeait rien, car l'eût-il fait, le juge du procès aurait inévitablement conclu que la nécessité avait été établie. Qui plus est de l'avis des juges majoritaires, même si l'enfant avait été assigné à témoigner, l'issue du procès n'aurait pas été différente. En ce qui concerne l'admission de plusieurs autres déclarations, les juges majoritaires ont statué qu'il s'agissait d'une erreur non préjudiciable puisque les déclarations avaient été admises non pas comme preuve de la véracité de leur contenu, mais pour donner au juge le contexte général lui permet-

12

13

14

was adequate, even though the trial judge failed to tell the jury that it should not use the statements admitted without a *voir dire* as proof of the truth of their contents.

tant d'apprécier l'importance des déclarations de l'enfant selon lesquelles son père était présent au moment de l'incident. La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès avait donné des directives suffisantes aux jurés, même s'il avait omis de leur dire qu'ils ne devraient pas utiliser les déclarations admises sans voir-dire comme preuve de la véracité de leur contenu.

15 Doherty J.A. dissented. He did not find that the hearsay statements were inadmissible for the truth of their contents; however, he argued that they would not necessarily have been admitted had the trial judge followed the correct procedure. He pointed out that had the additional statements tendered on the issue of credit been inadmissible, the trial judge's failure to tell the jury they could be used only for this purpose was, in his view, fatal. Accordingly, he would have allowed the appeal.

Le juge Doherty a exprimé sa dissidence. Il n'a pas conclu que les déclarations relatées étaient inadmissibles comme preuve de la véracité de leur contenu. Cependant, il a affirmé qu'elles n'auraient pas nécessairement été admises si le juge du procès avait suivi la bonne procédure. Il a souligné que si les déclarations additionnelles présentées relativement à la question de la crédibilité avaient été inadmissibles, l'omission du juge du procès de dire au jury que ces déclarations ne pouvaient être utilisées qu'à cette fin était, à son avis, fatale. En conséquence, il aurait accueilli l'appel.

## Discussion

### 1. *Admissibility of the Hearsay Statements*

16 The trial judge on the first *voir dire* referred to the case law requiring a finding of necessity and reliability before a hearsay statement may be admitted for the truth of its contents. However, in his written ruling finding two of the statements admissible, he stated:

I make the following comments on the assumption that Ryan will not testify. Thus, I am proceeding on the basis that at least some of the statements in issue are "reasonably necessary" and therefore meet the first part of the *Khan* test of admissibility.

The appellant argues that the use of the word "assumption" indicates that the trial judge was not ruling on necessity, but was rather deferring to the prosecution's decision not to call the child as a witness. He submits that the trial judge should have called the child and examined him to see whether he could give useful evidence without undue trauma, rather than simply assuming the

## Analyse

### 1. *Admissibilité des déclarations relatées*

Lors du premier voir-dire, le juge du procès a fait état de la jurisprudence exigeant qu'une déclaration relatée soit déclarée nécessaire et fiable avant d'être admise comme preuve de la véracité de son contenu. Cependant, dans ses motifs écrits concluant à l'admissibilité de deux des déclarations, il a dit ceci:

[TRADUCTION] Je fais les commentaires qui suivent en supposant que Ryan ne témoignera pas. En conséquence, je pars du fondement qu'au moins certaines des déclarations en litige sont «raisonnablement nécessaires» et satisfont donc au premier volet du critère d'admissibilité formulé dans l'arrêt *Khan*.

L'appelant soutient que l'emploi de l'expression [TRADUCTION] «en supposant» indique que le juge du procès ne statuait pas sur la question de la nécessité, mais qu'il laissait plutôt au ministère public le soin de décider d'assigner ou non l'enfant comme témoin. L'appelant prétend que le juge du procès aurait dû assigner l'enfant et l'interroger pour déterminer s'il pouvait témoigner utilement

child could not testify and that use of the hearsay statements was consequently necessary.

I accept the appellant's contention that a trial judge on an application to admit hearsay evidence pursuant to *Khan* should formally consider and rule on whether the requirements of necessity and reliability are met. Hearsay evidence is not admissible unless these requirements are present. It should not lightly be assumed that they are present, even where the statements are those of a young child. There is no presumption of necessity; it must always be considered on the circumstances of a particular case. The Crown must decide whether to call the child or not. In the event it decides not to call the child and to tender hearsay statements instead, the judge must determine whether the child could not have testified, making it necessary to call substitute evidence.

I agree with counsel for the appellant that where a trial judge neglects to make a finding which is essential to determining the admissibility of a crucial piece of evidence, this may amount to an error of law which necessitates the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Where the Court of Appeal cannot address the question left unanswered by the trial judge without weighing issues of fact, then s. 686(1)(b)(iii) seems to me to require the application of the "inevitability" standard: that is, would the issue of fact inevitably have been decided in a manner which would have led to the same conclusion that the trial judge reached, in this case, admission of the statements. This is the procedure the majority of the Court of Appeal followed in this case, finding that had the trial judge made the necessary inquiry, he would have inevitably admitted the evidence. Doherty J.A., in dissent, was not convinced of the inevitability of that conclusion.

sans subir de traumatisme exagéré, plutôt que de simplement supposer que l'enfant ne pouvait pas témoigner et que l'utilisation des déclarations relatées était en conséquence nécessaire.

J'accepte l'argument de l'appellant que le juge du procès qui est saisi d'une demande visant à faire admettre une preuve par ouï-dire conformément à l'arrêt *Khan* devrait expressément examiner et trancher la question de savoir si les exigences relatives à la nécessité et à la fiabilité sont respectées. La preuve par ouï-dire n'est admissible que si ces exigences ont été satisfaites. Il ne faut pas supposer, à la légère, qu'elles sont satisfaites, même s'il s'agit de déclarations émanant d'un jeune enfant. Il n'existe pas de présomption de nécessité; chaque cas doit être examiné à la lumière des circonstances qui lui sont propres. Le ministère public doit décider s'il assignera ou non l'enfant à témoigner. Dans le cas où le ministère public décide de ne pas faire témoigner l'enfant, mais plutôt de déposer des déclarations relatées, le juge doit alors déterminer si l'enfant n'aurait pas pu témoigner, ce qui aurait évité la nécessité de déposer une preuve substitutive.

Je suis d'accord avec l'affirmation de l'avocat de l'appellant que, dans les cas où le juge du procès néglige de tirer une conclusion essentielle pour déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve crucial, cela peut constituer une erreur de droit nécessitant l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Lorsque la Cour d'appel ne peut répondre à la question laissée sans réponse par le juge du procès sans trancher certaines questions de fait, il me semble alors que le sous al. 686(1)(b)(iii) exige l'application de la norme de l'«inévitabilité»: savoir que la question de fait aurait inévitablement été tranchée d'une manière qui aurait conduit à la conclusion qu'a tirée le juge du procès en l'espèce, c'est-à-dire à l'admission des déclarations. C'est la procédure qu'ont suivie les juges de la majorité de la Cour d'appel dans le présent cas. Ceux-ci ont conclu que si le juge du procès avait fait l'examen nécessaire, il aurait inévitablement admis l'élément de preuve. Le juge dissident Doherty n'était pas convaincu de l'inévitabilité de cette conclusion.

19

This then is the issue: did the majority of the Court of Appeal err in concluding that the trial judge would inevitably have admitted the hearsay evidence had he properly considered and ruled upon its admissibility? In my view, the majority did not err in so concluding.

20

This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial such as this may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable. Reliability is not in issue on this appeal and I consider it no further. Necessity is the issue. Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, "based on psychological assessments that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child . . .": *R. v. Khan, supra*, at p. 546. While not argued in the present case, it may be that necessity can also be established where the child testifies, if the trial judge is satisfied that the admission of the out-of-court statement is reasonably necessary in order to put a full and frank account of the child's version of the relevant events before the jury: *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (Ont. C.A.), at p. 24.

21

The Crown called Dr. Louise Sas as a witness on the issue of necessity. She testified that Ryan did not understand the concepts of truth, lying and promising.

Q. Okay, you were starting into the area about the truth and . . .

A. Yeah. I . . . again, I tried to play a little game there.

Voilà donc quelle est la question en litige: les juges de la majorité de la Cour d'appel ont-ils commis une erreur en concluant que le juge du procès aurait inévitablement admis la preuve par oui-dire s'il avait correctement examiné et tranché la question de l'admissibilité de cet élément? À mon avis, les juges de la majorité n'ont pas fait d'erreur en concluant de la sorte.

Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de oui-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable. La question de la fiabilité n'est pas en litige en l'espèce et je ne l'examinerai pas davantage. C'est la nécessité qui est en litige. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du procès est convaincu, sur le fondement d'«évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice . . .»: *R. c. Khan*, précité, à la p. 546. Même si cela n'a pas été plaidé en l'espèce, dans les cas où l'enfant témoigne, la nécessité peut également être établie si le juge du procès est convaincu que l'admission de la déclaration extrajudiciaire est raisonnablement nécessaire pour présenter au jury un compte rendu complet et sincère de la version que donne l'enfant des événements pertinents: *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (C.A. Ont.), à la p. 24.

Le ministère public a fait témoigner le Dr Louise Sas relativement à la question de la nécessité. Celle-ci a dit que Ryan ne comprenait pas les concepts de vérité, de mensonge et de promesse.

[TRADUCTION] Q. D'accord, vous aviez commencé à parler de la question de la vérité . . .

R. Oui. Je [. . .] de nouveau, j'ai essayé de jouer à un petit jeu.

“Oh Ryan, do you know what the truth is? Do you know what a lie is?”

and he says,

“Oh yeah”, and he says, “Well, once my mother said she wasn’t going to call and she called”.

And I said — I was waiting.

“So what is that? Is that the truth or was that a lie?”

and he didn’t know, so he couldn’t really extrapolate as to whether that was true or not. I gave him an example and I just, you know,

“If I told you I was wearing a red dress, would I be lying?”

And he said,

“Well, you’re wearing a black dress” — because he knows his colours very well. But he didn’t know that that was a lie. He could not articulate that that was lying, you know, or an untruth. I gave him several other examples and he couldn’t make the abstract connection. He could recite the example, he could tell you something was not right, but he could not then say, if you say that, then you are lying. Okay, so he can’t take it farther. He did not know, really, what a promise was. He could not articulate a promise to me at all. A promise is a promise is a promise, and he could not bring into it the context that is entailed in a promise. [Emphasis added.]

Dr. Sas also testified that not only would giving evidence be extremely traumatic for Ryan, but that he simply would not be able to give evidence in a room with the accused, lawyers and a judge.

Q. Now you’ve talked about his own ability, that you have come to an opinion about, based on an interview in an office which may not have had toys in it, but was smaller than this room. How could you contrast that with the possibility of him testifying in a court room such as this, with a judge and other people present?

THE COURT: And a jury.

Q. Yes.

«Oh Ryan, est-ce que tu sais ce qu’est la vérité? Sais-tu ce qu’est un mensonge?»

Et il répond,

«Oh oui», puis il dit, «Bien, une fois ma mère a dit qu’elle n’allait pas téléphoner et elle a téléphoné».

Et j’ai dit — j’attendais.

«Qu’est-ce que c’est? Est-ce que c’était la vérité ou un mensonge?»

Et il ne le savait pas, par conséquent il ne pouvait pas vraiment extrapoler et se demander si c’était vrai ou faux. Je lui ai donné un exemple et j’ai simplement, vous savez,

«Si je te dis que je porte une robe rouge, est-ce que je mens?»

Et il a dit:

«Bien, vous portez une robe noire», il connaît très bien ses couleurs. Mais, il ne savait pas que c’était un mensonge. Il ne pouvait dire dans ses mots que c’était un mensonge, vous savez, ou dire que ce n’était pas vrai. Je lui ai donné plusieurs autres exemples et il n’a pu faire le lien abstrait. Il pouvait répéter l’exemple, il pouvait dire que quelque chose n’était pas correct, mais il ne pouvait pas dire ensuite, si vous dites cela vous mentez. D’accord, il ne peut pousser son raisonnement plus loin. Il ne savait pas réellement ce qu’était une promesse. Il n’a pas du tout été capable de me dire dans ses mots ce qu’était une promesse. Une promesse est une promesse, est une promesse, et il ne pouvait expliquer le contexte dans lequel s’inscrit une promesse. [Je souligne.]

Le Dr Sas a aussi déclaré que non seulement le fait de témoigner serait extrêmement traumatisant pour Ryan, mais aussi qu’il ne serait tout simplement pas capable de le faire dans une pièce où seraient présents l’accusé, des avocats et un juge.

[TRADUCTION] Q. Vous avez parlé de sa capacité, vous avez dit que vous vous êtes formé une opinion, à partir d’une entrevue réalisée dans un bureau où il n’y avait peut-être pas de jouets, mais qui était plus petit que cette salle. Comment pouvez-vous faire une comparaison entre cette situation et la possibilité qu’il témoigne dans une salle d’audience comme celle-ci, en présence d’un juge et d’autres personnes?

LA COUR: Et un jury.

Q. Oui.

A. I would not advise that in this case for this child.

Q. Why?

A. I feel that he would be traumatized. I think the fact of being in this court room, on the stand, would be traumatic enough that he wouldn't be able to give an account.

THE COURT: . . . What effect do you think it would have on this boy by testifying? If you want to give me a gradation of trauma or . . .

A. You're talking about a closed circuit t.v. — television or come from the court room?

THE COURT: Well, do you want to start with the court room first, or do you feel that it just will not happen if it's in the court room?

A. It will not happen, I believe, if he has to be in the same room as the accused. I think it would be very traumatic for him to come into contact with Shaun, who he continues to feel is in a jail situation somewhere and that he is safe because this person is being held.

Q. All right, can we take it one step, then, what if there were a screen in place, would you be able to comment on that — a screen that would prevent him from viewing the accused?

A. Well, what the screen does, in a sense . . . you're right, it provides a barrier for the child so he wouldn't see the accused directly, however, I know both from the literature, that children do better in smaller rooms. There's some literature to support the use of closed circuit t.v. and you're more likely to elicit a full account in a smaller room with younger children in particular, and that for this child, I think this large room is so formal, it would be very frightening for him.

Q. . . . In your opinion, would he be able to give a meaningful account of what happened if he were in a room with a camera that was taking his picture and transmitting that into the court room?

A. It would be . . . I believe he would be able to say pretty much the same as what he said to me today, if he was in a room separate from the court and asked questions one more time. There's no reason to believe that

R. Je ne recommanderais pas cela pour cet enfant.

Q. Pourquoi?

R. J'estime qu'il serait traumatisé. Je crois que le fait de se trouver dans cette salle d'audience, à la barre, serait si traumatisant qu'il ne serait pas capable de relater les faits.

LA COUR: . . . À votre avis, quel effet aurait sur ce garçon le fait de le faire témoigner? Si vous voulez bien me donner une gradation du traumatisme ou . . .

R. Vous parlez de la télé en circuit fermé — de la télévision, ou encore du témoignage dans la salle d'audience?

LA COUR: Bien, voulez-vous tout d'abord commencer par la salle d'audience, ou croyez-vous que ça ne marchera pas si ça se déroule dans la salle d'audience?

R. À mon avis, ça ne marchera pas s'il se trouve dans la même pièce que l'accusé. Je crois qu'il serait très traumatisant pour lui de se trouver en contact avec Shaun, qu'il croit toujours emprisonné quelque part, il se sent en sécurité parce que cette personne est détenue.

Q. D'accord, passons alors à la solution suivante; s'il y avait un écran, seriez-vous capable de faire des commentaires à cet égard — un écran qui l'empêcherait de voir l'accusé?

R. Bien, ce que fait un écran, [. . .] vous avez raison, un écran établit une barrière protégeant l'enfant, pour qu'il ne voit pas l'accusé directement; cependant, je sais, d'après la littérature, que les enfants réagissent mieux s'ils sont dans de petites pièces. Certains auteurs sont en faveur de l'utilisation de la télévision en circuit fermé et on est plus susceptible d'obtenir un récit complet dans une petite pièce, surtout avec de jeunes enfants; en ce qui concerne l'enfant qui nous intéresse, je crois que cette grande salle a un caractère si solennel qu'elle pourrait être effrayante pour lui.

Q. . . . À votre avis, serait-il capable de donner un récit utile de ce qui s'est passé s'il était dans une salle devant une caméra transmettant son image dans la salle d'audience?

R. Ce serait [. . .] Je crois qu'il serait capable de répéter sensiblement ce qu'il m'a dit aujourd'hui s'il se trouvait dans une pièce distincte de la salle d'audience et si on lui posait les questions une fois de plus. Il n'y a pas de

he couldn't again say what he said today, but would that be enough, given what I told you he was able to say?

THE COURT: Would he be able to meaningfully respond to cross-examination by a person as kind as Mr. Bentley?

A. I don't have . . . I don't know what you would ask him, so I can't answer, you know. Do you know what I mean? Like, I don't know if he were asked questions about . . . well when did it happen, or at what time or where were you, what room . . . I don't think he could provide any of that. He has not been able to in questioning, so the fact that he would be in a small room with a closed circuit t.v. provision, to me, wouldn't make a difference in that area; but how much information he could give you about the incident . . .

Q. You don't think that that would affect it?

A. No I don't think that will affect how much you will get. I think what we're getting is the most that we're going to get from this child, given his developmental level and the fact that it's two years now. He gave us almost as much as he could then and I don't think we're to expect more now.

Dr. Sas's evidence was uncontradicted. It established beyond doubt that calling this already traumatized child to the courtroom to testify would inflict further trauma upon him. Even to call him for examination on a *voir dire* would be cruel. Having listened to Dr. Sas, it likely was apparent to everyone in the courtroom that Ryan could not and should not be subjected to the ordeal of being questioned by the judge or lawyers. This much we know: everyone simply took it for granted that he would not take the stand. This explains the trial judge's omission to make a formal ruling on necessity and the absence of objection by either party to that omission. The trial and all its participants proceeded on the common understanding that necessity had been manifestly established.

raison de croire qu'il ne pourrait pas répéter ce qu'il a dit aujourd'hui, mais serait-ce suffisant, compte tenu de ce que je vous ai dit qu'il était capable de dire?

LA COUR: Serait-il capable de répondre utilement s'il était contre-interrogé par une personne aussi affable que M. Bentley?

R. Je n'ai pas [. . .] Comme je ne sais pas ce que vous lui demanderiez, je ne puis me prononcer. Comprenez-vous ce que je veux dire? C'est-à-dire, je ne sais pas si on lui posait des questions [. . .] bien sur le moment où les événements se sont produits, ou à quelle heure, ou encore où étais-tu, dans quelle pièce [. . .] Je ne crois pas qu'il pourrait répondre à ces questions. Il n'a pas été capable de le faire en entrevue, donc le fait qu'il se trouverait dans une petite pièce avec un moniteur de télévision en circuit fermé, selon moi, ne ferait pas de différence à cet égard; mais, en ce qui concerne la quantité de renseignements qu'il pourrait donner relativement à l'incident. . . .

Q. Vous ne croyez pas que ça aurait une incidence sur cet aspect?

R. Non je ne pense pas que ça aura une incidence sur la quantité de renseignements que vous obtiendrez. À mon avis, nous n'obtiendrons pas davantage de cet enfant que ce que nous obtenons actuellement, compte tenu de son niveau de développement et du fait qu'il s'est maintenant écoulé deux ans depuis l'incident. Il nous a donné presque autant de renseignements qu'il pouvait le faire à l'époque et je ne crois pas que nous pouvons nous attendre à davantage maintenant.

Le témoignage du D<sup>r</sup> Sas n'a pas été contredit. Il établissait hors de tout doute que le fait de faire témoigner cet enfant, déjà traumatisé, dans la salle d'audience le traumatiserait davantage. Même l'interroger au cours d'un *voir-dire* serait cruel. Après avoir entendu le témoignage du D<sup>r</sup> Sas, il était probablement évident pour tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que Ryan ne pouvait pas et ne devait pas être assujéti à l'épreuve que serait le fait d'être interrogé par le juge ou les avocats. Nous savons ceci: tous tenaient pour acquis que l'enfant ne témoignerait pas. Cela explique l'omission du juge du procès de statuer formellement sur la question de la nécessité, ainsi que l'absence d'objection par l'une ou l'autre partie relativement à cette omission. Le procès s'est alors poursuivi, tous les participants agissant comme si la nécessité avait manifestement été établie.

24 Dr. Sas's evidence suggests three grounds for a conclusion of necessity: testimonial incompetence; potential trauma to the child; and inability to present meaningful evidence.

25 The first ground is that Ryan lacked the testimonial capacity required of a witness. Testimonial incompetence can render it necessary to receive the out-of-court statement of a child witness: *R. v. Khan*. Ryan was clearly not competent to testify under oath. He could only have testified upon promising to tell the truth pursuant to s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5:

16. . . .

(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.

Two requirements must be met to establish testimonial competence under s. 16(3): the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth: *R. v. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76 (Ont. C.A.). The phrase to "communicate the evidence" in s. 16(1)(b) indicates more than mere verbal ability. In order to establish ability to communicate, "[i]t is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court". *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236.

26 Ryan's ability to communicate his evidence in a courtroom setting was limited. Dr. Sas stated:

. . . I believe he would be able to say pretty much the same as what he said to me today, if he was in a room separate from the court and asked questions one more time. There's no reason to believe that he couldn't again say what he said today . . . .

At the same time, Dr. Sas testified that Ryan could only give the most basic information of what happened, without detail. Even if he were to be

Le témoignage du Dr Sas suggère trois motifs justifiant de conclure à la nécessité: l'incapacité à témoigner; le traumatisme possible pour l'enfant et l'incapacité de celui-ci de présenter un témoignage utile.

Le premier motif est que Ryan n'avait pas la capacité requise pour témoigner. En cas d'incapacité à témoigner, il peut être nécessaire d'accepter les déclarations extrajudiciaires d'un témoin enfant: *R. c. Khan*. Ryan n'était de toute évidence pas habile à témoigner sous serment. Il n'aurait pu témoigner que sur promesse de dire la vérité conformément au par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5:

16. . . .

(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.

Deux conditions doivent être satisfaites pour établir l'habilité d'une personne en vertu du par. 16(3): sa capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité: *R. c. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76 (C.A. Ont.). L'expression «communiquer les faits» à l'al. 16(1)(b) signifie davantage que la simple capacité de parler. Pour établir la capacité de communiquer, «[i]l est nécessaire de vérifier d'une manière générale si le témoin est capable de percevoir les événements, de s'en souvenir et de les communiquer au tribunal». *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, aux pp. 236 et 237.

La capacité de Ryan de communiquer les faits dans une salle d'audience était limitée. Le Dr Sas a déclaré ceci à ce sujet:

[TRADUCTION] . . . [J]e crois qu'il serait capable de répéter sensiblement ce qu'il m'a dit aujourd'hui s'il se trouvait dans une pièce distincte de la salle d'audience et si on lui posait les questions une fois de plus. Il n'y a pas de raison de croire qu'il ne pourrait pas répéter ce qu'il a dit aujourd'hui . . .

À la même occasion, le Dr Sas a témoigné que Ryan ne pouvait fournir que les renseignements les plus élémentaires sur ce qui s'était passé, sans don-

walked through the process, he lacked the capacity to understand what goes on in court. Cross-examined about videotaping Ryan's evidence or giving it in a small room via closed circuit television, Dr. Sas initially supposed that it could be tried, but clarified that the only information the child could provide would be "this happened to me, it hurt, and he did it". His sense of time was very poor, and he would be able to relate only the bare bones of the incident under very direct questioning. Crown counsel would likely have to be under a table when talking to Ryan, at least part of the time. Dr. Sas also testified that Ryan was much less comfortable with men than women. As for cross-examination, Dr. Sas was very clear that Ryan would be incapable of meaningful response: "if he were asked questions about . . . well when did it happen, or at what time or where were you, what room . . . I don't think he could provide any of that." In the face of this evidence, it is 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.

It may be, as Doherty J.A. concluded, that despite these limitations Ryan possessed the ability to communicate his evidence under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*. Logistical difficulties are generally not a sufficient reason to substitute hearsay evidence for a witness's testimony. However, even if this requirement were met, the case for Ryan testifying would founder on the requirement of s. 16(3), the ability to promise to tell the truth. Dr. Sas's evidence was unequivocal: Ryan did not understand what it meant to promise to tell the truth. I agree with Doherty J.A. in dissent that it is not necessary that the witness be able to define the word "promise" in some technical sense; what

ner de détail. Même si on lui avait expliqué tout le processus, il n'avait pas la capacité de comprendre ce qui se passe devant le tribunal. Lorsqu'elle a été contre-interrogée sur la possibilité d'enregistrer le témoignage de Ryan sur bande magnétoscopique ou de faire déposer celui-ci depuis une petite salle, au moyen d'un système de télévision en circuit fermé, le Dr Sas a d'abord dit qu'elle supposait que cela pourrait être tenté, mais elle a ensuite précisé que les seuls renseignements que l'enfant pourrait fournir étaient les suivants: [TRADUCTION] «cela m'est arrivé, ça m'a fait mal et c'est lui qui l'a fait». L'enfant avait une très mauvaise notion du temps, et il ne pourrait relater que les faits les plus élémentaires de l'incident, en réponse à des questions très directes. L'avocat du ministère public devrait vraisemblablement aller sous la table pour parler à Ryan, au moins une partie du temps. Le Dr Sas a aussi témoigné que Ryan était beaucoup moins à l'aise avec les hommes qu'avec les femmes. Pour ce qui est du contre-interrogatoire, le Dr Sas a dit très clairement que Ryan serait incapable de fournir des réponses utiles: «[TRADUCTION] . . . si on lui posait des questions [. . .] bien sur le moment où les événements se sont produits, ou à quelle heure, ou encore où étais-tu, dans quelle pièce [. . .] Je ne crois pas qu'il pourrait répondre à ces questions.» À la lumière de ce témoignage, il n'est 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.

Il est possible, comme a conclu le juge Doherty, que malgré ses limites Ryan ait possédé la capacité de communiquer les faits dans son témoignage, comme l'exige l'al. 16(1)(b) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'existence de problèmes de logistique n'est généralement pas une raison suffisante pour substituer de la preuve par oui-dire à la déposition d'un témoin. Cependant, même si cette exigence était respectée, l'argument en faveur du témoignage de Ryan échouerait en raison de l'exigence prévue au par. 16(3), savoir la capacité de promettre de dire la vérité. Le témoignage du Dr Sas ne laissait place à aucune équivoque: Ryan ne comprenait pas ce que voulait dire le fait de

is required is that the witness understand the obligation to tell the truth in giving his or her evidence. I respectfully part company from Doherty J.A.'s conclusion, however, that it cannot be said that "a reasonable trial judge would necessarily have found Ryan to be incompetent to give evidence" (p. 667 O.R.). On this point, I share the view of the majority of the Court of Appeal. Ryan, as noted above, did not understand the concepts of truth or lying. Nor could he articulate a promise. "A promise is a promise is a promise, and he could not bring into it the context that is entailed in a promise." The only inference that can be drawn from this evidence is that while 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.

promettre de dire la vérité. Je suis d'accord avec le juge Doherty, dissident, qu'il n'est pas nécessaire que le témoin soit capable de définir le mot «promesse» dans un sens technique; ce qu'il faut c'est que le témoin comprenne l'obligation de dire la vérité pendant son témoignage. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Doherty qu'il est impossible d'affirmer qu'[TRADUCTION] «un juge raisonnable aurait nécessairement conclu que Ryan était inhabile à témoigner» (p. 667 O.R.). Sur ce point, je partage l'avis des juges de la majorité. Ryan, comme il a été dit précédemment, ne comprenait pas les concepts de vérité ou de mensonge. Il ne pouvait pas non plus dire dans ses mots ce qu'était une promesse. [TRADUCTION] «Une promesse est une promesse, est une promesse, et il ne pouvait expliquer le contexte dans lequel s'inscrit une promesse.» La seule inférence que l'on peut tirer de ce témoignage est que même si 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.

28 The evidence also supports a finding of necessity on the grounds of trauma to the child. The argument for the appellant on trauma suggested that only the most severe trauma could justify a conclusion of necessity. I respectfully disagree. Mere discomfort is insufficient to establish necessity. But where there is evidence, as here, that an already traumatized child might be further traumatized by being questioned by strange men in a strange situation, that suffices. The Court is not required to wait for proof of actual harm to the child.

La preuve étaye également une conclusion de nécessité fondée sur le traumatisme pour l'enfant. Sur ce point, il a été plaidé, au nom de l'appelant, que seul un traumatisme très grave peut justifier de conclure à la nécessité. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Le simple fait de ne pas être à l'aise est insuffisant pour établir la nécessité. Cependant, lorsqu'il existe une preuve, comme en l'espèce, qu'un enfant déjà traumatisé pourrait l'être davantage s'il est interrogé par des étrangers dans une situation inhabituelle, cela suffit. La Cour n'a pas besoin qu'on lui apporte preuve d'un préjudice réel pour l'enfant.

29 I conclude that a reasonable trial judge would inevitably have found the requirement of necessity to be met. Reliability having been conceded, it follows that the evidence would inevitably have been admitted and that the requirements of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* are met.

Je conclus qu'un juge raisonnable aurait inévitablement statué que l'exigence relative à la nécessité était respectée. La fiabilité des déclarations ayant été admise, il s'ensuit que les éléments de preuve aurait inévitablement été admis et que les exigences du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* sont respectées.

## 2. Admission of Numerous Out-of-Court Statements

The admission of Ryan's out-of-court statements was attacked on two grounds. The first ground of attack was the absence of necessity, considered above. The second ground is that statements were admitted which were never the subject of a *voir dire*. It was error, it is submitted, for successive Crown witnesses to be permitted to testify that Ryan told them the same story, without the admissibility of these additional statements having been considered on a *voir dire*.

To appreciate the reason for the admission of the additional statements and their significance it is necessary to consider their place in the context of the trial and how it unfolded. It behoves appellate courts to remind themselves that a trial is a dynamic process. Particular events and rulings are best judged, not in isolation, but in connection to the events that precede and follow them. The reception of the additional statements in this case provides a classic illustration of the need to consider the dynamics of the trial.

Viewed in the abstract, the admission of out-of-court statements without a *voir dire* appears abnormal, if not erroneous. A different perspective emerges, however, when the statements are considered in the context of how the trial developed. At the outset of the trial, the trial judge ruled two out-of-court statements admissible. It then came to the attention of the defence that Ryan had given certain other statements containing a collateral contradiction. In two statements in the course of play therapy, Ryan had said that his father had been present when Shaun assaulted him. The defence requested another *voir dire*. It asked the trial judge to exclude all the statements, including the two that had been ruled admissible. The trial judge refused, but acceded to the defence's alternative request that all the statements pertaining to the presence or absence of the father at the incident be admitted. These statements, admitted at the insistence of the defence, were obviously not intended

## 2. L'admission de nombreuses déclarations extrajudiciaires

Deux motifs ont été invoqués pour contester l'admission des déclarations extrajudiciaires de Ryan. Le premier est l'absence de nécessité, que nous venons d'examiner. Le deuxième est le fait que des déclarations ont été admises sans jamais avoir fait l'objet d'un *voir-dire*. On a fait erreur, prétend-on, en permettant à des témoins à charge de venir dire que Ryan leur avait dit la même chose, sans que l'admissibilité de ces déclarations ait été examinée à l'occasion d'un *voir-dire*.

Pour bien comprendre la raison pour laquelle ces déclarations additionnelles ont été admises ainsi que leur importance, il est nécessaire d'examiner leur place dans le contexte du procès ainsi que le déroulement de celui-ci. Il incombe aux tribunaux d'appel de se rappeler qu'un procès est une procédure dynamique. La meilleure façon d'apprécier des événements et des décisions donnés consiste à les examiner non pas isolément mais en rapport avec les événements qui les ont précédés et avec ceux qui les ont suivis. La réception des déclarations additionnelles en l'espèce est une illustration classique du besoin de tenir compte du caractère dynamique du procès.

Considérée dans l'abstrait, l'admission des déclarations extrajudiciaires sans tenir de *voir-dire* paraît anormale, sinon erronée. Cependant, une image différente se dégage si on examine les déclarations dans le contexte du déroulement du procès. Au début du procès, le juge a statué que deux des déclarations extrajudiciaires étaient admissibles. La défense a alors appris que Ryan avait fait certaines autres déclarations renfermant une contradiction. Dans deux déclarations faites en cours de thérapie par le jeu, Ryan avait dit que son père était présent lorsque Shaun l'avait agressé. La défense a alors demandé la tenue d'un autre *voir-dire* et demandé au juge du procès d'écarter toutes les déclarations, y compris les deux qui avaient été jugées admissibles. Le juge a refusé, mais il a accueilli la demande subsidiaire de la défense et a admis toutes les déclarations concernant la présence ou l'absence du père au moment de l'incident. Ces déclarations, admises sur les instances de

30

31

32

to be used as evidence of the truth of their contents. Rather, they were admitted to provide a ground for arguing that Ryan had been inconsistent.

33

Once the issue of Ryan's consistency had been raised by admitting the statements referring to his father's presence, it became necessary in fairness and logic to admit all the statements Ryan had made which averted to the presence of his father and which did not avert to the presence of his father. The admission of these statements was required so that the jury could properly judge the degree of the inconsistency on that point and its effect on the credibility of Ryan. The trial judge's ruling on the second *voir dire* may be interpreted as doing this: "all the statements that were made to the various witnesses can go in in relation to the father being there or father not being there".

34

On this view, there was in fact a *voir dire* and a ruling on the admissibility of the subsequent statements. Had the defence not insisted on the admission of the two statements referring to the father's presence, the only statements that would have been admitted were the two ruled admissible at the first *voir dire*. The defence having requested the admission of these additional statements as evidence of inconsistency, it became necessary to admit all statements made on that issue. This is what the trial judge did. That all parties viewed this as what had occurred and as being fair is attested to by the fact no one objected to admission of the statements that were subsequently tendered.

35

Viewed in the perspective of the trial and the trial judge's ruling on the second *voir dire*, it is clear that the admission of the subsequent statements without separate *voir dire*s was not in error. The subsequent statements were not tendered for the truth of their contents, but on the issue of inconsistency.

la défense, n'avaient évidemment pas pour but de servir comme preuve de la véracité de leur contenu. Elles ont plutôt été admises comme fondement permettant de plaider que Ryan avait fait des déclarations contradictoires.

Une fois la question des déclarations contradictoires de Ryan soulevée par l'admission des déclarations relatives à la présence du père, il est ensuite devenu nécessaire, pour des raisons d'équité et de logique, d'admettre toutes les déclarations faites par Ryan — tant celles faisant état de la présence de son père que celles n'en faisant pas état — pour que le jury puisse adéquatement apprécier le degré d'incohérence des déclarations sur ce point et les effets de cette incohérence sur la crédibilité de Ryan. Il est possible de considérer que la décision suivante du juge du procès, à l'occasion du deuxième voir-dire, a permis cette appréciation: [TRADUCTION] «toutes les déclarations faites aux divers témoins sont admises pour ce qui est de la question de la présence ou non du père».

Dans cette optique, il y a en fait eu un voir-dire et une décision sur l'admissibilité des déclarations ultérieures. Si la défense n'avait pas insisté pour faire admettre les deux déclarations faisant état de la présence du père, les seules déclarations qui auraient été admises auraient été les deux jugées admissibles au premier voir-dire. Étant donné que la défense a demandé l'admission de ces déclarations additionnelles comme preuve d'incohérence, il est devenu nécessaire d'admettre toutes les déclarations faites sur cette question. C'est ce que le juge du procès a fait. Le fait que toutes les parties ont considéré que c'est ce qui s'est passé et que cette situation était équitable est attesté par le fait que personne ne s'est opposé à l'admission des déclarations qui ont été présentées subséquemment.

Lorsqu'on l'examine dans le contexte du procès et de la décision du juge du procès au second voir-dire, il est clair que l'admission des déclarations subséquentes sans tenue d'un voir-dire distinct n'a pas été une erreur. Les déclarations subséquentes n'ont pas été présentées comme preuve de la véracité de leur contenu, mais relativement à la question de l'incohérence.

### 3. *The Charge to the Jury*

The two statements ruled admissible at the first *voir dire*, one to his mother and the other to Dr. Sas, were admitted for the truth of their contents. The other statements were admitted on the issue of consistency. The trial judge, however, did not differentiate between the two classes of statements and the different uses to which the jury could put them.

He introduced his instruction on the out-of-court statements as follows:

In this case, as has been indicated by both counsel, this is rather an unusual case in that the child did not testify. In certain circumstances, the Crown is permitted to offer a child's evidence through the mouths of others. In most cases involving adults, particularly, a person is not allowed to say in court what he heard another person saying, because that is what you have all heard throughout this trial known as hearsay. However, as I have indicated in law now, under certain circumstances, as in this case, I have ruled that the Crown is permitted to adduce evidence through the mouths of other persons about what this child has said. When considering that evidence — the evidence of the lad — you must have certain considerations and I must caution you with respect to that type of evidence. [Emphasis added.]

In cautioning the jury about Ryan's statements, he said:

The repetition of the statements. I believe Linda Aitken indicated that the child was entirely consistent in his disclosure to her — you should take that into consideration. You must also, of course, take into consideration at one point, October of 1991, when his mother was walking with him in the park, he at one point said that his father was there and then later on, apparently again without any leading or anything else, he said that his father was not present at the time. [Emphasis added.]

The trial judge made several other references to the out-of-court statements in reviewing the evidence, including statements which had been tendered only

### 3. *L'exposé au jury*

Les deux déclarations jugées admissibles au premier *voir-dire* — l'une faite à la mère et l'autre au Dr Sas — ont été admises comme preuve de la véracité de leur contenu. Les autres déclarations ont été admises relativement à la question de la cohérence. Cependant, le juge du procès n'a fait aucune distinction entre les deux types de déclarations et les différentes utilisations que pouvait en faire le jury.

Voici comment il a commencé ses directives relativement aux déclarations extrajudiciaires:

[TRADUCTION] Comme l'ont indiqué les deux avocats, la présente affaire est plutôt exceptionnelle en ce que l'enfant n'a pas témoigné. Dans certaines circonstances, le ministère public est autorisé à présenter le témoignage d'un enfant par la voix d'autres personnes. Dans la plupart des cas mettant en cause des adultes, particulièrement, une personne n'est pas autorisée à venir raconter en cour ce qu'elle a entendu une autre personne dire, car il s'agit alors de ce qu'on appelle le ouï-dire, mot que vous avez entendu tout au long du procès. Cependant, comme je l'ai indiqué, en droit maintenant, dans certaines circonstances, comme en l'espèce, j'ai statué que le ministère public était autorisé à présenter de la preuve par la voix d'autres personnes au sujet de ce que l'enfant a dit. Lorsque vous examinerez cette preuve — la preuve du jeune garçon — vous devez tenir compte de certaines considérations et je dois vous mettre en garde relativement à ce type de preuve. [Je souligne.]

En mettant le jury en garde au sujet des déclarations de Ryan, le juge a dit ceci:

De la répétition des déclarations. Je crois que Linda Aitken a précisé que l'enfant avait été tout à fait cohérent dans les déclarations qu'il lui a faites — vous devriez tenir compte de ce fait. Vous devez également, bien entendu, tenir compte du fait qu'il a dit à sa mère, au cours d'une randonnée dans le parc en octobre 1991, que son père était présent au moment de l'incident et plus tard, apparemment sans question suggestive ou autre, il a dit que son père n'était pas présent. [Je souligne.]

Dans sa revue de la preuve, le juge du procès a mentionné à plusieurs autres reprises les déclarations extrajudiciaires, y compris les déclarations

on the issue of consistency. He suggested that the latter were relevant to credit:

You should take into consideration the manner in which the statements came forward. Are they credible? Is it a logical manner in which they came forward? The repetition of the statements. I believe Linda Aitken indicated that the child was entirely consistent in his disclosure to her — you should take that into consideration.

At no time did the trial judge tell the jury that these statements were not to be used as evidence of the truth of their contents, but only on the issue of whether they could rely on Ryan's contention that Shaun had assaulted him. At the same time, he told them the additional statements must be considered on the issue of Ryan's consistency and never suggested that the repetition of the statements could be viewed by the jury as making them more likely to be true. Neither the Crown nor the defence objected to the judge's charge.

38

It has long been accepted that trial judges charging juries on out-of-court statements must instruct them on how they may use the statements — whether as evidence of the truth of their contents or for some other purpose, such as credit. In this case the trial judge did not do this. It may be that it was apparent to everyone in the courtroom that the subsequent statements were tendered on the issue of consistency, as the majority of the Court of Appeal suggests. Nevertheless, the usual rule requires this to be stated expressly.

39

The Crown submits that the usual rule was inapplicable in this case. To tell the jury that some of the statements could be used for the truth of their contents and others only on the issue of credit would only have served to confuse them, the Crown submits. The instruction the defence now

qui n'avaient été présentées qu'à l'égard de la question de la cohérence. Il a suggéré que les dernières étaient pertinentes relativement à la crédibilité:

[TRADUCTION] Vous devriez tenir compte de la façon dont les déclarations ont été faites. Sont-elles crédibles? Ont-elles été faites d'une façon logique? De la répétition des déclarations. Je crois que Linda Aitken a précisé que l'enfant avait été tout à fait cohérent dans les déclarations qu'il lui a faites — vous devriez tenir compte de ce fait.

Le juge du procès n'a à aucun moment dit aux jurés que ces déclarations ne devaient pas être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu, mais uniquement pour déterminer s'ils pouvaient se fier à l'affirmation de Ryan que Shaun l'avait agressé. Cependant, le juge a dit aux jurés qu'ils devaient tenir compte des déclarations additionnelles relativement à la question de la cohérence des déclarations faites par Ryan, mais il n'a jamais laissé entendre que les jurés pouvaient considérer que la répétition des déclarations en rendait la véracité plus vraisemblable. Ni le ministère public ni la défense n'ont formulé d'objection à l'égard de l'exposé du juge au jury.

Il est accepté depuis longtemps que le juge du procès qui donne aux jurés des directives relativement à des déclarations extrajudiciaires doit leur indiquer à quelles fins ils peuvent utiliser ces déclarations — soit comme preuve de la véracité de leur contenu soit à quelque autre fin, par exemple l'appréciation de la crédibilité. En l'espèce, le juge du procès ne l'a pas fait. Il est possible qu'il ait été évident à tous ceux qui se trouvaient dans la salle d'audience que les déclarations ultérieures étaient présentées relativement à la question de la cohérence, comme le suggère la Cour d'appel à la majorité. Néanmoins, suivant la règle habituelle, cette directive doit être donnée expressément.

Le ministère public soutient que la règle habituelle était inapplicable en l'espèce. Selon le ministère public, dire au jury que certaines des déclarations pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu et que d'autres ne pouvaient l'être que relativement à la question de

belatedly seeks that some of the statements could be considered for their truth while other statements similar in virtually every respect could not, would result in “analytical chaos”, the Crown suggests, and serve no purpose. The instruction has a place, the Crown submits, where the issue is whether the witness has fabricated or concocted evidence; in such a case it is useful and necessary to point out to the jury that out-of-court the witness said something different and to instruct them that the out-of-court statements can be considered only on the issue of whether the witness was speaking truthfully. But here, where the “witness” is, on the expert testimony, incapable of deliberate fabrication, and where all the statements are out-of-court statements, the traditional differentiation makes little sense. To put it another way, warning the jury about the different uses to which it may put in-court evidence on oath and out-of-court statements tendered only for credibility may make good sense where concoction is at issue and some statements are sworn and others not; it makes little or no sense where all the statements are out-of-court statements of equal value, admitted on the basis of their pre-determined reliability. In such cases, the Crown submits, the best course is to leave all of the statements to the jury for the truth of their contents.

It may be that in some future case this Court will be required to consider whether the traditional warnings regarding statements apply in all respects where all the statements are tendered on the basis of the principles enunciated in *R. v. Khan*. In this case, however, I find it unnecessary to decide this issue. Assuming that the failure of the trial judge to instruct the jury on the different purposes for which it could use the different statements constitutes error, I am satisfied that in the circumstances of the case at bar, no reasonable jury receiving the

la crédibilité n'aurait fait qu'embrouiller le jury. Le ministère public prétend que la directive que la défense sollicite maintenant tardivement, savoir que certaines des déclarations pourraient être admises comme preuve de la véracité de leur contenu, alors que d'autres, pratiquement semblables à tous égards, ne pourraient l'être, aboutirait à un «chaos analytique» et ne sert aucune fin utile. De l'avis du ministère public, une telle directive a un rôle à jouer lorsque la question est de savoir si le témoin a fabriqué ou inventé la preuve; dans un tel cas, il est utile et nécessaire d'indiquer aux jurés que le témoin a fait une déclaration extrajudiciaire différente, et de les informer qu'ils peuvent tenir compte de ces déclarations extrajudiciaires uniquement pour déterminer si le témoin disait la vérité. Cependant, en l'espèce, affaire où le «témoin» est, d'après le témoignage d'expert, incapable de fabrication délibérée, et où toutes les déclarations sont des déclarations extrajudiciaires, la distinction traditionnelle a peu d'intérêt. En d'autres mots, il est logique d'informer le jury des différentes utilisations qu'il peut faire d'un témoignage sous serment devant la cour et de déclarations extrajudiciaires présentées seulement à l'égard de la crédibilité lorsque la question en litige est de savoir s'il y a eu invention et que certaines déclarations ont été faites sous serment et d'autres ne l'ont pas été. Il n'y a que peu d'intérêt de le faire lorsque toutes les déclarations extrajudiciaires sont de valeur égale et qu'elles ont été admises sur le fondement de leur fiabilité déjà déterminée. Dans de tels cas, le ministère public soutient que la meilleure chose à faire est de soumettre au jury toutes les déclarations comme preuve de la véracité de leur contenu.

Il est possible que, dans de futurs pourvois, notre Cour soit appelée à se demander si les mises en garde traditionnelles concernant les déclarations s'appliquent intégralement dans les cas où toutes les déclarations sont présentées sur le fondement des principes formulés dans l'arrêt *R. c. Khan*. Cependant, en l'espèce, j'estime inutile de trancher cette question. À supposer que l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur les différentes fins auxquelles pouvaient servir les diverses déclarations constitue une erreur, je suis,

limiting instruction would have arrived at a different conclusion. The inconsistencies that the defence relied upon were repeatedly drawn to the attention of the jury. The jury was clearly told that it must consider the inconsistencies in deciding whether to accept Ryan's allegations. The additional statements objected to added no new information capable of strengthening the statements tendered for their truth. The objection to the charge reduces to the suggestion that the jury might have inferred from the subsequent consistent statements that the initial statements were more likely to be true. But this is precisely the inference which a jury is permitted to draw from evidence tendered on credit. In the result, I cannot see how the limiting instruction the defence now says should have been given could have led to acquittal.

dans les circonstances, convaincue qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu la directive restrictive, ne serait arrivé à une conclusion différente. Les incohérences invoquées par la défense ont à maintes reprises été portées à l'attention du jury. On a clairement dit au jury qu'il devait tenir compte des incohérences pour décider s'il y avait lieu d'accepter les allégations de Ryan. Les déclarations additionnelles qui ont fait l'objet d'une objection n'apportaient aucun élément nouveau susceptible de renforcer les déclarations présentées comme preuve de leur véracité. L'objection formulée à l'encontre de l'exposé se résume à dire que le jury a pu inférer des déclarations cohérentes subséquentes que la véracité des premières déclarations était plus vraisemblable. Toutefois, c'est précisément l'inférence que le jury peut tirer de la preuve présentée relativement à la crédibilité. En conséquence, je ne puis voir comment la directive restrictive qui, selon la défense, aurait dû être donnée, aurait pu donner lieu à un acquittement.

41

I add this. Any effect the absence of the direction might possibly have had pales to insignificance against the backdrop of the strength of the case against the appellant. With the exception of the two statements in play therapy briefly referring to the presence of his father, the child's statements to many individuals from two days after the alleged event to the date of trial, covering a period of two and one-half years, were entirely consistent. The medical examination proved beyond doubt the injury to the child. The child's marked behavioural changes amply supported the violent sexual nature of the assault as well as the child's assertion that it had been perpetrated by a male. No plausible explanation supporting a perpetrator other than the appellant was suggested. Indeed, the appellant's avoidance of the child's father and cancellation of a planned fishing trip after the injury to the child support the child's statement to his mother that the person who had done this to him was Shaun.

Je tiens à ajouter ceci. Tout effet qu'a pu avoir l'absence de directive est négligeable comparé à la force de la preuve contre l'appellant. À l'exception des deux déclarations faites à l'occasion de la thérapie par le jeu et dans lesquelles l'enfant a brièvement fait état de la présence de son père, les déclarations que l'enfant a faites à plusieurs personnes, sur une période de deux ans et demi — allant de deux jours après l'incident allégué jusqu'à la date du procès —, sont tout à fait cohérentes. L'examen médical a prouvé hors de tout doute les lésions subies par l'enfant. Les changements marqués de comportement observés chez l'enfant démontrent amplement le caractère sexuel violent de l'agression de même que l'allégation de l'enfant que l'auteur de cette agression était un homme. L'appellant est la seule personne qui a eu la possibilité de commettre cette agression. Aucune explication plausible étayant l'existence d'un agresseur différent de l'appellant n'a été présentée. En effet, le fait que, après l'agression contre l'enfant, l'appellant ait évité le père de l'enfant et qu'il ait annulé un voyage de pêche, appuient la déclaration que l'enfant a faite à sa mère et selon laquelle Shaun était la personne qui l'avait agressé.

I conclude that any error in the trial judge's instructions to the jury was inconsequential. No reasonable jury, properly instructed, would have entered a verdict of acquittal.

#### Conclusion

I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Cohen Highley Vogel & Dawson, London, Ontario.*

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

Je conclus que les erreurs qu'a pu faire le juge du procès dans les directives au jury n'ont eu aucune conséquence. Aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait rendu un verdict d'acquittal.

#### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Cohen Highley Vogel & Dawson, London, Ontario.*

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