

Debra Marquard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARQUARD

File No.: 22940.

1993: April 29; 1993: October 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

Evidence — Expert evidence — Child testifying about aggravated assault — Expert witnesses called to corroborate Crown and defence versions of events — Expert testifying as to whether child telling the truth and as to the psychological effects of abuse — Level of competence to be established in inquiry as to child's communication skills under s. 16(1)(b) of the Canada Evidence Act — Whether trial judge's warning as to the frailty of child's evidence adequate — Whether opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts admissible — Whether expert's commenting on a child's credibility appropriate — Nature of questioning expert witnesses — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b), (3).

Appellant was charged with the aggravated assault (under s. 245.2(1), now s. 268(1), of the *Criminal Code*) of her 3½-year-old granddaughter. At trial, which was held 17 months after the incident, the Crown alleged that appellant had put the child's face against a hot stove door in order to discipline her. The child's unsworn testimony was that her "Nanna" had put her in (or on) the stove. Appellant and her husband both testified that they discovered the child early in the morning, screaming, after she had burned herself trying to light a cigarette with a butane lighter.

Both the Crown and defence called a number of expert witnesses to corroborate their versions of the

Debra Marquard *Appelante*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARQUARD

^b N° du greffe: 22940.

1993: 29 avril; 1993: 21 octobre.

^c 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

^d *Preuve — Témoignage d'expert — Témoignage d'un enfant sur des voies de fait graves — Témoins experts appelés pour corroborer la version des événements du ministère public et de la défense — Témoignage d'un expert sur la question de savoir si l'enfant dit la vérité et sur les effets psychologiques des mauvais traitements — Degré d'habileté à établir dans le cadre d'une enquête sur la capacité de l'enfant de communiquer en vertu de l'art. 16(1)(b) de la Loi sur la preuve au Canada — La mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage de l'enfant était-elle suffisante? — Le témoignage d'opinion qui excède le domaine d'expertise d'un expert qualifié est-il admissible? — Les commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant sont-ils pertinents? — Nature de l'interrogatoire des témoins experts — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)(b), (3).*

^e ^f ^g L'appelante a été accusée d'avoir commis des voies de fait graves (en contravention du par. 245.2(1), maintenant par. 268(1), du *Code criminel*) sur la personne de sa petite-fille âgée de trois ans et demi. Au procès, 17 mois après l'incident, le ministère public a allégué que l'appelante avait appuyé le visage de l'enfant contre une porte de cuisinière chaude afin de la punir. L'enfant, qui n'avait pas prêté serment, a témoigné que sa «grand-maman» l'avait mise dans (ou sur) la cuisinière. L'appelante et son époux ont tous deux témoigné que, tôt le matin, ils avaient découvert l'enfant, qui criait après s'être brûlée en tentant d'allumer une cigarette avec un briquet au butane.

^h ⁱ ^j Le ministère public et la défense ont tous deux appelé plusieurs experts à témoigner pour corroborer leur ver-

events. The expert evidence related to the functioning of butane lighters, the nature of the burn, whether the child was telling the truth at the trial, and the psychological effects of abuse. The trial judge admitted, and did not instruct the jury to disregard, evidence of expert witnesses who had gone beyond the area of expertise as qualified. Further, she invited the jury to place weight on these opinions, stating that opinions outside the expertise of the witnesses were to be weighed along with all the other evidence. Defence counsel did not object to the witnesses' giving evidence in these areas. However, he strenuously objected to the judge's charging the jury that they could rely on the opinions outside the stated areas of expertise. The jury found appellant guilty and the judge sentenced her to five years' imprisonment. The Ontario Court of Appeal upheld the conviction but reduced the sentence of imprisonment.

At issue here were: the level of competence that had to be established in an inquiry under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act* with respect to a child's communication skills, the adequacy of the trial judge's warning as to the frailty of the child's evidence, the admissibility of opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts, the appropriateness of an expert's commenting on a child's credibility and the nature of questioning expert witnesses.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Testimonial competence is not presumed in the case of a child testifying under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. The child is placed in the same position as an adult whose competence has been challenged. At common law, such a challenge required the judge to inquire into the competence of the witness to testify. Testimonial competence comprehends: (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate. The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable. The enquiry is into capacity to perceive, recollect and communicate, not whether the witness actually perceived, recollects and can communicate about the events in question. The test is not based on presumptions of the incompetency of children to be witnesses and is not intended to make it difficult for

sion des événements. Les témoignages d'expert ont porté sur le fonctionnement des briquets au butane, la nature de la brûlure, la question de savoir si l'enfant disait la vérité au procès et les effets psychologiques des mauvais traitements. Le juge du procès a admis les témoignages d'experts qui s'étaient prononcés hors du domaine d'expertise pour lequel ils étaient qualifiés et elle n'a pas demandé au jury de ne pas en tenir compte. En outre, elle l'a invité à leur accorder de l'importance, signalant que les opinions qui outrepassaient les domaines d'expertise des témoins devaient être considérées avec tous les autres témoignages. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que les témoins témoignent dans ces domaines. Il s'est cependant fortement opposé à l'exposé aux jurés portant qu'ils pouvaient s'appuyer sur les opinions dépassant le domaine d'expertise établi. Le jury a rendu un verdict de culpabilité et le juge a condamné l'appelante à cinq ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité, mais réduit la peine d'emprisonnement.

Le pourvoi soulève les questions suivantes: le degré d'habilité à établir dans le cadre de l'enquête prévue à l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada* à l'égard des aptitudes d'un enfant à communiquer, le caractère suffisant de la mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage d'un enfant, l'admissibilité d'un témoignage d'opinion qui dépasse le domaine d'expertise des experts qualifiés, la pertinence des commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant et la nature de l'interrogatoire des témoins experts.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juge Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'habilité à témoigner n'est pas présumée dans le cas d'un enfant qui témoigne sous le régime de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'enfant est placé dans la même situation qu'un adulte dont l'habilité a été contestée. En common law, une telle mise en question obligeait le juge à vérifier l'habilité de la personne à témoigner. L'habilité à témoigner comporte: (1) la capacité d'observer (dont la capacité d'interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer. Le but n'est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s'assurer simplement qu'il atteint la norme minimale de recevabilité. L'enquête porte sur la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer, et non sur la question de savoir si le témoin a effectivement perçu les événements en question, s'en souvient et les communique. Le critère n'est pas fondé sur des présomptions relatives à l'inha-

children to testify. It merely outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify.

The phrase "communicate the evidence" indicates more than mere verbal ability. The reference to "the evidence" indicates the ability to testify about the matters before the court. It is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court. If satisfied that this is the case, the judge may then receive the child's evidence under s. 16(3), after the child has promised to tell the truth. It is not necessary to determine in advance that the child perceived and recollects the very events at issue in the trial, as a condition of ruling that his or her evidence be received. That is not required of adult witnesses, and should not be required for children.

The examination conducted in this case was sufficient to permit the trial judge to conclude that the child was capable of perceiving, remembering and recounting events to the court. This in turn permitted the trial judge to receive her evidence, upon the child's promise to tell the truth. What the child actually perceived and recollected of the events in question was a matter for the jury to determine after listening to her evidence in chief and in cross-examination. A trial judge's discretion in determining that a child is competent to testify should not be interfered with unless manifestly abused.

With children, as with adults, there can be no fixed and precise formula to be followed in warning a jury about potential problems with a witness's evidence. Negative stereotypes should not be applied to the evidence of children. The trier of fact must nevertheless be cognizant of the weaknesses of a particular piece of evidence. Here, the child's evidence required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it. The trial judge fairly pointed out the problems of her testimony to the jury and adequately cautioned them.

The only requirement for the admission of expert opinion is that the expert witness possess special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact. Deficiencies in the expertise go to weight, not admissibility. Here, the witnesses were qualified more narrowly than their areas of expertise, or in one case, not formally qualified at all. The proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the

bilité des enfants à témoigner et n'est pas conçu pour faire entrave aux témoignages d'enfants. Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner.

L'expression «communiquer les faits dans son témoignage» indique plus qu'une simple capacité verbale. L'expression renvoie à la capacité de témoigner sur les questions dont le tribunal est saisi. Il 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. S'il en est convaincu, le juge peut, en vertu du par. 16(3), permettre le témoignage de l'enfant sur promesse de dire la vérité. Il n'est pas nécessaire, pour permettre le témoignage de l'enfant, de déterminer préalablement que l'enfant a perçu les événements mêmes qui sont en cause au procès et qu'il s'en souvient. Les témoins adultes ne sont pas soumis à une telle condition, et les enfants ne devraient pas l'être.

L'enquête tenue en l'espèce était suffisante pour permettre au juge du procès de conclure que l'enfant était capable de percevoir des événements, de s'en souvenir et de les relater à la cour. Cela a permis alors au juge du procès d'admettre le témoignage, sur promesse de l'enfant de dire la vérité. Ce que l'enfant a effectivement perçu des événements en cause et ce dont elle se souvenait était une question qu'il appartenait au jury de trancher après avoir entendu le témoignage principal et le contre-interrogatoire de l'enfant. Sauf en cas d'erreur manifeste, on ne devrait pas entraver le pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui détermine qu'un enfant est capable de témoigner.

Pour les enfants comme pour les adultes, on ne peut adopter aucune formule fixe et précise pour mettre en garde le jury contre les difficultés que risque de soulever la déposition de témoins. Il ne faut pas appliquer de stéréotypes négatifs aux témoignages d'enfants. Le juge des faits doit toutefois tenir compte des faiblesses d'une partie donnée du témoignage. En l'espèce, le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant. Le juge du procès a équitablement souligné ces faiblesses au jury et l'a suffisamment mis en garde.

La seule condition à l'admission d'une opinion d'expert est que le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Les failles dans l'expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité. En l'espèce, les témoins ont été reconnus experts dans un domaine plus restreint que leur domaine d'expertise ou, dans un cas, n'ont pas été formellement reconnus du

expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence. If this is done, no question as to the admissibility of their opinions arises.

Important as the initial qualification of an expert witness may be, it would be overly technical to reject expert evidence simply because the witness ventures an opinion beyond the area of expertise in which he or she has been qualified. As a practical matter, it is for opposing counsel to object if the witness goes beyond the proper limits of his or her expertise. The objection to the witness's expertise may be made at the stage of initial qualification, or during the witness's evidence if it becomes apparent that the witness is going beyond the area in which he or she was qualified to give expert opinion. In the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness's evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed. Allowing the jury to consider the experts' evidence did not constitute an error of law because all of them clearly possessed expertise sufficient to permit them to testify as they did.

The evidence that the child's maturity in dealing with her injury suggested long-term abuse was only tangentially relevant and its probative value of the issues at trial was low. On the other hand, it was potentially very prejudicial, because it implied that the child was the victim of long-term abuse, a proposition wholly unsupported by the evidence. Its prejudicial effect clearly outweighed any probative value it might have had on the issues the Crown had placed before the jury. This evidence accordingly should not have been admitted.

The judge's direction on the expert evidence may have misled the jury into believing that this evidence, which was of little or no probative weight, was a definitive expert opinion that the child was indeed abused and that her passivity was a key and highly probative factor supporting that conclusion. The reception of this evidence, coupled with the trial judge's direction on it, warranted a new trial being ordered.

tout. En pratique, l'avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d'opinion. Quand cela est fait, l'admissibilité de leur opinion n'est pas mise en doute.

Si importante que puisse être la qualification initiale d'un expert, il serait excessivement formaliste de rejeter le témoignage d'expert pour la simple raison que le témoin se permet de donner une opinion qui s'étend au-delà du domaine d'expertise pour lequel il a été qualifié. En pratique, il appartient à l'avocat adverse de faire objection si le témoin sort des limites de son expertise. L'objection peut être soulevée à l'étape de la qualification initiale ou au cours de la déposition du témoin s'il devient évident que ce dernier outrepassa le domaine pour lequel il a été reconnu qualifié pour donner une opinion d'expert. En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas que son témoignage doit être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet. Puisque les témoins possédaient tous manifestement une expertise suffisante pour témoigner comme ils l'ont fait, permettre au jury de considérer leur témoignage n'était pas une erreur de droit.

Le témoignage portant que la maturité de l'enfant à l'égard de sa blessure indiquait qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements avait une pertinence tangentielle, et sa valeur probante à l'égard des questions soulevées au procès était faible. En revanche, il risquait d'être très préjudiciable puisqu'il impliquait que l'enfant était victime de mauvais traitements depuis longtemps, une hypothèse que la preuve n'appuyait aucunement. Son effet préjudiciable l'emportait nettement sur toute valeur probante qu'il aurait pu avoir à l'égard des questions présentées au jury par le ministère public. Il n'aurait pas dû être admis.

Il se peut que la directive du juge sur le témoignage d'expert ait eu pour effet d'amener le jury à croire que ce témoignage, dont la valeur probante était faible ou inexistante, était l'opinion catégorique de l'expert que l'enfant était effectivement victime de mauvais traitements et que sa passivité constituait un facteur primordial et hautement probant à l'appui de cette conclusion. L'admission de ce témoignage et la directive du juge du procès à cet égard justifient la tenue d'un nouveau procès.

The ultimate conclusion as to the credibility or truthfulness of a particular witness is for the trier of fact, and is not the proper subject of expert opinion. A judge or jury which simply accepts an expert's opinion on the credibility of a witness would be abandoning its duty to itself determine the credibility of the witness. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve their difficulties.

While expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact. This is particularly the case with evidence of children. Had the expert here restricted her comments to explaining why children may lie to hospital staff about the cause of their injuries, there could have been no objection to her evidence.

The proper procedure to be followed in examining an expert witness on other expert opinions found in papers or books is to ask the witness if he or she knows the work. If the answer is "no", or if the witness denies the work's authority, that is the end of the matter. Counsel cannot read from the work, since that would be to introduce it as evidence. If the answer is "yes", and the witness acknowledges the work's authority, then the witness has confirmed it by the witness's own testimony. Parts of it may be read to the witness, and to the extent they are confirmed, they become evidence in the case.

Per La Forest and Gonthier JJ.: The reasons of McLachlin J. were agreed with, subject however to the comments of L'Heureux-Dubé J. pertaining to s. 16 of the *Canada Evidence Act* which were adopted.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 16 of the *Canada Evidence Act* must be interpreted against a backdrop of reform, increased awareness of the value and reliability of children's evidence and the general trends in evidence law. Although the need for corroboration has been repealed, an inquiry into the testimonial competence of children is still required. Previously courts were required to determine if the child was pos-

La conclusion finale quant à la crédibilité ou la sincérité d'un témoin donné appartient au juge des faits, et ne doit pas être soumise à l'opinion d'expert. Le juge ou jury qui se contente d'accepter une opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin ne respecterait pas son devoir d'établir lui-même la crédibilité du témoin. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en fonction de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notoirement complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés.

Si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits. C'est le cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Si l'expert avait limité ses commentaires à expliquer la raison pour laquelle des enfants peuvent mentir au personnel hospitalier sur la cause de leurs blessures, on n'aurait pu soulever aucune objection à son témoignage.

Lorsqu'on interroge un témoin expert sur d'autres opinions d'expert exprimées dans des études ou des livres, la procédure à suivre est de demander au témoin s'il connaît l'ouvrage. Dans la négative, ou si le témoin nie l'autorité de l'ouvrage, l'affaire en reste-là. Les avocats ne peuvent lire des extraits de l'ouvrage puisque ce serait les introduire en preuve. Dans l'affirmative, et si le témoin reconnaît l'autorité de l'ouvrage, alors il le confirme par son propre témoignage. Des extraits peuvent être lus au témoin, et dans la mesure où ils sont confirmés, ils deviennent une preuve dans l'affaire.

Les juges La Forest et Gonthier: L'opinion du juge McLachlin est acceptée sous réserve toutefois des commentaires du juge L'Heureux-Dubé sur l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels sont acceptés.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): C'est dans le contexte de la réforme, d'une plus grande conscience du poids et de la fiabilité des témoignages d'enfants et des tendances générales du droit de la preuve que l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* doit être interprété. Bien que l'exigence de corroboration soit abolie, il est toujours nécessaire de tenir une enquête sur l'habileté des enfants à témoigner. Alors qu'antérieurement ils

assessed of "sufficient intelligence" to testify, whereas they now must assess whether the child is able to "communicate the evidence". The amendment is of no great significance. In fact, even under the previous provisions, there was no requirement that the trial judge assess a child's powers of perception and recollection independently of, or in addition to, the child's ability to respond to questions. Parliament would have used much clearer language had it intended to return to the common law test which applied before the enactment of the previous s. 16 of the Act.

The common law rules rest on the presumption that the evidence of certain classes of witnesses is inherently unreliable. To require an inquiry into perception and recollection under s. 16 of the Act implicitly imports the presumption of unreliability back into children's evidence — the very notion Parliament revoked in its reforms to s. 16.

Under s. 16, once the child's ability to communicate (understood as the ability to respond to questions) has been established, any limitations due to deficiencies in recollection or perception go to weight rather than admissibility. The basic ability of a child to recollect past events may often be apparent from the inquiry into the child's ability to communicate in any event. The adequacy of a child's powers of perception and recollection, even if set at a low threshold, may be assessed differently by different judges. Limiting the inquiry to the ability to understand and respond to questions, as s. 16 of the Act prescribes, has the virtues of simplicity and ease of determination. This, in turn, will ensure consistency and predictability with regard to the admission of evidence of both children and the mentally challenged. The rest may be left to the trier of fact.

Section 16 governs the reception of evidence of persons besides children, such as the mentally challenged, whose competence to testify is questioned. Notwithstanding obvious limitations to the powers of perception and recollection among some persons whose competence is challenged, the witness may indeed have something very useful to disclose about the events at issue. Handicapped persons, for example, suffer from a very high incidence of abuse and to exclude their evidence could often render prosecution impossible with the consequence that abusers could continue to prey on such victims without fear of being called to account for their

devaient déterminer si l'enfant était doué d'une «intelligence suffisante» pour témoigner, les tribunaux doivent maintenant déterminer s'il est capable de «communiquer les faits dans son témoignage». La modification est sans grande importance. En fait, même en vertu des dispositions antérieures, le juge du procès n'était pas tenu d'apprécier la capacité de l'enfant de percevoir et de se souvenir, indépendamment ou en plus de sa capacité de répondre aux questions. Si le Parlement avait eu l'intention de revenir au critère de common law qui s'appliquait avant l'adoption de l'ancien art. 16 de la Loi, il aurait utilisé un libellé beaucoup plus clair.

Les règles de common law reposent sur la présomption que le témoignage de certaines catégories de témoins est intrinsèquement peu fiable. Exiger la tenue d'une enquête sur la perception et le souvenir, en vertu de l'art. 16 de la Loi, revient implicitement à réintroduire la présomption de manque de fiabilité dans le témoignage d'enfants, notion que le Parlement a abrogée dans sa réforme de l'art. 16.

Dans le cadre de l'art. 16, une fois que la capacité de l'enfant de communiquer, soit sa capacité de répondre aux questions, est établie, toute restriction résultant de failles dans le souvenir ou la perception de l'enfant a une incidence sur le poids du témoignage et non sur son admissibilité. La capacité fondamentale d'un enfant de se souvenir d'événements passés peut de toute façon fréquemment ressortir de l'enquête sur sa capacité de communiquer. La capacité d'un enfant de percevoir et de se souvenir, même si elle est fixée à un seuil peu élevé, peut être appréciée différemment par différents juges. Une enquête limitée à la capacité de l'enfant de comprendre les questions et d'y répondre, comme le prescrit l'art. 16 de la Loi, offre l'avantage d'être simple et facile à trancher. Ces avantages garantiront à leur tour une certaine uniformité et prévisibilité dans l'admission des témoignages des enfants et de ceux qui souffrent de déficiences mentales. Le reste peut être laissé au juge des faits.

L'article 16 régit également la réception du témoignage d'autres personnes, comme celles qui souffrent de déficiences mentales, dont l'habilité à témoigner est mise en question. En dépit de l'existence de limites évidentes au pouvoir de percevoir et de se souvenir chez certaines personnes dont l'habilité est mise en doute, le témoin peut en fait avoir quelque chose de très utile à communiquer sur les événements en cause. Les personnes handicapées par exemple sont fréquemment victimes de mauvais traitements. L'exclusion de leur témoignage risque souvent de rendre la poursuite impossible, ce qui permet aux agresseurs de continuer à s'atta-

actions. Courts must refrain from interpreting statutory provision in a manner that imposes additional barriers to the reception of such evidence which is precisely what the Act aims to prevent.

The charge to the jury was adequately crafted to warn the jury of the frailties of the child's testimony and the danger of convicting on that basis alone.

The function of an expert is to assist the trier of fact in drawing inferences about matters which lie beyond common experience. In the present case, each of the doctors whose evidence was challenged was engaged in medical work which allowed them to form clinical opinions which could be of use to the jury. Their evidence fell well within the criteria for the reception of expert evidence.

The fact that no long-term abuse was alleged does not transform expert evidence on the characteristics of abused children into evidence of an accused's character. The presence of abuse on that one occasion was the central issue of this case. The question was whether the abuse occurred at all, not how many times or over what period of time. On this basis, the relevance of expert testimony about child abuse was clearly established. The defence made no objection to the introduction of this evidence but actively participated in exploring it.

The information from the expert, tendered for the larger purpose of assisting the jury in understanding why a child might react in a certain way if he or she were abused, did not cross the boundary of permissible expert opinion and usurp the jury's function in determining the child's credibility. It was an error to instruct the jury that it was the expert's opinion that the child was an abused child, since the expert did not in fact make such a statement. This error must be considered in light of the entire charge to the jury and the specific direction the trial judge gave to the jury not to decide the case in terms of child abuse but to focus on the assault under consideration. Considering the totality of the charge to the jury, the jury cannot have been mistaken about the nature of the issue before them or their responsibility as triers of fact for the ultimate decision about the credibility of the witnesses in the case.

quer à leur victime sans crainte d'avoir à répondre de leurs actes. Les tribunaux doivent se garder d'interpréter les dispositions législatives de manière à créer des obstacles supplémentaires à la réception de tels témoignages, situation que la Loi cherche précisément à éviter.

L'exposé du juge du procès au jury a été élaboré correctement de façon à mettre le jury en garde contre les faiblesses du témoignage de l'enfant et les dangers de déclarer l'accusée coupable sur ce seul fondement.

La fonction d'un expert consiste à aider le juge des faits à tirer des conclusions à l'égard de questions qui débordent l'expérience ordinaire. En l'espèce, tous les médecins dont le témoignage a été contesté travaillaient dans un domaine médical leur permettant de se former des opinions médicales qui pouvaient être utiles au jury. À ce titre, leur témoignage répond tout à fait au critère de recevabilité du témoignage d'expert.

Le fait qu'on n'ait pas allégué de mauvais traitements sur une longue période ne transforme pas le témoignage d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités en une preuve du caractère de l'accusée. L'espèce portait principalement sur la question de l'existence de mauvais traitements à cette seule occasion. La question était de savoir si des mauvais traitements avaient été infligés, et non combien de fois ou pendant combien de temps. Pour ce motif, la pertinence du témoignage d'expert sur les mauvais traitements infligés aux enfants était clairement établie. La défense n'a fait aucune objection à l'introduction de ce témoignage, mais a participé activement à son examen.

Les renseignements fournis par l'expert, pour aider aussi le jury à comprendre la raison pour laquelle un enfant pourrait réagir d'une certaine façon s'il était victime de mauvais traitements, n'ont pas excédé les limites de l'opinion d'expert admissible ni usurpé la fonction du jury qui consiste à apprécier la crédibilité de l'enfant. C'était une erreur de dire au jury que l'expert était d'avis que l'enfant était maltraitée puisque, en réalité, le médecin n'a pas fait une telle déclaration. Cette erreur doit être considérée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et de la directive spécifiquement donnée par le juge du procès au jury de ne pas trancher l'affaire sur le plan des mauvais traitements, mais de se concentrer sur les voies de fait en cause. Compte tenu de l'ensemble de l'exposé au jury, le jury ne peut s'être mépris sur la nature de la question qu'il devait trancher ou sur sa responsabilité, comme juge des faits, de rendre la décision finale sur la crédibilité des témoins dans l'affaire.

A learned treatise must first be adopted by the expert as authoritative if it is to be read in to the body of evidence during cross-examination. By contrast, learned treatises may be put to considerably broader use in many U.S. jurisdictions. Under the *U.S. Federal Rules of Evidence*, learned material can be read into evidence as long as it is called to the attention of the expert on cross-examination and its authoritativeness is reliably established. The American approach was favoured because it prevented a witness from foreclosing an inquiry into the depth or breadth of his or her knowledge by simply refusing to acknowledge a study. The expert here was unaware of the studies cited by the Crown and could not adopt them as authoritative. The appellant could not complain that the cross-examination of her own expert was prejudicial simply because the Crown may have been successful in circumscribing the limits of his knowledge which thereby rendered his testimony less effective.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, aff'd [1966] S.C.R. v; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3, aff'g (1988), 65 Sask. R. 134; *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455; *Holland v. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6; *Cansulex Ltd. v. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531, aff'g (1991), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, aff'g (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.); *R. v. Lavalley*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219; *R. v. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269; *R. v. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455.

L'expert doit d'abord reconnaître l'autorité d'un traité avant que celui-ci soit introduit dans l'ensemble de la preuve au cours du contre-interrogatoire. En revanche, dans plusieurs États américains, les traités scientifiques peuvent être utilisés beaucoup plus largement. En vertu des *U.S. Federal Rules of Evidence*, ces documents peuvent être admis en preuve pourvu qu'ils soient portés à l'attention de l'expert pendant le contre-interrogatoire et que leur autorité soit établie d'une manière fiable. La position américaine est préférée puisqu'elle a l'avantage d'éviter que le témoin ferme la porte à la tenue d'un examen de l'étendue de ses connaissances par le simple refus de reconnaître une étude. Ignorant les études citées par le ministère public, l'expert ne pouvait en reconnaître l'autorité. L'appelante ne pouvait se plaindre que le contre-interrogatoire de son propre expert lui a causé un préjudice pour la simple raison que le ministère public a réussi à faire ressortir les limites de ses connaissances et à réduire ainsi l'efficacité de son témoignage.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, conf. par [1966] R.C.S. v; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3, conf. (1988), 65 Sask. R. 134; *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455; *Holland c. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6; *Cansulex Ltd. c. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531, conf. (1991), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, conf. (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.); *R. c. Lavalley*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219; *R. c. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269; *R. c. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455.

Statutes and Regulations Cited

- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) [am. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19] (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1)).
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16(1), (2).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(a), (b), (2), (3), (4), (5) [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18].
- U.S. Federal Rules of Evidence*, Rules 601, 803(18).

Authors Cited

- Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System". In W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montréal: Éditions Thémis, 1993, 231.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths* (the "Badgley Report"), vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Delisle, R. J. "D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence" (1989), 71 C.R. (3d) 22.
- Goldman, Calvin S. "The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation" (1974), 24 *U.T.L.J.* 423.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vols. 1 and 2, 4th ed. J. W. Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Mewett, Alan W. "Credibility and Consistency" (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385.
- Robb, James C. and Lynda J. Kordyban. "The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 14 W.C.B. (2d) 49, dismissing

Lois et règlements cités

- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) [mod. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19] (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 268(1)).
- ^a *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16(1), (2).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)a, b), (2), (3), (4), (5) [abr. & rempl. L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 18].
- ^b *U.S. Federal Rules of Evidence*, règles 601, 803(18).

Doctrine citée

- Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System». Dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Éditions Thémis, 1993, 231.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*. (le «rapport Badgley»), vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- ^c Delisle, R. J. «D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence» (1989), 71 C.R. (3d) 22.
- ^d Goldman, Calvin S. «The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation» (1974), 24 *U.T.L.J.* 423.
- ^e McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vols. 1 and 2, 4th ed. J. W. Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- ^f Mewett, Alan W. «Credibility and Consistency» (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385.
- ^g Robb, James C. and Lynda J. Kordyban. «The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327.
- ^h Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- ⁱ Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- ^j Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1976.
- ^k Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 14 W.C.B. (2d) 49, qui a rejeté

an appeal from sentence and varying the sentence following conviction by Gotlib Dist. Ct. J. sitting with jury (1990), 9 W.C.B. (2d) 684. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Marlys Edwardh and Shaun Nakatsuru, for the appellant.

Catherine A. Cooper and Susan Chapman, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

MCLACHLIN J. — In the early morning hours of June 4, 1988, Debbie-Ann LeBlanc, aged 3½ years, suffered a severe facial burn. From her birth until the time of her injury, Debbie-Ann had lived with her grandmother, the appellant, Mrs. Marquard. The appellant had legal custody of Debbie-Ann with the consent of Debbie-Ann's mother.

The appellant was charged with aggravated assault of her granddaughter contrary to s. 245.2(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1)). At trial, 17 months after the incident, the Crown alleged that Mrs. Marquard had put the child's face against a hot stove door in order to discipline her. The oven door was hot, it was suggested, because Mrs. Marquard had forgotten to turn the oven off before going to bed the night before because she had been drinking. The child, unsworn, testified: "My nanna put me on the stove".

Mrs. Marquard and her husband both testified about how they discovered that Debbie-Ann had been burned. There were only slight differences between the accounts they gave at trial. They testified that they had been awakened at 6:30 a.m. by the child screaming for her "nanna". They ran to the living room where they found the child kneeling in front of a couch with her face down. Mrs. Marquard detected the smell of burned hair and

l'appel d'une peine et modifié la peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Gotlib de la Cour de district siégeant avec jury (1990), 9 W.C.B. (2d) 684. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Marlys Edwardh et Shaun Nakatsuru, pour l'appelante.

Catherine A. Cooper et Susan Chapman, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Tôt le 4 juin 1988, Debbie-Ann LeBlanc, une fillette de trois ans et demi, a été gravement brûlée au visage. Debbie-Ann vivait depuis sa naissance avec sa grand-mère, l'appelante, M^{me} Marquard qui, avec le consentement de la mère de l'enfant, en avait la garde légale.

L'appelante a été accusée d'avoir commis des voies de fait graves sur la personne de sa petite-fille en contravention du par. 245.2(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 268(1)). Au procès, 17 mois après l'incident, le ministère public a allégué que M^{me} Marquard avait appuyé le visage de l'enfant contre une porte de cuisinière chaude afin de la punir. On a donné à entendre que la porte était chaude parce qu'ayant bu la nuit précédente, M^{me} Marquard avait oublié d'éteindre le four avant d'aller au lit. L'enfant, qui n'avait pas prêté serment, a témoigné: [TRADUCTION] «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière».

Madame Marquard et son époux ont tous deux témoigné sur la façon dont ils avaient découvert la brûlure de Debbie-Ann. Leurs récits au procès n'étaient que légèrement différents. Ils ont témoigné avoir été réveillés à 6 h 30 par les cris de l'enfant, qui demandait sa «grand-maman». Ils se sont précipités dans la salle de séjour, où ils ont trouvé l'enfant agenouillée devant un canapé, le visage baissé. Madame Marquard a senti une odeur

skin. There was also smoke about the ceiling. A butane cigarette lighter lay beside the child on the couch. Mr. Marquard stated that he noticed that the cigarette was charred and that there appeared to be moisture on the filter end, as if the cigarette had been in someone's mouth. The testimony of Mr. and Mrs. Marquard diverged with respect to who had reached the child first and how they noticed the child's burn. Mrs. Marquard said she had reached Debbie-Ann first and when she patted the child's head, a clump of hair fell away. Mr. Marquard said he had been the first to reach the child, and when he picked her up, he saw a clump of her hair on the couch. He realized the child was burned after Mrs. Marquard brushed off the side of Debbie-Ann's face. Mrs. Marquard testified that, after they had discovered the child's burn, she said, "my God, baby girl, what did you do?" The child responded, "nanna, I tried to light a cigarette". At this point, they wrapped her and took her to Wellesley Hospital. Mr. and Mrs. Marquard testified that Mrs. Marquard had a loving and caring relationship with Debbie-Ann and that the child had never been physically disciplined.

The trial was by judge and jury. In addition to the evidence recounted above, the Crown called a number of expert witnesses to corroborate its version of the events as did the defence. The expert evidence related to the functioning of butane lighters, the nature of the burn, whether the child was telling the truth at the trial, and the psychological effects of abuse. At the end of the evidence, the addresses of counsel and the judge's charge, the jury returned a verdict of guilty after deliberating for two days. The judge sentenced Mrs. Marquard to five years' imprisonment. The Ontario Court of Appeal upheld the conviction but reduced the sentence of imprisonment to two years' less a day

de cheveux et de peau brûlés. Il y avait de la fumée au plafond, et une cigarette et un briquet au butane se trouvaient sur le canapé, près de l'enfant. Monsieur Marquard a déclaré avoir remarqué la cigarette brûlée et le bout filtre humide, comme si quelqu'un avait porté la cigarette à la bouche. Les témoignages de M. et M^{me} Marquard étaient divergents quant à celui qui était arrivé le premier auprès de l'enfant et la façon dont ils ont remarqué sa brûlure. Madame Marquard a affirmé être arrivée auprès de Debbie-Ann en premier et avoir vu tomber une mèche de cheveux lorsqu'elle a tapoté la tête de l'enfant. Monsieur Marquard a dit qu'il était arrivé le premier près de l'enfant et qu'au moment où il avait pris la petite dans ses bras, il avait vu une mèche de cheveux sur le canapé. Il s'est rendu compte que l'enfant était brûlée quand M^{me} Marquard a passé la main sur le côté du visage de Debbie-Ann. Madame Marquard a témoigné qu'après la découverte de la brûlure de la petite, elle s'est exclamée: [TRADUCTION] «Oh mon Dieu, mon bébé, qu'est-ce que tu as fait?» L'enfant a répondu: [TRADUCTION] «J'ai essayé d'allumer une cigarette, grand-maman.» L'appelante l'a alors couverte puis amenée au Wellesley Hospital. Monsieur et M^{me} Marquard ont témoigné que cette dernière entretenait avec sa petite-fille une relation pleine de tendresse et d'affection et que la petite n'avait jamais été punie physiquement.

Le procès a été tenu devant un juge et un jury. Outre les témoignages relatés ci-dessus, le ministère public a appelé quelques experts à témoigner en vue de corroborer sa version des événements. C'est aussi ce qu'a fait la défense. Les témoignages d'expert ont porté sur le fonctionnement des briquets au butane, la nature de la brûlure, la question de savoir si l'enfant disait la vérité au procès et les effets psychologiques des mauvais traitements. Après avoir entendu la preuve, les plaidoiries des avocats et l'exposé du juge, le jury a délibéré pendant deux jours avant de rendre un verdict de culpabilité. Le juge a condamné M^{me} Marquard à cinq ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité mais a réduit la peine d'emprisonnement à deux ans moins un jour et l'a assortie d'une

and added a three-year probationary period to her sentence. The court stated:

The appellant has raised a number of issues both as to the admission of evidence and the charge to the jury. As to the evidentiary issues, having regard to the manner in which the trial was conducted by the defence we cannot give affect [*sic*] to these objections now. As to the charge to the jury, we think the trial judge left the issues fairly to the jury, there may be some imperfections in the charge but we are not persuaded that there was any error that would cause us to doubt that this verdict of the jury should stand.

Before this Court, Mrs. Marquard argued that the trial was unfair on a number of grounds. She asked that her conviction be quashed and an acquittal entered, or alternatively, that a new trial be directed.

I have concluded that while a number of the matters complained of by the appellant do not constitute errors, the cumulative effect of the errors which were committed in the course of the trial mandates that a new trial be directed. I will deal with each allegation of error in turn.

1. The Inquiry Under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*

The appellant, Mrs. Marquard, submits that the trial judge erred in failing to conduct an adequate inquiry into whether the complainant could rationally communicate evidence about the injury. The trial judge questioned Debbie-Ann on her schooling and on her appreciation of the duty to tell the truth. Several times the child reiterated that "You have to tell the truth". Asked whether it was important or unimportant to tell the truth, she responded that it was important. At the end of the questioning, the judge asked defence counsel whether she had omitted any questions. He replied, "I can't say that there's anything I think Your Honour has omitted." In further questioning by Crown counsel, Debbie-Ann demonstrated that she knew the difference between the truth and a lie. The judge indicated that while she did not believe the child capable of understanding an oath, her unsworn evidence should be accepted. Some fur-

période de probation de trois ans. La cour a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] L'appelante a soulevé un certain nombre de questions sur l'admission d'éléments de preuve et l'exposé au jury. Pour ce qui concerne la preuve, compte tenu de la conduite adoptée par la défense au procès, nous ne pouvons maintenant faire droit à ces objections. Quant à l'exposé au jury, nous estimons que le juge lui a présenté les questions d'une manière équitable. L'exposé renferme peut-être certaines imperfections mais nous ne sommes pas convaincus qu'il comporte une erreur qui nous amènerait à douter que le verdict du jury devrait être maintenu.

Devant notre Cour, M^{me} Marquard a soutenu que le procès était inéquitable pour un certain nombre de raisons. Elle a demandé l'annulation de sa déclaration de culpabilité et un acquittement ou, subsidiairement, la tenue d'un nouveau procès.

J'ai conclu que, même si certains points dont l'appelante se plaint ne constituent pas des erreurs, l'effet cumulatif des erreurs qui ont été commises pendant le procès exigent la tenue d'un nouveau procès. J'étudierai tour à tour chaque erreur alléguée.

1. L'enquête prévue à l'al. 16(1)(b) de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'appelante, M^{me} Marquard, soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne procédant pas à une enquête appropriée afin de déterminer si la plaignante était rationnellement capable de témoigner sur sa blessure. Le juge du procès a interrogé Debbie-Ann sur sa scolarité et sur son appréciation de l'obligation de dire la vérité. À plusieurs reprises, l'enfant a répété qu'[TRADUCTION] «il faut dire la vérité». À la question de savoir s'il était important ou non de dire la vérité, elle a répondu que c'était important. À la fin de l'interrogatoire, le juge a demandé à l'avocat de la défense si des questions avaient été omises. Il a répondu: [TRADUCTION] «Je ne crois pas que vous ayez omis quoi que ce soit Madame le juge.» Au cours de l'interrogatoire mené par le ministère public, Debbie-Ann a montré qu'elle saisissait la différence entre la vérité et le mensonge. Le juge a indiqué que, bien qu'elle ne pense pas que l'enfant soit capable

ther questioning on remembering took place, and Debbie-Ann told the judge that yesterday "I went down to the donut shop, and I got a drink and bubble gum." After promising to tell the truth, the child's evidence was taken.

The trial judge was proceeding under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18], which provides:

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

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

The appellant's argument turns on the meaning of the phrase "conduct an inquiry to determine . . . whether the person is able to communicate the evidence." She contends that it is not enough to explore the child's ability to understand the truth and communicate. The judge must, in her submission, be satisfied that the child is competent to testify about the events at issue in the trial. To this end, the trial judge must test the child's ability to perceive and interpret the events in question at the time they took place as well as the child's ability to recollect accurately and communicate them at trial. All the latter, she submits, are embraced by the phrase "able to communicate the evidence" in s. 16 of the Act.

The Crown, on the other hand, takes the position that Parliament, in choosing the infinitive "to communicate", evinced the intention to exclude all other aspects of testimonial competence. The ability of the witness to perceive and interpret the events at the time they occurred and the ability of the witness to recollect them at the time of trial are

de comprendre la nature du serment, son témoignage sans serment devait être accepté. D'autres questions ont été posées à Debbie-Ann sur sa mémoire, et elle a raconté au juge que, la veille

^a [TRADUCTION] «je suis allée à la beignerie et j'ai eu une boisson et de la gomme à mâcher.» Sur promesse de l'enfant de dire la vérité, le juge a permis son témoignage.

^b Le juge du procès agissait dans le cadre de l'al. 16(1)(b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, par. 16(1) [abr. et rempl. L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 18], qui porte que:

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

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

^e L'appelante fonde son argument sur le sens de la phrase «procède à une enquête visant à déterminer si [. . .] [la personne] est capable de communiquer les faits dans son témoignage». Elle soutient qu'il ne suffit pas de sonder la capacité de l'enfant de comprendre la vérité et de communiquer. Le juge, soutient-elle, doit être convaincu que l'enfant est capable de témoigner sur les événements en question au procès. À cette fin, le juge du procès doit mettre à l'épreuve la capacité de l'enfant de percevoir et d'interpréter les événements en question au moment où ils se sont produits de même que sa capacité de s'en souvenir fidèlement et de les communiquer au procès. Ces derniers aspects, soutient l'appelante, sont visés par l'expression «capable de communiquer les faits dans son témoignage» de l'art. 16 de la Loi.

^f En revanche, le ministère public soutient qu'en choisissant le verbe «communiquer», le Parlement a démontré son intention d'exclure tous les autres aspects de la capacité de témoigner. Le critère ne vise ni la capacité du témoin de percevoir et d'interpréter les événements au moment où ils se sont produits ni sa capacité de s'en souvenir au moment

not part of the test. The only requirement is that the child be able to "communicate" the evidence.

It seems to me that the proper interpretation of s. 16 lies between these two extremes. In the case of a child testifying under s. 16 of the *Canada Evidence Act* testimonial competence is not presumed. The child is placed in the same position as an adult whose competence has been challenged. At common law, such a challenge required the judge to inquire into the competence of the witness to testify.

Testimonial competence comprehends: (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate: *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at pp. 242-48; *Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1979), vol. 2, at pp. 636-38. The judge must satisfy him- or herself that the witness possesses these capacities. Is the witness capable of observing what was happening? Is he or she capable of remembering what he or she observes? Can he or she communicate what he or she remembers? The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable. The enquiry is into capacity to perceive, recollect and communicate, not whether the witness actually perceived, recollects and can communicate about the events in question. Generally speaking, the best gauge of capacity is the witness's performance at the time of trial. The procedure at common law has generally been to allow a witness who demonstrates capacity to testify at trial to testify. Defects in ability to perceive or recollect the particular events at issue are left to be explored in the course of giving the evidence, notably by cross-examination.

I see no indication in the wording of s. 16 that Parliament intended to revise this time-honoured process. The phrase "communicate the evidence" indicates more than mere verbal ability. The reference to "the evidence" indicates the ability to testify about the matters before the court. It is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court.

du procès. Il suffit que l'enfant soit capable de «communiquer» les faits dans son témoignage.

Il me semble que le véritable sens de l'art. 16 se situe entre ces deux extrêmes. Dans le cas d'un enfant qui témoigne sous le régime de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, son habilité à témoigner n'est pas présumée. L'enfant est placé dans la même situation qu'un adulte dont l'habilité a été contestée. En common law, une telle mise en question obligeait le juge à vérifier l'habilité de la personne à témoigner.

L'habilité à témoigner comporte: (1) la capacité d'observer (dont la capacité d'interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer: *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1, aux pp. 242 à 248; *Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1979), vol. 2, aux pp. 636 à 638. Le juge doit être convaincu que le témoin possède ces capacités. Le témoin est-il capable d'observer ce qui s'est produit? Est-il en mesure de se rappeler ce qu'il observe? Peut-il communiquer ce dont il se souvient? Le but n'est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s'assurer simplement qu'il atteint la norme minimale de recevabilité. L'enquête porte sur la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer, et non sur la question de savoir si le témoin a effectivement perçu les événements en question, s'en souvient et les communique. D'une manière générale, la meilleure mesure de la capacité est le témoignage lui-même au procès. En common law, la procédure a généralement consisté à permettre à un témoin qui, au procès, démontre qu'il est apte à témoigner, de le faire. Les difficultés à percevoir ou à se rappeler les événements en question sont alors examinées au cours de la déposition au moyen, notamment, du contre-interrogatoire.

Je ne vois rien dans le texte de l'art. 16 qui indique que le Parlement ait souhaité revoir ce processus établi de longue date. L'expression «communiquer les faits dans son témoignage» indique plus qu'une simple capacité verbale. Elle renvoie à la capacité de témoigner sur les questions dont le tribunal est saisi. Il est nécessaire de vérifier d'une manière générale si le témoin est capable de percevoir les événements, de s'en souvenir et de les

If satisfied that this is the case, the judge may then receive the child's evidence, upon the child's promising to tell the truth under s. 16(3). It is not necessary to determine in advance that the child perceived and recollects the very events at issue in the trial as a condition of ruling that the child's evidence be received. That is not required of adult witnesses, and should not be required for children.

My colleague, Justice L'Heureux-Dubé, contends that the standard I have outlined is one which is inconsistent (at pp. 255-56) with "the trend to do away with presumptions of unreliability and to expand the admissibility of children's evidence and may, in fact, subvert the purpose of legislative reform in this area." I disagree. The test I have expounded is not based on presumptions about the incompetency of children to be witnesses nor is it intended as a test which would make it difficult for children to testify. Rather, the test outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify. The threshold is not a high one. What is required is the basic ability to perceive, remember and communicate. This established, deficiencies of perception, recollection of the events at issue may be dealt with as matters going to the weight of the evidence.

The examination conducted in this case was sufficient to permit the trial judge to conclude that Debbie-Ann was capable of perceiving events, remembering events and recounting events to the court. This in turn permitted the trial judge to receive her evidence, upon Debbie-Ann's promise to tell the truth. What Debbie-Ann actually perceived and recollected of the events in question was a matter for the jury to determine after listening to her evidence in chief and in cross-examination.

I would add this. It has repeatedly been held that a large measure of deference is to be accorded to the trial judge's assessment of a child's capacity to testify. Meticulous second-guessing on appeal is to be eschewed. As Dickson J. (as he then was) put it

communiquer au tribunal. S'il en est convaincu, le juge peut, en vertu du par. 16(3), permettre le témoignage de l'enfant sur promesse de dire la vérité. Il n'est pas nécessaire, pour permettre le témoignage de l'enfant, de déterminer préalablement que l'enfant a perçu les événements mêmes qui sont en cause au procès et qu'il s'en souvient. Les témoins adultes ne sont pas soumis à une telle condition, et les enfants ne devraient pas l'être.

Ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé soutient que le critère que j'ai décrit est incompatible (à la p. 256) avec l'«évolution qui tend à supprimer la présomption que ces témoignages sont moins fiables et à accroître l'admissibilité de témoignages d'enfants, et risquerait en fait de contrer l'objectif de la réforme législative dans ce domaine». Je ne suis pas d'accord. Le critère que j'expose n'est pas fondé sur des présomptions relatives à l'incapacité des enfants à témoigner et n'est pas conçu non plus comme un critère qui ferait entrave aux témoignages d'enfants. Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner. La norme est peu élevée. Ce qui est exigé est la capacité de base de percevoir, de se rappeler et de communiquer. Une fois cela établi, la question des failles dans la perception et dans le souvenir des événements en cause peut être considérée comme un élément concernant la valeur du témoignage.

L'enquête tenue en l'espèce était suffisante pour permettre au juge du procès de conclure que Debbie-Ann était capable de percevoir des événements, de s'en souvenir et de les relater à la cour. Cela a permis alors au juge du procès d'admettre le témoignage de Debbie-Ann, sur promesse de l'enfant de dire la vérité. Ce que Debbie-Ann a effectivement perçu des événements en cause et ce dont elle se souvenait était une question qu'il appartenait au jury de trancher après avoir entendu le témoignage principal et le contre-interrogatoire de l'enfant.

J'ajouterais ceci. On a statué à maintes reprises qu'il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard de l'appréciation par le juge du procès de la capacité d'un enfant de témoigner. Il faut s'abstenir, en appel, de reconsidérer de façon tatillonne

(at p. 135) in the oft-cited case of *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), aff'd [1966] S.C.R. v, a trial judge's discretion in determining that a child is competent to testify "unless manifestly abused, should not be interfered with."

I conclude that the trial judge did not err in the inquiry she conducted under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act* or in receiving the evidence of the child.

2. Charge to the Jury on the Child's Evidence

The appellant submits that the trial judge failed to warn the jury adequately about frailties in the child's evidence. In particular, she alleges that the warning given by the trial judge failed to assist the jury in properly assessing the child's evidence, and that the charge on the confirmatory evidence was unhelpful, confusing and prejudicial to the appellant. The Crown submits that the trial judge's charge was more than adequate and in some respects unduly favourable to the defence.

With children as with adults, there can be no fixed and precise formula to be followed in warning a jury about potential problems with a witness's evidence: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. As Dickson J. (as he then was) stated in that case, at p. 831:

Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting without more, the evidence of the witness. There is no magic in the word corroboration, or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support. The idea implied in those words may,

sa décision. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a remarqué (à la p. 135) dans l'arrêt fréquemment cité *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. par [1966] R.C.S. v, [TRANSDUCTION] «sauf en cas d'erreur manifeste, on ne devrait pas entraver . . .» le pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui détermine qu'un enfant est capable de témoigner.

Je conclus que le juge du procès n'a commis aucune erreur dans l'enquête à laquelle elle a procédé en vertu de l'al. 16(1)(b) de la *Loi sur la preuve au Canada* ou en permettant le témoignage de l'enfant.

2. Exposé au jury sur le témoignage de l'enfant

L'appelante soutient que le juge du procès n'a pas mis suffisamment en garde le jury contre les failles du témoignage de l'enfant. Elle allègue particulièrement que la mise en garde du juge du procès n'a pas aidé le jury à apprécier justement le témoignage de l'enfant, et que l'exposé portant sur les preuves soumises aux fins de confirmation n'étaient pas utiles, portaient à confusion et ont causé préjudice à l'appelante. Le ministère public soutient que l'exposé du juge du procès était plus que suffisant et qu'à certains égards, il était indûment favorable à la défense.

"Pour les enfants comme pour les adultes, on ne peut adopter aucune formule fixe et précise pour mettre en garde le jury contre les difficultés que risque de soulever la déposition de témoins: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a remarqué dans cette affaire, à la p. 831:

À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. Ni le mot corroboration ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique. On peut, au

however, in an appropriate case, be effectively and efficiently transmitted to the mind of the trier of fact. [Emphasis added.]

In *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, this Court warned against applying negative stereotypes to the evidence of children. At the same time, it emphasized at p. 134 that the trier of fact must be cognizant of the weaknesses of a particular piece of evidence:

Protecting the liberty of the accused and guarding against the injustice of the conviction of an innocent person require a solid foundation for a verdict of guilt, whether the complainant be an adult or a child. What the changes [in the way the courts look at evidence of children] do mean is that we approach the evidence of children not from the perspective of rigid stereotypes, but on what Wilson J. called a "common sense" basis, taking into account the strengths and weaknesses which characterize the evidence offered in the particular case.

In the same spirit, the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338, at p. 350, recognized that there are some cases of child witnesses "where the failure or refusal of the trial judge to exercise the discretion to give such a caution will raise the spectre of an injustice and may, therefore, result in reversible error." Wood J.A. continued, at pp. 350-51:

As was pointed out by Dickson J. in *Vetrovec*, supra, there is an infinite range of circumstances that can arise in the criminal trial process, and it would not only be impossible, it would be self-defeating, to attempt any precise guidelines for the exercise of the discretion in favour of giving the caution.

The focus of the new discretion, which has replaced the old common law rules of practice, is the potential for the witness' evidence to be unreliable. No automatic assumptions of unreliability arise because of age, or the nature of the complaint. There must be an evidentiary basis upon which it would be reasonable to infer that the witness' evidence is, or may be, unreliable.

besoin, transmettre efficacement au juge des faits l'idée que connotent ces mots.

Dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, notre Cour a souligné les dangers de l'application de stéréotypes négatifs au témoignage d'enfants. Elle a par ailleurs souligné, à la p. 134, que le juge des faits doit tenir compte des faiblesses d'une partie donnée du témoignage:

Protéger la liberté de l'accusé et se prémunir contre l'injustice d'une déclaration de culpabilité d'un innocent requièrent que le verdict de culpabilité repose sur un fondement solide, que le plaignant soit un adulte ou un enfant. Les changements [dans la manière dont les tribunaux considèrent les témoignages d'enfants] signifient en fait que nous abordons les témoignages d'enfants non pas en nous fondant sur des stéréotypes rigides, mais sur ce que le juge Wilson a appelé la règle du «bon sens», en tenant compte des forces et des faiblesses qui caractérisent les témoignages rendus dans une affaire donnée.

Dans le même esprit, dans *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338, à la p. 350, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu qu'il existe des cas de témoins enfants [TRADUCTION] «où l'omission ou le refus du juge du procès d'user de sa discrétion pour faire une telle mise en garde fera naître le spectre de l'injustice et pourra, par conséquent, entraîner une erreur justifiant une annulation.» Le juge Wood a poursuivi, aux pp. 350 et 351:

[TRADUCTION] Comme l'a souligné le juge Dickson dans *Vetrovec*, précité, il existe une infinie variété de circonstances qui se présentent dans les procès criminels, et il serait non seulement impossible, mais nuisible de chercher à formuler des directives précises sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de faire la mise en garde.

Le nouveau pouvoir discrétionnaire, qui a remplacé les anciennes règles de pratique de common law, met l'accent sur la possibilité que la déposition du témoin soit peu fiable. L'âge du témoin et la nature de la plainte ne permettent pas de présumer automatiquement que le témoignage est peu fiable. Il doit exister des éléments de preuve sur la foi desquels il serait raisonnable de conclure que la déposition du témoin est peu fiable, ou risque de l'être.

These then are the applicable principles. The questions they pose are, first, whether in the case under appeal the child's evidence required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it, and if so, whether the trial judge gave the necessary warning.

I am satisfied that the evidence of the child required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it. The child was very young. She was unable to give much detail about the incident. And she had told a different story at an earlier time.

I am also satisfied that the trial judge fairly pointed out these problems to the jury. One of the last things she said to them before they began their deliberations was this:

You will understand that as a matter of common sense that to convict on the unconfirmed and unsworn evidence of a child witness is fraught with dangers and in that you must use your common sense and all the evidence before you. She has not been sworn. She has promised to tell the truth. I found that she was intelligent enough to answer the questions on a promise to tell the truth.

Earlier the trial judge had pointed out particular deficiencies in the child's evidence. She spoke about the fact that the child had earlier told a different story. She said:

You heard evidence, too, of the prior contradictory statement by the child, Debbie-Ann LeBlanc that in hospital she gave to Dr. Mian, an explanation which, to encapsulate, was effectively "I was trying to light a cigarette and I burned myself," and then in Court, she said, "nanna put me in the stove." The fact that a witness has on a prior occasion made a statement or statements that are contradictory to her evidence at this trial goes to the credibility or the truthfulness of a witness. The testimony of a witness may be discredited in whole or in part by showing that she previously made a statement which is inconsistent with her present testimony. . . . You are the sole judges as to whether there has been a contradiction of an earlier statement by the witness and the effect, if any, of such contradiction on the witness' credibility.

Tels sont les principes applicables. Les questions qu'ils posent sont de savoir premièrement si, en l'espèce, le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant et, dans l'affirmative, s'il a fait la mise en garde nécessaire.

Je suis convaincue que le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant. Cette dernière était très jeune, et elle était incapable de donner beaucoup de détails sur l'incident. En outre, elle en avait fait un récit différent auparavant.

Je suis également convaincue que le juge du procès a équitablement souligné ces faiblesses au jury. Peu avant le début des délibérations du jury, elle leur a dit:

[TRADUCTION] Vous comprenez qu'il va de soi que déclarer coupable sur la foi du témoignage non corroboré et sans serment d'un témoin enfant comporte de nombreux dangers et qu'il faut recourir au bon sens et utiliser l'ensemble de la preuve qui vous a été présentée. L'enfant n'a pas prêté serment. Elle a promis de dire la vérité. J'ai conclu qu'elle était suffisamment intelligente pour répondre aux questions, sur promesse de dire la vérité.

Auparavant, le juge du procès avait souligné certaines failles dans le témoignage de l'enfant. Elle a mentionné le fait que l'enfant avait précédemment donné une version différente. Elle a indiqué:

[TRADUCTION] Vous avez également entendu un témoignage sur la déclaration antérieure incompatible de l'enfant, Debbie-Ann LeBlanc qui, à l'hôpital, a expliqué au Dr Mian, en résumé, que «j'essayais d'allumer une cigarette et je me suis brûlée», et qui, devant la cour, a déclaré: «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière.» Le fait qu'un témoin a antérieurement fait une déclaration ou des déclarations qui contredisent son témoignage au procès affecte sa crédibilité ou sa sincérité. La déposition du témoin peut être discréditée en tout ou en partie s'il est démontré que le témoin a antérieurement fait une déclaration incompatible avec son présent témoignage [. . .] Vous êtes seuls juges pour déterminer si le témoin a contredit une déclaration antérieure et l'effet, le cas échéant, d'une telle contradiction sur sa crédibilité.

The trial judge directed the jury to the difficulty defence counsel had in getting responsive answers on cross-examination:

There was some particular difficulty counsel for the defence had in examining the child, Debbie-Ann LeBlanc. You will recollect that when he attempted to examine her in cross-examination, virtually all of his questions were answered, "I don't know", or "maybe", or "I don't remember", and eventually, I think, there was nothing else he could do but give up on that cross-examination.

The trial judge also pointed out to the jury that there was "very little embellishment" by the child of the statement "nanna put me in the stove."

The trial judge explained the fact that while technical corroboration of a child's evidence was not required, the jury might consider whether other evidence in fact corroborated her testimony and explained the requirements of corroborative evidence. She concluded with this caution:

Before leaving the evidence of the child, I should say that just because you find that her evidence has been corroborated by some other material evidence, that does not mean that you must accept the evidence of the child in whole or in part or that you must convict the accused.

Finally, the trial judge repeatedly warned the jury that the child had not been sworn, but was testifying under a promise to tell the truth. She stated: "It is for you to decide. . . what weight is to be given to the child's promise to tell the truth."

In my view, these cautions adequately warned the jury of the risks associated with accepting the child's evidence.

3. Opinion Evidence Outside the Area of the Witness's Expertise

The appellant submits that the judge erred in admitting opinion evidence given by experts outside their area of expertise and further erred by

Le juge du procès a signalé au jury les difficultés que l'avocat de la défense a eues à obtenir des réponses lors du contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] L'avocat de la défense a eu des difficultés lorsqu'il a interrogé l'enfant, Debbie-Ann LeBlanc. Souvenez-vous que, lorsqu'il a tenté de la contre-interroger, presque toutes ses questions ont eu comme réponse un «je ne sais pas», «peut-être» ou «je ne me souviens pas» et, à la fin, à mon sens, il n'avait d'autre choix que de mettre fin au contre-interrogatoire.

Le juge du procès a également signalé au jury que l'enfant n'avait [TRADUCTION] «pas ajouté grand chose» à sa déclaration «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière.»

Le juge du procès a expliqué le fait que, bien que la corroboration technique du témoignage d'un enfant ne soit pas requise, le jury pouvait se demander si une autre preuve corroborait en fait ce témoignage. Elle a ensuite exposé les exigences relatives à la preuve corroborante, puis conclu avec une mise en garde:

[TRADUCTION] Avant de clore la question du témoignage de l'enfant, je devrais ajouter que le seul fait de conclure que son témoignage a été corroboré par une autre preuve substantielle ne signifie pas que vous devez accepter le témoignage de l'enfant en tout ou en partie ou déclarer l'accusée coupable.

Enfin, le juge du procès a rappelé plusieurs fois au jury que l'enfant n'avait pas prêté serment, mais qu'elle témoignait sur promesse de dire la vérité. Elle a précisé: [TRADUCTION] «Il vous appartient de déterminer [. . .] le poids qu'il faut attacher à la promesse de l'enfant de dire la vérité.»

À mon avis, ces avertissements ont suffisamment mis le jury en garde contre les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant.

3. Témoignages d'opinion hors du domaine d'expertise du témoin

Selon l'appelante, le juge a commis une erreur en admettant les témoignages d'opinion d'experts hors de leur domaine d'expertise et en omettant

failing to instruct the jury that this evidence was to be disregarded.

Dr. Mian was qualified as an expert in child abuse and paediatrics. She was not qualified as an expert in burns. Nevertheless, she thrice voiced the opinion that the child had suffered a contact burn and not a flame burn. In cross-examination, she admitted that she was not an expert in burns or plastic surgery.

Dr. Campbell, who saw the child upon her arrival at Wellesley Hospital before referring her to the Sick Children's Hospital, was not qualified as an expert. He acknowledged that he was not an expert on burns. He testified, however, that his experience led him to the conclusion that the child had suffered a contact burn.

Dr. Zuker was qualified to testify as to the nature or origin of burns. He went beyond this area of specialty to testify that passivity during a medical examination was characteristic of abused children.

The trial judge admitted this evidence. Although she accepted that the witnesses had gone beyond the area of expertise as qualified, she did not instruct the jury to disregard the opinions which went beyond the witnesses' areas of expertise. On the contrary, she invited the jury to place weight on these opinions, stating that opinions outside the expertise of the witnesses were "to be weighed along with all the other evidence." Defence counsel did not object to the witnesses' giving evidence in these areas. However, he strenuously objected to the judge's charging the jury that they could rely on the opinions outside the stated areas of expertise.

The problem raised in this case stems from the way the witnesses were qualified as experts. There is little doubt that they all possessed some special knowledge relating to the matters on which they testified, alleged to lie outside their expertise.

a aussi d'indiquer au jury qu'il ne devait pas tenir compte de ces témoignages.

b Le Dr Mian était qualifiée comme expert en enfance maltraitée et en pédiatrie, mais elle n'était pas qualifiée comme expert en brûlures. Néanmoins, elle a exprimé à trois reprises l'opinion que l'enfant avait subi une brûlure de contact et non de flamme. Au cours du contre-interrogatoire, elle a admis ne pas être expert en brûlures ou en chirurgie plastique.

c Le Dr Campbell, qui a examiné l'enfant à son arrivée au Wellesley Hospital avant de la référer au Sick Children's Hospital, n'était pas qualifié comme expert. Il a reconnu ne pas être expert en brûlures. Il a cependant témoigné que son expérience lui permettait de conclure que la brûlure de l'enfant avait été causée par le contact de la chaleur.

d Le Dr Zuker était qualifié pour témoigner sur la nature ou l'origine des brûlures. Il a excédé son domaine de spécialité pour témoigner que le comportement passif au cours d'un examen médical est caractéristique chez les enfants victimes de mauvais traitements.

f Le juge du procès a admis ces témoignages. Bien qu'elle ait reconnu que les témoins s'étaient prononcés sur des sujets hors du domaine d'expertise pour lequel ils avaient été qualifiés, elle n'a pas demandé au jury d'écarter les opinions qui outrepassaient les domaines d'expertise des témoins. Au contraire, elle l'a invité à leur accorder de l'importance, signalant que ces opinions devaient [TRADUCTION] «être considérées avec l'ensemble de la preuve.» L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que les témoins témoignent dans ces domaines. Il s'est cependant fortement opposé à l'exposé aux jurés portant qu'ils pouvaient s'appuyer sur les opinions dépassant le domaine d'expertise établi.

g Le problème soulevé en l'espèce découle de la façon dont les témoins ont été reconnus comme experts. Il n'y a pas de doute qu'ils possédaient tous des connaissances particulières liées aux questions sur lesquelles ils ont témoigné mais qu'on

While Dr. Mian and Dr. Campbell were not medical specialists in burns, there can be no doubt that as practising physicians they possessed an expertise on burns which is not possessed by the ordinary untrained person. Similarly, while Dr. Zuker was not qualified as an expert in child abuse, his long experience working with children who had been injured had no doubt given him a degree of expertise which is not possessed by the lay person. The only requirement for the admission of expert opinion is that the "expert witness possesses special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact": *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415. Deficiencies in the expertise go to weight, not admissibility. As stated by Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 536-37:

The admissibility of such [expert] evidence does not depend upon the means by which that skill was acquired. As long as the court is satisfied that the witness is sufficiently experienced in the subject-matter at issue, the court will not be concerned with whether his or her skill was derived from specific studies or by practical training, although that may affect the weight to be given to the evidence.

The problem in this case is that the witnesses were qualified more narrowly than their areas of expertise, or, in the case of Dr. Campbell, were not formally qualified at all. The proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence. If this is done, no question as to the admissibility of their opinions arises. But the reality is that counsel sometimes fall short of this ideal, or the questions and answers venture into territory which counsel had not at the outset foreseen. Similarly, witnesses called to testify to facts, like Dr. Campbell, may find themselves drawn into the realm of expert opinion; the line between the actions of an attending physician and the assessments underlying these actions is often less than clear.

prétend excéder leur domaine d'expertise. Bien que les Drs Mian et Campbell ne soient pas médecins spécialistes des brûlures, on ne peut douter qu'à titre de médecins traitants, ils possèdent une expertise des brûlures que la personne ordinaire, non informée, ne possède pas. De même, bien que le Dr Zuker ne soit pas qualifié comme expert en enfance maltraitée, sa longue expérience de travail avec les enfants blessés l'a sans aucun doute doté d'une expertise que le profane ne possède pas. La seule condition à l'admission d'une opinion d'expert est que «le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits»: *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415. Les failles dans l'expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité. Comme l'ont dit Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 536 et 537:

[TRADUCTION] L'admissibilité du témoignage [d'expert] ne dépend pas des moyens grâce auxquels cette compétence a été acquise. Tant qu'elle est convaincue que le témoin possède une expérience suffisante dans le domaine en question, la cour ne se demandera pas si cette compétence a été acquise à l'aide d'études spécifiques ou d'une formation pratique, bien que cela puisse avoir un effet sur le poids à accorder au témoignage.

La difficulté en l'espèce tient au fait que les témoins ont été reconnus experts dans un domaine plus restreint que leur domaine d'expertise ou, dans le cas du Dr Campbell, n'ont pas été formellement reconnus du tout. En pratique, l'avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d'opinion. Quand cela est fait, l'admissibilité de leur opinion n'est pas mise en doute. En réalité toutefois, il arrive que les avocats n'atteignent pas cet idéal, ou que les questions et les réponses empruntent une voie que l'avocat n'avait pas initialement prévue. De même, des témoins appelés à témoigner sur les faits, comme le Dr Campbell, peuvent être entraînés dans un domaine qui tient de l'opinion d'expert; la ligne de démarcation entre les actions d'un médecin traitant et les opinions qui les sous-tendent est souvent confuse.

Important as the initial qualification of an expert witness may be, it would be overly technical to reject expert evidence simply because the witness ventures an opinion beyond the area of expertise in which he or she has been qualified. As a practical matter, it is for opposing counsel to object if the witness goes beyond the proper limits of his or her expertise. The objection to the witness's expertise may be made at the stage of initial qualification, or during the witness's evidence if it becomes apparent the witness is going beyond the area in which he or she was qualified to give expert opinion. In the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness's evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed.

This approach was adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193, at p. 218, where Morden J.A. (as he then was) stated for the court:

... it appears now, as it did at trial, that, assuming that medical witnesses may be competent to express an opinion with respect to the existence of child abuse, the only witness whose competency in this respect was and is challenged is Dr. MacMillan. In other words, even though some of the witnesses were not called experts in child abuse it appears to be accepted that they had sufficient expertise to express opinions on the subject. I do not question this. For example, it would appear that Dr. MacDonald, the paediatric radiologist, has had extensive experience in this field.

While I cannot approve of the procedure adopted at this trial, the fact that the witnesses all clearly possessed expertise sufficient to permit them to testify as they did leads me to conclude that allowing the jury to consider their evidence in its entirety does not constitute an error in law.

Si importante que puisse être la qualification initiale d'un expert, il serait excessivement formaliste de rejeter le témoignage d'expert pour la simple raison que le témoin se permet de donner une opinion qui s'étend au-delà du domaine d'expertise pour lequel il a été qualifié. En pratique, il appartient à l'avocat de la partie adverse de faire objection si le témoin sort des limites de son expertise. L'objection peut être soulevée à l'étape de la qualification initiale ou au cours de la déposition du témoin s'il devient évident que ce dernier outrepassé le domaine pour lequel il a été reconnu qualifié pour donner une opinion d'expert. En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas automatiquement que son témoignage doit être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet.

La Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette position dans *R. c. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193, à la p. 218, où le juge Morden (maintenant juge en chef adjoint de l'Ontario) a dit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] ... il apparaît maintenant, comme ce fut le cas au procès, que, si l'on présume que des témoins experts en médecine sont qualifiés pour exprimer une opinion à l'égard de l'existence de mauvais traitements infligés à un enfant, le seul témoin dont la compétence à cet égard est contestée est le Dr MacMillan. En d'autres mots, bien que certains témoins n'aient pas été reconnus experts en mauvais traitements infligés aux enfants, il paraît être accepté que leur expertise leur permettait d'exprimer une opinion sur la question. Je n'en doute pas. Ainsi, il semblerait que le Dr MacDonald, radiologue en pédiatrie, possède une vaste expérience dans ce domaine.

Je ne peux approuver la procédure adoptée au procès mais, puisque les témoins possédaient tous manifestement une expertise suffisante pour témoigner comme ils l'ont fait, je conclus que permettre au jury de considérer l'ensemble de leur témoignage n'était pas une erreur de droit.

4. Evidence that the Child's Cooperativeness Indicated Abuse

Dr. Mian gave evidence that the fact that the child acted maturely in dealing with her injury suggested that she had been the victim of long-term abuse. In examination-in-chief she stated:

... I assess children not only physically but also psychosocially for any of the indicators of child abuse, I look for behavioral indicators and I look for behavior that is outside the expected range, and I expect a child who's just been burned who comes from a loving home to behave in a frightened manner, to behave as if she's now not supported by her family; if she's in the room alone, to be frightened by the presence of strangers, to be frightened of what that individual will do to her and to seek comfort and to make protests about the examination. I expect the child, however, to be able to be cooperative as a reasonable explanation is given as to what needs to be done so if the child is either overly concerned and upset and angry and screaming and carrying on and cannot be comforted, that would worry me but also the other extreme where the child doesn't express any fear, doesn't seek comfort, uhm, and essentially allows me, a stranger, to do what I want with her. Then I become concerned that this is a child who is pseudo-mature and we use that word to mean that the child acts as if she's older. She acted like say an adult would who's in a difficult situation. She was going to cope with it. She was going to do with what was expected of her which was simply cooperate. It is a behaviour that I have seen in children who have experienced less than safe environments, where they had to be, uhm, cooperative in order not to elicit more harm on themselves and who cooperate in order to either preserve themselves or when the favor of the adult who's present at the time . . .

Later, Dr. Mian was called by the defence. The Crown cross-examined her about the child's original denial that anyone had hurt her. The following question was put:

Q. And it's your assessment that this kind of reaction, the words that she said, not an unusual reaction in a child that may have been physically abused?

A. No, not at all. I think that the initial denial is part of what children experience as a need to fall in with

4. Le témoignage selon lequel la coopération de l'enfant indiquait des mauvais traitements

Le Dr Mian a témoigné que la maturité de l'enfant à l'égard de sa blessure indiquait qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements. Lors de l'interrogatoire principal, elle a dit:

[TRADUCTION] . . . J'évalue les enfants non seulement physiquement, mais également psycho-socialement afin de détecter tout indice de mauvais traitements. Je cherche des indices de comportement et des comportements qui sortent des normes, et je m'attends à ce que le comportement de l'enfant qui vient de subir une brûlure et qui vient d'un foyer affectueux indique la frayeur, le comportement d'un enfant qui a perdu le soutien de sa famille; si elle est seule dans la salle, je m'attends à ce qu'elle soit effrayée par la présence d'étrangers et par ce qu'ils lui feront, et à ce qu'elle cherche réconfort et proteste contre l'examen. Je m'attends toutefois à ce que l'enfant soit en mesure de coopérer si une explication raisonnable lui est fournie sur ce qui doit être fait. Donc, si l'enfant est excessivement préoccupée et inquiète et qu'elle crie sans cesse sans qu'on puisse la réconforter, je m'inquiète. Mais il y a aussi l'autre extrême, lorsque l'enfant n'exprime aucune crainte, ne cherche aucun réconfort, et essentiellement me permet, moi, une étrangère, de faire ce que je veux avec elle. Je me demande alors si cet enfant est pseudo-mature — nous utilisons ce terme pour dire que l'enfant agit comme si elle était plus âgée. Elle a agi comme, disons, un adulte qui se trouve dans une situation difficile. Elle allait faire face à la situation. Elle allait faire ce qu'on attendait d'elle, c'est-à-dire coopérer. C'est un comportement que j'ai remarqué chez les enfants qui ont vécu dans un milieu peu sûr, où ils ont dû, coopérer afin de ne pas s'attirer plus d'ennui, et qui coopèrent afin de se protéger ou de gagner l'approbation de l'adulte présent à ce moment-là . . .

Le Dr Mian a ensuite été appelée à témoigner pour la défense. Le ministère public l'a contre-interrogée sur le fait que l'enfant avait d'abord nié que quelqu'un lui avait fait mal. Il lui a posé la question suivante:

[TRADUCTION] Q. Et vous estimez que ce genre de réaction, soit les mots qu'elle a utilisés, n'est pas inhabituelle chez un enfant qui a pu subir des mauvais traitements?

R. Non, pas du tout. Je crois que la dénégation initiale tient au fait que les enfants ont besoin de faire ce que la

what their care taker or their abuser expects, so as not to heap more abuse on themselves.

Prior abuse of the child was not an issue at the trial. There was no evidence suggesting that the child had been abused before the incident in question. The only relevance of the evidence was to explain the child's reaction to her injury. The potential prejudice of the evidence was that it suggested that the appellant, the person who had custody of the child, had systematically abused her.

In this case, the relevance of the evidence was tangential and its probative value of the issues at trial was low. On the other hand, it was potentially very prejudicial, implying as it did that the child was the victim of long-term abuse, a proposition wholly unsupported by the evidence. Its prejudicial effect clearly outweighed any probative value it might have had on the issues the Crown had placed before the jury. It should not have been admitted.

The trial judge attempted to offset the damage which the evidence may have done in her charge to the jury:

The fact is, I believe, that there is evidence before you to suggest this may well, if indeed it occurred as the Crown says, have been an isolated incident. The child was otherwise well nourished, well cared for, clearly loved by Mrs. Marquard, and indeed the child said, I believe, that she loved her nanna and wanted to see her again. That is quite apart from the issue that you must decide.

But at the same time, the trial judge told the jury that it was Dr. Mian's opinion that the child was an abused child and on two occasions told them that passivity was a "hallmark" of an abused child. This went beyond even what Dr. Mian had stated.

The net effect of the direction may have been to mislead the jury into believing that this evidence of little or no probative weight was a definitive

personne qui prend soin d'eux attend, de façon à ne pas subir d'autres mauvais traitements.

Au procès, la question de mauvais traitements antérieurs ne se posait pas. Il n'y avait aucune preuve que l'enfant avait subi des mauvais traitements avant l'incident en question. La pertinence de la preuve se limitait seulement à l'explication de la réaction de l'enfant à sa blessure. Le préjudice que pouvait causer cette preuve venait de ce qu'elle indiquait que l'appelante, qui avait la garde de l'enfant, lui avait systématiquement infligé des mauvais traitements.

En l'espèce, la pertinence du témoignage était tangentielle, et sa valeur probante à l'égard des questions soulevées au procès était faible. En revanche, il risquait d'être très préjudiciable puisqu'il impliquait que l'enfant était victime de mauvais traitements depuis longtemps, une hypothèse que la preuve n'appuyait aucunement. L'effet préjudiciable du témoignage l'emportait nettement sur toute valeur probante qu'il aurait pu avoir à l'égard des questions présentées au jury par le ministère public. Il n'aurait pas dû être admis.

Le juge du procès, dans son exposé au jury, a tenté de neutraliser le préjudice que le témoignage avait pu causer:

[TRADUCTION] Le fait est, à mon avis, que des éléments de preuve indiquent qu'il se peut très bien, si effectivement cela s'est produit comme le ministère public le dit, qu'il s'agisse d'un incident isolé. Madame Marquard nourrissait bien l'enfant, prenait bien soin d'elle, l'aimait et, en fait, l'enfant a dit, et je la crois, qu'elle aimait sa grand-maman et voulait la revoir. Cela n'a absolument rien à voir avec la question que vous devez trancher.

Cependant, le juge du procès a dit au jury que le Dr Mian était d'opinion que l'enfant était victime de mauvais traitements et, à deux reprises, elle lui a dit que le comportement passif était la marque d'un enfant maltraité. Cela allait même plus loin que ce que disait le Dr Mian.

Il est possible que cette directive ait eu pour effet direct d'amener le jury à croire que ce témoignage, dont la valeur probante était faible ou

expert opinion that the child was indeed abused and that her passivity was a key and highly probative factor supporting that conclusion.

In my opinion, the reception of this evidence coupled with the trial judge's direction on it is one of the matters which indicate that a new trial must be ordered.

5. Expert Comment on the Credibility of the Child

The defence called Dr. Mian to prove that the child, upon arriving at Sick Children's Hospital, told the staff that she had burned herself with a lighter. The Crown, in cross-examination, elicited from Dr. Mian the opinion that the child was lying when she told her that she had burned herself with a cigarette lighter. She testified that it is quite common that children "will initially . . . give the accidental explanation and later on will give us a story that is more consistent with her injury which is then put in a more convincing [manner] which we believe is the first disclosure of what actually happened." She also testified that even if the child's burn had looked like a lighter burn, she would have been suspicious of the child's story "because of the way the child said it. . . ."

Dr. Mian went on to buttress her view that the child's actual explanation was a lie by reference to the behaviour of abused children:

There's another reason [why children initially lie] which is that children who have been abused often feel that they are responsible for the behaviour that was done to them, for the injury that was inflicted on them. . . . Therefore if the care taker then takes them to the hospital and they're feeling that they did something wrong to elicit this punishment, they're certainly not going to want to tell the hospital staff that they did something wrong because they feel if my mom or whoever did this to me because of what I did, I wonder what these people who are strangers are going to do to me because of what I did.

inexistante, était l'opinion catégorique de l'expert que l'enfant était effectivement victime de mauvais traitements et que sa passivité constituait un facteur primordial et hautement probant à l'appui de cette conclusion.

À mon avis, l'admission de ce témoignage et la directive du juge du procès à cet égard sont au nombre des facteurs qui justifient la tenue d'un nouveau procès.

5. Les commentaires de l'expert sur la crédibilité de l'enfant

La défense a appelé le Dr Mian afin de prouver qu'à son arrivée au Sick Children's Hospital, l'enfant a dit au personnel qu'elle s'était brûlée avec un briquet. Dans son contre-interrogatoire, le ministère public a amené le Dr Mian à exprimer l'opinion que l'enfant mentait lorsqu'elle lui a dit s'être brûlée avec un briquet. Elle a témoigné qu'il arrivait très fréquemment que les enfants [TRADUCTION] «expliquent d'abord [. . .] qu'il s'agit d'un accident, puis ils donnent ensuite un récit plus compatible avec la blessure, qui est alors expliqué d'une manière plus convaincante, ce qui, nous estimons, est le premier indice de ce qui s'est réellement produit.» Elle a également témoigné que, même si la brûlure de l'enfant avait semblé être causée par un briquet, elle se serait méfiée du récit de l'enfant [TRADUCTION] «en raison de la façon dont elle l'a raconté . . .»

Le Dr Mian a ensuite étayé sa thèse que l'explication de l'enfant était un mensonge, en renvoyant au comportement des enfants maltraités:

[TRADUCTION] Il existe une autre raison [pour laquelle les enfants mentent d'abord], c'est que l'enfant qui a été victime de mauvais traitements se sent souvent responsable de ces actes, des blessures qui lui ont été infligées [. . .] Par conséquent, si la [personne qui prend soin de lui] le conduit alors à l'hôpital et que l'enfant croit que, pour mériter une telle punition, il a dû mal agir, il n'avouera certainement pas au personnel de l'hôpital qu'il a mal agi parce qu'il se demande: si ma maman, ou une autre personne, m'a ainsi puni pour ce que j'ai fait, qu'est-ce que ces gens, qui sont des étrangers, vont me faire?

The purport of this evidence was clear. Dr. Mian was of the view that the child was lying when she told the hospital staff that she had burned herself with a lighter, and that the child's second story — the one she told at trial — was the truth.

It is a fundamental axiom of our trial process that the ultimate conclusion as to the credibility or truthfulness of a particular witness is for the trier of fact, and is not the proper subject of expert opinion. This Court affirmed that proposition in *R. v. Béland, supra*, at p. 408, in rejecting the use of polygraph examinations as a tool to determine the credibility of witnesses:

From the foregoing comments, it will be seen that the rule against oath-helping, that is, adducing evidence solely for the purpose of bolstering a witness's credibility, is well grounded in authority.

A judge or jury who simply accepts an expert's opinion on the credibility of a witness would be abandoning its duty to itself determine the credibility of the witness. Credibility must always be the product of the judge or jury's view of the diverse ingredients it has perceived at trial, combined with experience, logic and an intuitive sense of the matter: see *R. v. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), at p. 149, *per* Wakeling J.A., affirmed [1990] 2 S.C.R. 3. Credibility is a matter within the competence of lay people. Ordinary people draw conclusions about whether someone is lying or telling the truth on a daily basis. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve its difficulties. All these considerations have contributed to the wise policy of the law in rejecting expert evidence on the truthfulness of witnesses.

On the other hand, there may be features of a witness's evidence which go beyond the ability of a lay person to understand, and hence which may

Le sens de ce témoignage était clair. Le Dr Mian était d'avis que l'enfant mentait lorsqu'elle a raconté au personnel de l'hôpital qu'elle s'était brûlée avec un briquet, et que sa deuxième version — celle qu'elle a racontée au procès — était la vérité.

Notre procédure d'instruction repose sur l'axiome fondamental que la conclusion finale quant à la crédibilité ou la sincérité d'un témoin donné appartient au juge des faits, et ne doit pas être soumise à l'opinion d'expert. Notre Cour a confirmé cette position dans *R. c. Béland*, précité, à la p. 408, en rejetant l'utilisation de détecteurs de mensonges pour établir la crédibilité de témoins:

Il se dégage de ce qui précède que la règle interdisant les témoignages justificatifs, c'est-à-dire toute preuve produite uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin, repose sur un solide fondement jurisprudentiel.

Le juge ou jury qui se contente d'accepter une opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin ne respecterait pas son devoir d'établir lui-même la crédibilité du témoin. La crédibilité doit toujours être le résultat de l'opinion du juge ou du jury sur les divers éléments perçus au procès, de son expérience, de sa logique et de son intuition à l'égard de l'affaire: voir *R. c. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), à la p. 149, par le juge Wakeling, confirmé par [1990] 2 R.C.S. 3. La question de la crédibilité relève de la compétence des profanes. Les gens ordinaires jugent quotidiennement si une personne ment ou dit la vérité. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en vertu de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notoirement complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés. Toutes ces considérations ont donné naissance à la sage politique en droit qui consiste à rejeter le témoignage d'expert sur la sincérité des témoins.

En revanche, il se peut que certaines parties de la déposition d'un témoin dépassent la capacité d'un profane de comprendre, et justifient donc le

justify expert evidence. This is particularly the case in the evidence of children. For example, the ordinary inference from failure to complain promptly about a sexual assault might be that the story is a fabricated afterthought, born of malice or some other calculated stratagem. Expert evidence has been properly led to explain the reasons why young victims of sexual abuse often do not complain immediately. Such evidence is helpful; indeed it may be essential to a just verdict.

For this reason, there is a growing consensus that while expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact. Professor A. Mewett describes the permissible use of this sort of evidence as "putting the witness's testimony in its proper context." He states in the editorial "Credibility and Consistency" (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386:

The relevance of his testimony is to assist — no more — the jury in determining whether there is an explanation for what might otherwise be regarded as conduct that is inconsistent with that of a truthful witness. It does, of course, bolster the credibility of that witness, but it is evidence of how certain people react to certain experiences. Its relevance lies not in testimony that the prior witness is telling the truth but in testimony as to human behaviour.

There are concerns. As the court stated in *R. v. J. (F.E.)*, [(1990), 53 C.C.C. (3d) 94, 74 C.R. (3d) 269, 36 O.A.C. 348 (C.A.)], and *R. v. C.(R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522, 78 C.R. (3d) 390, the court must require that the witness be an expert in the particular area of human conduct in question; the evidence must be of the sort that the jury needs because the problem is beyond their ordinary experience; and the jury must be carefully

recours au témoignage d'expert. C'est le cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Par exemple, dans le cas d'un enfant qui omet de se plaindre sans tarder d'une agression sexuelle, on pourrait ordinairement conclure que l'enfant invente un récit après coup, poussé par la malice ou un autre stratagème calculé. Des témoignages d'experts ont été à bon droit présentés pour expliquer pourquoi il arrive fréquemment que de jeunes victimes d'agression sexuelle ne portent pas plainte immédiatement. Ces témoignages sont utiles et peuvent même être essentiels à un juste verdict.

Pour cette raison, il est de plus en plus largement reconnu que, si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits. Le professeur A. Mewett, pour décrire l'utilisation acceptable de ce genre de témoignage, parle de [TRADUCTION] «mettre en contexte la déposition du témoin.» Dans l'éditorial «Credibility and Consistency» (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 386, il dit:

[TRADUCTION] Son témoignage est pertinent en ce qu'il aide — sans plus — le jury à déterminer s'il y a une explication à ce qui autrement pourrait être considéré comme un comportement incompatible avec celui d'un témoin sincère. Évidemment, il appuie la crédibilité de ce témoin, mais il s'agit aussi d'un témoignage sur la façon dont certaines personnes réagissent à certaines expériences. Sa pertinence ne se tient pas au fait que c'est un témoignage indiquant que le témoin précédent disait la vérité, mais au fait qu'il s'agit d'un témoignage sur le comportement humain.

Il y a toutefois des difficultés. Comme la Cour l'a déclaré dans *R. c. J. (F.E.)*, [(1990), 53 C.C.C. (3d) 94, 74 C.R. (3d) 269, 36 O.A.C. 348 (C.A.)], et dans *R. c. C.(R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522, 78 C.R. (3d) 390, la cour doit exiger que le témoin soit un expert dans le domaine particulier du comportement humain en question; le témoignage doit répondre aux besoins du jury face à une difficulté qui sort de son expérience ordi-

instructed as to its function and duty in making the final decision without being unduly influenced by the expert nature of the evidence.

The conditions set out by Professor Mewett, reflecting the observations of various appellate courts which have considered the matter, recommend themselves as sound. To accept this approach is not to open the floodgates to expert testimony on whether witnesses are lying or telling the truth. It is rather to recognize that certain aspects of human behaviour which are important to the judge or jury's assessment of credibility may not be understood by the lay person and hence require elucidation by experts in human behaviour.

Had Dr. Mian confined her comments to expert evidence explaining why children may lie to hospital staff about the cause of their injuries, there could have been no objection to her evidence. She was an expert in child behaviour, and the evidence would arguably have been evidence needed by a lay jury to understand fully the implications of the witness's change in story. However, Dr. Mian went further. She clearly indicated that she personally did not believe the first story of the child, preferring the second version which the child told at trial. In so doing, she crossed the line between expert testimony on human behaviour and assessment of credibility of the witness herself. Moreover, the trial judge failed to instruct the jury that it was their duty to decide on the child's credibility without being unduly influenced by the expert evidence. In fact, the trial judge's statement that Dr. Mian gave "evidence as an expert in child abuse and relating to the truthfulness of the testimony of small children" actually reinforced the effect of the inadmissible evidence.

In my view, this error, considered with the others, requires that a new trial be directed.

naire; et le jury doit recevoir des directives soigneuses quant à sa fonction et son obligation de rendre la décision finale sans être indûment influencé par la nature experte du témoignage.

Les conditions énoncées par le professeur Mewett, qui expriment les observations de diverses cours d'appel qui ont étudié la question, semblent solidement fondées. Accepter cette position ne revient pas à ouvrir la porte à une avalanche de témoignages d'expert sur la question de savoir si les témoins mentent ou disent la vérité. Cela revient plutôt à reconnaître que certains aspects du comportement humain, qui sont importants dans l'appréciation de la crédibilité d'un témoin par le juge ou le jury, risquent de ne pas être compris par le profane et nécessitent les explications d'experts en comportement humain.

Si le Dr Mian avait limité ses commentaires à un témoignage d'expert expliquant la raison pour laquelle des enfants peuvent mentir au personnel hospitalier sur la cause de leurs blessures, on n'aurait pu soulever aucune objection à son témoignage. Elle était expert en comportement infantile, et on peut soutenir que le témoignage était nécessaire à un jury profane pour comprendre pleinement les implications de la modification du récit par le témoin. Toutefois, le Dr Mian est allée plus loin. Elle a clairement indiqué qu'elle ne croyait personnellement pas la première version de l'enfant, préférant la deuxième, relatée au procès. En faisant cela, elle a franchi la ligne de démarcation entre le témoignage d'expert sur le comportement humain et l'appréciation de la crédibilité du témoin lui-même. En outre, le juge du procès n'a pas indiqué au jury qu'il était de son devoir de déterminer la crédibilité de l'enfant sans être indûment influencé par le témoignage d'expert. En fait, la déclaration du juge du procès que le Dr Mian a [TRADUCTION] «témoigné à titre d'expert en enfance maltraitée et sur la véracité du témoignage de jeunes enfants», a renforcé l'effet du témoignage inadmissible.

À mon avis, cette erreur, considérée avec d'autres, exige la tenue d'un nouveau procès.

6. Cross-examination of Dr. Turrall

Dr. Turrall was a psychiatrist called by the defence. In the course of cross-examination, the Crown put a series of reports and case studies to him and read extensively from them. Dr. Turrall testified that he was unaware of many of these studies and, for the most part, did not accept their conclusions. None of the experts specifically adopted as authoritative the studies of which Dr. Turrall was unaware and with which he did not agree. Some of the material was very prejudicial. For example, by one "question", some three and one-half pages in length, the Crown introduced opinions regarding the memory of a child who had been put through an extended traumatic and abusive experience, which was described in detail. Moreover, the impression may have been left that Dr. Turrall's unfamiliarity with these unproven studies reflected a lack of expertise.

The proper procedure to be followed in examining an expert witness on other expert opinions found in papers or books is to ask the witness if she knows the work. If the answer is "no", or if the witness denies the work's authority, that is the end of the matter. Counsel cannot read from the work, since that would be to introduce it as evidence. If the answer is "yes", and the witness acknowledges the work's authority, then the witness has confirmed it by the witness's own testimony. Parts of it may be read to the witness, and to the extent they are confirmed, they become evidence in the case. This procedure was laid out in *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (Alta. S.C.) and has been followed by Canadian courts. (See *Holland v. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6 (P.E.I.S.C.), at pp. 21-22; *Cansulex Ltd. v. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189 (B.C.S.C.), at p. 193).

The Crown urged us to adopt the American approach to putting scholarly works to an expert witness. The American approach varies from jurisdiction to jurisdiction. Some jurisdictions require that the witness have acknowledged the authority of the work before it can be read into the record on

6. Le contre-interrogatoire du Dr Turrall

Le Dr Turrall, psychiatre, a été appelé à témoigner pour la défense. Au cours de son contre-interrogatoire, le ministère public lui a présenté une série de rapports et d'études de cas et en a lu de longs extraits. Le Dr Turrall a témoigné qu'il ne connaissait pas un grand nombre de ces études et, pour la plupart, n'en acceptait pas les conclusions. Aucun des experts n'a accepté comme autorité les études dont le Dr Turrall n'avait pas connaissance et auxquelles il ne souscrivait pas. Certains documents étaient très préjudiciables. Par exemple, par une «question» de quelque trois pages et demie, le ministère public a introduit des opinions portant sur la mémoire d'un enfant victime d'une longue expérience traumatisante de mauvais traitements, décrite en détail. En outre, on a peut-être donné l'impression que l'ignorance du Dr Turrall de ces études non étayées démontrait une expertise insuffisante.

Lorsqu'on interroge un témoin expert sur d'autres opinions d'expert exprimés dans des études ou des livres, la procédure à suivre est de demander au témoin s'il connaît l'ouvrage. Dans la négative, ou si le témoin nie l'autorité de l'ouvrage, l'affaire en reste-là. Les avocats ne peuvent lire des extraits de l'ouvrage puisque ce serait les introduire en preuve. Dans l'affirmative, et si le témoin reconnaît l'autorité de l'ouvrage, alors il le confirme par son propre témoignage. Des extraits peuvent être lus au témoin, et dans la mesure où ils sont confirmés, ils deviennent une preuve dans l'affaire. Cette procédure, établie dans *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (C.S. Alb.), a été suivie par les tribunaux canadiens. (Voir *Holland c. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6 (C.S.Î.-P.-E.), aux pp. 21 et 22; *Cansulex Ltd. c. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189 (C.S.C.-B.), à la p. 193).

Le ministère public nous a priés d'adopter la méthode américaine de présenter les ouvrages savants à un témoin expert. La position américaine change d'une juridiction à l'autre. Certaines juridictions exigent que le témoin reconnaisse l'autorité de l'ouvrage avant que celui-ci soit introduit en

cross-examination. Others, however, appear to allow the works to be put into the record on cross-examination where there is some proof of, or where the judge is prepared to take judicial notice of, the general authority of the work.

Even this more liberal standard was not met in the case of the material put to Dr. Turrall. I am satisfied that expert evidence, introduced in the guise of cross-examination of Dr. Turrall without any proof that it constituted reputable authority, was inadmissible. It was also, as noted, prejudicial. This is yet another ground which suggests that a new trial must be ordered.

7. Admissibility of the Prior Inconsistent Statement as Evidence of the Truth of its Contents

The appellant argues that the child's statement to the hospital authorities that she burned herself with a cigarette lighter, although hearsay, should be admitted for the truth of its contents on the grounds of necessity and reliability set out in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, decided after the trial of this matter.

In view of the fact that a new trial is required on other grounds, it is unnecessary to consider whether the statement in fact meets the criteria of necessity and reliability discussed in *R. v. B. (K.G.)*, *supra*. It will be open to counsel at the new trial to seek admission of the statement on that basis. It will then be for the trial judge to determine whether it can be used for the truth of its contents on the basis of the principles set out in *R. v. B. (K.G.)*, *supra*.

8. Conclusion

I would allow the appeal, quash the conviction, and direct a new trial.

preuve au cours du contre-interrogatoire. D'autres, toutefois, paraissent permettre que l'ouvrage soit introduit au dossier lors du contre-interrogatoire lorsqu'il y a une certaine preuve de l'autorité générale de l'ouvrage, ou que le juge est disposé à l'accepter d'office.

Même cette norme plus libérale n'a pas été atteinte dans le cas des documents présentés au Dr Turrall. Je suis convaincue que la preuve d'expert introduite par le truchement du contre-interrogatoire du Dr Turrall, sans autre preuve qu'elle était une autorité reconnue, était inadmissible. Elle était également, je le répète, préjudiciable. C'est là une autre raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

7. Admissibilité d'une déclaration antérieure incompatible à titre de preuve de la véracité de son contenu

L'appelante soutient que, bien qu'il s'agisse de ouï-dire, la déclaration de l'enfant aux autorités de l'hôpital qu'elle s'était brûlée avec un briquet à cigarettes devrait être admise pour établir la véracité de son contenu pour les motifs de nécessité et de fiabilité énoncés dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, rendu après le procès dans la présente affaire.

Puisqu'un nouveau procès doit être tenu pour d'autres motifs, il est inutile de considérer si, en fait, la déclaration répond aux critères de nécessité et de fiabilité analysés dans *R. c. B. (K.G.)*, précité. Il sera loisible à l'avocat au cours du nouveau procès de demander l'admission de la déclaration sur ce fondement. Il appartiendra alors au juge du procès de déterminer si elle peut être utilisée pour établir la véracité de son contenu sur le fondement des principes établis dans *R. c. B. (K.G.)*, précité.

8. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. — I agree with Justice McLachlin, subject however to the comments of Justice L'Heureux-Dubé pertaining to s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18], which I adopt.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — Early on the morning of July 4, 1988, Debbie-Ann LeBlanc, then 3½ years old, was badly burned at the home of her grandmother and legal guardian, the appellant Debra Marquard. She was taken to Wellesley Hospital and shortly after referred to Sick Children's Hospital where she was treated for third-degree burns to her right cheek and ear. The story told to the examining physicians at both hospitals was that she had burned herself while playing with a lighter and attempting to smoke a cigarette. Due to the characteristics of the burn, in particular its well-demarcated shape, both doctors formed the impression that the injury was inconsistent with a flame burn but was more like a contact burn. Dr. Zuker, a burn specialist who examined Debbie-Ann at Sick Children's, also found Debbie-Ann's reaction to the treatment process unusual and more passive than the vast majority of children that the hospital treats. Because of her reactions to the treatment and his concerns about the cause of the injury, Dr. Zuker requested a consultation with the hospital's SCAN (suspected child abuse and neglect) team.

Following an investigation by the Children's Aid Society, the appellant was charged under s. 245.2(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1)) with aggravated assault. At trial, Debbie-Ann testified that "My nanna put me on the stove" and that "My poppa pulled me out". After a trial by judge and jury the appellant was convicted. The verdict was appealed on a number of issues relating to the admission of

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je souscris aux motifs du juge McLachlin, sous réserve cependant des commentaires du juge L'Heureux-Dubé au sujet de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, [abr. et rempl. L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 18], que je fais miens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Tôt le 4 juillet 1988, Debbie-Ann LeBlanc, alors âgée de trois ans et demi, a été gravement brûlée dans la résidence de sa grand-mère qui en avait la garde légale, l'appelante Debra Marquard. Elle a été conduite à l'hôpital Wellesley, et peu après référée au Sick Children's Hospital, où elle a été traitée pour brûlures du troisième degré à la joue et à l'oreille droites. Selon ce qui avait été raconté aux médecins traitants des deux hôpitaux, elle s'était brûlée en jouant avec un briquet et en tentant de fumer une cigarette. Vu les caractéristiques de la brûlure, en particulier sa forme bien délimitée, les deux médecins ont eu l'impression que la blessure n'avait pas été causée par une flamme, mais plutôt par le contact de la chaleur. Le Dr Zuker, le spécialiste en brûlures qui a examiné Debbie-Ann au Sick Children's, a également conclu que la réaction de l'enfant au traitement était inhabituelle et plus passive que celle de la grande majorité des enfants soignés à l'hôpital. Les réactions de l'enfant au traitement et les doutes du Dr Zuker quant à la cause de la blessure ont poussé ce dernier à demander une consultation avec l'équipe SCAN (qui étudie les cas où l'on soupçonne que des enfants sont maltraités ou négligés) de l'hôpital.

Au terme d'une enquête menée par la Société d'aide à l'enfance, l'appelante a été accusée de voies de fait graves en vertu du par. 245.2(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 268(1)). Au procès, Debbie-Ann a témoigné que [TRADUCTION] «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière» et que [TRADUCTION] «Grand-papa m'en a sortie». Au terme d'un procès devant juge et jury, l'appelante a été déclarée cou-

evidence and the charge to the jury. The Court of Appeal held that, in view of the manner in which the defence had been conducted at trial, no effect could be given to the objections to the evidentiary issues. While it agreed that there may be some imperfections to the charge, the court found nothing that would cause it to doubt that the verdict should stand. In the result, the court upheld the verdict but varied the sentence.

The following issues are raised in this appeal. The first concerns the interpretation of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18], (the "Act") which sets the criteria for the reception of children's evidence. If such evidence is admissible in this case, the question is whether, considering the nature of the evidence, the jury was adequately warned about its frailties. The remaining issues relate to the manner in which the expert evidence of Dr. Zuker, Dr. Campbell, Dr. Mian and Dr. Turrall was received in this case.

In this case, Dr. Zuker was qualified as an expert in burns and Dr. Campbell was an emergency room physician. Both doctors examined Debbie-Ann and gave evidence on her condition when she arrived at hospital. Dr. Mian was qualified as an expert in child abuse and was called by the Crown as to Debbie-Ann's condition when she was admitted to Sick Children's Hospital and as an expert regarding children's memories. She was also called by the defence to establish Debbie-Ann's prior inconsistent statement that she had been burned while trying to light a cigarette. The appellant alleges first, that evidence given by Doctors Zuker, Mian and Campbell, outside the narrow confines of their particular expertise, is not admissible. Next, according to the appellant, the testimony of Dr. Mian regarding Debbie Ann's "pseudo-mature" responses constituted evidence of the appellant's bad character and for that reason is not admissible. She also alleges that the cross-examination of Dr. Mian by the Crown on Debbie-

pable. Elle a interjeté appel du verdict sur plusieurs questions concernant l'admission des témoignages et l'exposé au jury. La Cour d'appel a conclu que, compte tenu de la stratégie adoptée par la défense au procès, elle ne pouvait faire droit aux objections relatives à la preuve. Bien qu'ayant reconnu que l'exposé ait pu renfermer certaines imperfections, la cour n'y a rien décelé qui l'ait amenée à douter que le verdict devait être maintenu. Elle a donc confirmé le verdict, tout en modifiant la sentence.

Le présent pourvoi soulève différentes questions. La première porte sur l'interprétation de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 [abr. & rempl. L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 18] (la «Loi»), qui fixe les critères applicables à la réception de témoignages d'enfants. Si une telle preuve est admissible en l'espèce, il faut alors se demander si, compte tenu de la nature de cette preuve, le jury a été suffisamment mis en garde contre sa fragilité. Les autres questions portent sur la manière dont la preuve d'experts des D^{rs} Zuker, Campbell, Mian et Turrall a été reçue dans la présente affaire.

En l'espèce, le D^r Zuker a été reconnu comme expert en brûlures, et le D^r Campbell était un médecin de la salle d'urgence. Tous deux ont examiné Debbie-Ann et ont témoigné sur son état à son arrivée à l'hôpital. Le D^r Mian, reconnue comme expert en enfance maltraitée, a été appelée par le ministère public à témoigner sur l'état de Debbie-Ann lors de son admission au Sick Children's Hospital. Elle a aussi été reconnue comme expert en mémoire des enfants. La défense l'a également appelée à témoigner afin d'établir la déclaration antérieure incompatible de Debbie-Ann selon laquelle elle s'était brûlée en tentant d'allumer une cigarette. L'appelante allègue premièrement que les témoignages des D^{rs} Zuker, Mian et Campbell, qui excèdent les limites restreintes de leur expertise particulière, ne sont pas admissibles. Deuxièmement, selon l'appelante, le témoignage du D^r Mian sur les réponses «pseudo-matures» de Debbie-Ann constitue une preuve du mauvais caractère de l'appelante et, à ce titre, est inadmissible. Elle allègue également que le contre-interrogatoire du D^r Mian par le ministère public sur la

Ann's prior inconsistent statement violated the rule against oath helping.

Regarding Dr. Turrall's testimony, he was a psychologist called by the defence as an expert in children's memory. The appellant contends that the Crown improperly cross-examined Dr. Turrall and that the appellant was prejudiced by the graphic nature of the cases cited by the Crown.

In the end, the real question is whether, given all the circumstances of this case, including the way the defence was presented, there has been a miscarriage of justice which warrants a new trial. For the following reasons, I dissent from the majority and would dismiss the appeal.

Section 16 of the Act

The appellant argues that the statutory provision under s. 16 of the Act that a child be able "to communicate" the evidence requires the trial judge to inquire into the capacities of the witness to perceive, interpret, remember and recount. She submits that the trial judge erred in failing to conduct such an inquiry and, as a consequence, Debbie-Ann's evidence was inadmissible.

My colleague, Justice McLachlin, has come to the conclusion that the trial judge did not err in admitting the unsworn evidence of Debbie-Ann, finding that the requirements of s. 16 of the Act were met in this case. While I share my colleague's view that Debbie-Ann's testimony was properly admitted in this case, I wish to comment on the requirements of s. 16 of the Act in a more general way given the concerns I have about my colleague's interpretation of s. 16 of the Act. My colleague has found that, in addition to determining whether the child can communicate the evidence, s. 16 requires the trial judge to conduct a general inquiry into the ability of the child to observe and recollect events before the evidence can be received. She does so on the basis of the common law requirements which govern the admission of evidence of witnesses whose testimonial competence is questioned. In her view, there is nothing in s. 16 of the Act which indicates an

déclaration antérieure incompatible de Debbie-Ann viole la règle interdisant le témoignage justificatif.

Le Dr Turrall, psychologue, a été appelé par la défense à titre d'expert en mémoire des enfants. L'appelante soutient que le ministère public a irrégulièrement contre-interrogé le Dr Turrall, et qu'elle a subi un préjudice en raison de la nature explicite des cas cités par le ministère public.

En définitive, la véritable question est de savoir si, compte tenu des circonstances de l'espèce, notamment la stratégie adoptée par la défense, l'accusé a subi un tort important justifiant la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, j'inscris ma dissidence et je rejetterais le pourvoi.

L'article 16 de la Loi

L'appelante soutient que l'art. 16 de la Loi, portant que l'enfant doit être capable de «communiquer» les faits dans son témoignage, requiert que le juge du procès examine la capacité du témoin de percevoir, d'interpréter, de se souvenir et de relater. Elle prétend que le juge du procès a commis une erreur en ne procédant pas à une telle enquête et qu'en conséquence, le témoignage de Debbie-Ann était inadmissible.

Ma collègue, madame le juge McLachlin, est arrivée à la conclusion que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant le témoignage non assermenté de Debbie-Ann puisqu'en l'espèce, les exigences de l'art. 16 de la Loi ont été respectées. Si, comme ma collègue, j'estime que le témoignage de l'enfant a été admis à juste titre dans la présente affaire, je souhaite toutefois apporter des commentaires plus généraux sur les exigences de l'art. 16 de la Loi en raison des réserves que j'entretiens sur l'interprétation qu'en donne ma collègue. Elle conclut, en effet, qu'en plus de déterminer si l'enfant peut communiquer les faits dans son témoignage, l'art. 16 oblige le juge du procès à procéder à une enquête générale sur la capacité de l'enfant de percevoir des événements et de s'en souvenir avant d'admettre son témoignage. Elle fonde cette conclusion sur les exigences de la common law qui régissent l'admission de la déposition de témoins dont l'habilité à

intention to vary the common law rule. I disagree. Such a result would, in my opinion, run counter to the clear words of s. 16 of the Act as well as the trend to do away with presumptions of unreliability and to expand the admissibility of children's evidence and may, in fact, subvert the purpose of legislative reform in this area.

The notion that the evidence of children is inherently unreliable has now been totally rejected (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122). This is part of a larger trend in the evolution of evidence law in which courts have moved away from the tendency to view the evidence of certain classes of witnesses as inherently untrustworthy (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 823). We now recognize that, in general, juries are competent to assess the evidence and credibility of all witnesses, including that of children. Thus, increasingly, the practice is to admit evidence and leave the matter of what it may be worth to be weighed by the jury, absent clear policy reasons for exclusion (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577). As Wilson J. noted in *R. v. B. (G.)*, *supra*, at pp. 14-15, it is this realization which lies behind the repeal of the common law rule requiring the corroboration of accomplices' evidence in *Vetrovec*, *supra*, and the repeal of the statutory provision requiring corroboration of complainants' evidence in rape cases. With the repeal of the corroboration requirement in s. 16 of the Act, the role of the jury is also extended with respect to the evidence of children and other witnesses whose competence to testify is questioned.

In the words of Wilson J., we now accept that "[w]hile children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it" (*R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30,

témoigner est contestée. À son avis, rien dans le texte de l'art. 16 de la Loi ne démontre une intention de modifier la règle de common law. Je ne suis pas d'accord. Un tel résultat, à mon avis, contredirait le libellé clair de l'art. 16 de la Loi et ainsi que cette évolution qui tend à supprimer la présomption que ces témoignages sont moins fiables et à accroître l'admissibilité de témoignages d'enfants, et risquerait en fait de contrarier l'objectif de la réforme législative dans ce domaine.

L'idée que, intrinsèquement, les témoignages d'enfants ne sont pas fiables est maintenant totalement écartée (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122). Cela correspond à un courant plus général de l'évolution du droit de la preuve suivant lequel les tribunaux se sont écartés de la tendance à considérer le témoignage de certaines catégories de témoins comme intrinsèquement peu digne de foi (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à la p. 823). Nous reconnaissons maintenant qu'en général, les jurés sont en mesure d'apprécier le témoignage et la crédibilité de tous les témoins, dont ceux des enfants. En conséquence, la pratique consiste de plus en plus à admettre les témoignages et, en l'absence de raisons de principe évidentes exigeant leur exclusion, à laisser au jury le soin de déterminer le poids à leur accorder (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577). Comme l'a signalé le juge Wilson dans *R. c. B. (G.)*, précité, aux pp. 14 et 15, c'est cette prise de conscience qui a entraîné l'abrogation de la règle de common law exigeant la corroboration du témoignage des complices dans *Vetrovec*, précité, et l'abrogation de la disposition législative exigeant la corroboration du témoignage du plaignant dans les cas de viol. L'abrogation de l'exigence de corroboration à l'art. 16 de la Loi a également contribué à élargir le rôle du jury à l'égard du témoignage d'enfants et d'autres témoins dont l'habilité à témoigner est contestée.

Selon le juge Wilson, nous reconnaissons maintenant qu'«[i] se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait» (*R. c. B. (G.)*, [1990] 2

at p. 55). This change is now reflected in the Act, as evidenced in the recent decision of this Court in *R. v. W. (R.)*, *supra*, at pp. 132-33 (*per McLachlin J.*):

The law affecting the evidence of children has undergone two major changes in recent years. The first is removal of the notion, found at common law and codified in legislation, that the evidence of children was inherently unreliable and therefore to be treated with special caution. . . . The repeal of provisions creating a legal requirement that children's evidence be corroborated does not prevent the judge or jury from treating a child's evidence with caution where such caution is merited in the circumstances of the case. But it does revoke the assumption formerly applied to all evidence of children, often unjustly, that children's evidence is always less reliable than the evidence of adults.

In addition, a number of specific concerns preceded the reform of the rules governing the reception of children's evidence. Two threads could be discerned running through this discussion. The first was a concern over the prevalence of child sexual abuse. The second was the perception that the law of evidence constituted a significant impediment to obtaining convictions in such cases. (See: N. Bala, "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System" in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993); J. Robb and L. Kordyban, "The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327, at p. 328; R. J. Delisle, "D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence" (1989), 71 *C.R.* (3d) 22).

Accordingly, one of the main aims of the reform was to simplify the requirements for the reception of such evidence to facilitate its admissibility. The Report of the Committee on Sexual Offenses Against Children and Youths (the "Badgley Report"), a report of the Parliamentary Committee which was set up specifically to examine the substantive and adjectival law affecting the prosecution of sexual offenses against children, recommended that there be no special rules of

R.C.S. 30, à la p. 55). Ce changement est maintenant traduit dans la Loi, comme en témoigne l'arrêt récent de notre Cour *R. c. W. (R.)*, précité, aux pp. 132 et 133 (les motifs du juge McLachlin):

Cette partie du droit [le témoignage d'enfants] a subi deux changements importants ces dernières années. D'une part, on a aboli la notion, trouvée dans la common law et codifiée dans la législation, selon laquelle les témoignages d'enfants sont intrinsèquement peu fiables et doivent pas conséquent être traités avec un soin particulier [. . .] L'abrogation de telles dispositions [exigeant la corroboration du témoignage d'enfants] n'empêche pas le juge ou le jury de traiter les témoignages d'enfants avec soin lorsque les circonstances de l'affaire le justifient. Toutefois, elle met effectivement fin à l'hypothèse, autrefois appliquée à tous les témoignages d'enfants, souvent injustement, selon laquelle ceux-ci sont toujours moins fiables que les témoignages d'adultes.

Par ailleurs, un certain nombre de facteurs spécifiques ont ouvert la voie à la réforme des règles relatives à la réception du témoignage d'enfants. On pouvait, dans ce débat, distinguer deux fils conducteurs, le premier étant la préoccupation quant au nombre d'agressions sexuelles sur les enfants, le deuxième étant la perception que le droit de la preuve constituait un obstacle important à l'obtention de déclarations de culpabilité dans de tels cas. (Voir: N. Bala, «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System» dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993); J. Robb et L. Kordyban, «The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327, à la p. 328; R. J. Delisle, «D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence» (1989), 71 *C.R.* (3d) 22).

Un des objectifs principaux de la réforme était donc de simplifier les exigences relatives à la réception de tels témoignages afin d'en faciliter l'admissibilité. Le rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le «rapport Badgley»), rédigé par un comité parlementaire créé précisément pour étudier le droit matériel et procédural ayant une incidence sur la poursuite en matière d'infractions sexuelles contre des enfants, recommandait

testimonial competence with respect to children. On the basis of research which made clear that conventional assumptions about the veracity and powers of articulation and recall of young children are largely unfounded, the Committee recommended that children's evidence be heard and weighed in the same manner as any other testimony. The Committee proposed the following amendments to the Act:

1. Every child is competent to testify in court and the child's evidence is admissible. The cogency of the child's testimony would be a matter of weight to be determined by the trier of fact, and not a matter of admissibility.
2. A child who does not have the verbal capacity to reply to simply framed questions could be precluded from testifying.
3. The court shall instruct the trier of fact on the need for caution in any case in which it considers that an instruction is necessary.

See: *Sexual Offenses Against Children*, vol. 1, at pp. 373-74.

These recommendations are in line with reforms to evidence law in other countries as well. For example, Rule 601 of the *U.S. Federal Rules of Evidence*, whose provisions have been adopted by a large number of states, abolishes all specific grounds of testimonial incompetence including those involving children. Everything now goes to weight. Scotland has long had a more liberal approach to the competence of child witnesses. Nonetheless, the Scottish Law Reform Commission has recently recommended widespread changes to the law affecting the evidence of children. In Australia, the competency requirements and rules about corroboration have been relaxed to varying degrees in a number of states. England and New Zealand are also contemplating reforms. Among the civil jurisdictions, France and Germany have no formal competency examinations at all for children under the age of 16. (See: J. R. Spencer and R. Flin, *The Evidence of Children* (1990), at pp. 306 *et seq.*).

qu'aucune règle spéciale ne régit la capacité de témoigner des enfants. À partir d'une étude démontrant que la plupart des hypothèses traditionnelles portant sur la véracité et la capacité d'articuler et de se souvenir d'un jeune enfant sont sans fondement, le comité a recommandé que le témoignage d'enfants soit entendu et apprécié de la même manière que tout autre témoignage. Le Comité a également proposé les modifications suivantes à la Loi:

1. Tout enfant est capable de témoigner devant un tribunal et son témoignage est recevable. La force du témoignage de l'enfant serait une question de poids que doit déterminer le juge des faits et non une question de recevabilité.
2. Un enfant qui n'a pas la capacité d'expression nécessaire pour répondre à des questions formulées simplement peut être déclaré incapable de témoigner.
3. La cour doit informer le juge des faits de la nécessité d'être prudent chaque fois qu'il estime qu'une telle mise en garde s'impose.

Voir: *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1, à la p. 406.

Ces recommandations vont dans le même sens que certaines réformes du droit de la preuve adoptées à l'étranger. Ainsi, la règle 601 des *U.S. Federal Rules of Evidence*, dont les dispositions ont été adoptées par un grand nombre d'États, abolit tout motif précis d'inhabilité à témoigner, y compris les motifs liés à l'enfance. Tout est maintenant question de pondération. L'Écosse a depuis longtemps adopté une position plus libérale à l'égard de la compétence des enfants témoins. Néanmoins, la Scottish Law Reform Commission a récemment recommandé que des changements soient apportés à l'ensemble du droit relatif au témoignage d'enfants. En Australie, les exigences relatives à l'habilité à témoigner et les règles relatives à la corroboration ont été assouplies à divers degrés dans un certain nombre d'États. L'Angleterre et la Nouvelle-Zélande envisagent également une réforme. Parmi les juridictions civilistes, la France et l'Allemagne n'exigent pas d'enquête formelle sur l'habilité des enfants de moins de 16 ans. (Voir: J. R. Spencer et R. Flin, *The Evidence of Children* (1990), aux pp. 306 *et suiv.*).

The reformed provisions under s. 16 of the Act still mandate an inquiry into the testimonial competence of children. Nonetheless, in my view, it is against this backdrop of reform, increased awareness of the value and reliability of children's evidence and the general trends in evidence law that s. 16 of the Act should be interpreted.

Section 16 of the Act is reproduced in its entirety as follows:

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

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

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

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

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

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

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

It is useful to compare s. 16 of the Act with its predecessor, s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10:

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given

Les dispositions modifiées de l'art. 16 de la Loi prévoient encore la tenue d'une enquête sur la capacité de témoigner des enfants. Néanmoins, c'est à mon avis dans le contexte de la réforme, d'une plus grande conscience du poids et de la fiabilité des témoignages d'enfants et des tendances générales du droit de la preuve, que l'art. 16 de la Loi doit être interprété.

Cet article est ici reproduit intégralement:

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

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

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

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

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

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

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

Il est utile de comparer l'art. 16 de la Loi avec son prédécesseur, l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10:

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu

upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

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

As can be seen, under the present provisions, the need for corroboration has been repealed. For the purposes of this case, however, the relevant distinction between the old and the new provisions is that, whereas previously courts were required to determine if the child was possessed of "sufficient intelligence" to testify, they now must assess whether the child is able to "communicate the evidence". In my view, the modification is of no great significance. In fact, even under the previous provisions, there was no requirement that the trial judge assess a child's powers of perception and recollection independently of, or in addition to, the child's ability to respond to questions. As Robb and Kordyban state, *supra*, at p. 332, "[t]he 'intelligence' portion of the test would seem to mean the ability to understand questions and give intelligent answers. In short, an ability to communicate evidence was required".

This was the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197. In that case, the issue was whether a child should be precluded from testifying because she was very young. Robins J.A. described the test for determining "sufficient intelligence" under the old provisions as follows, at pp. 206-7:

The test is whether the child's intellectual attainments are such that he or she is capable of understanding the simple form of questions that it can be anticipated will be asked, and is able to communicate the answer in an understandable manner. Again, the weight to be accorded the evidence is for the trier of fact.

sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

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

Comme on peut le remarquer, l'exigence de corroboration est aujourd'hui abolie. Pour les fins de l'espèce, toutefois, la distinction pertinente entre les anciennes et les nouvelles dispositions tient au fait que, alors qu'antérieurement ils devaient déterminer si l'enfant était doué d'une «intelligence suffisante» pour témoigner, les tribunaux doivent maintenant déterminer s'il est capable de «communiquer les faits dans son témoignage». À mon sens, la modification est sans grande importance. En fait, même en vertu des dispositions antérieures, le juge du procès n'était pas tenu d'apprécier la capacité de l'enfant de percevoir et de se souvenir, indépendamment ou en plus de sa capacité de répondre aux questions. Comme Robb et Kordyban l'indiquent, *loc. cit.*, à la p. 332, [TRADUCTION] «[l]e volet «intelligence» du critère semblerait viser la capacité de comprendre les questions et d'y répondre intelligemment. En bref, le témoin devait être capable de communiquer les faits dans son témoignage».

C'est ce qu'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197. Dans cette affaire, la question était de savoir si le témoignage d'un enfant devait être exclu en raison de son très jeune âge. Le juge Robins a exposé ainsi le critère permettant de déterminer si l'enfant est doué d'une «intelligence suffisante» sous le régime des anciennes dispositions, aux pp. 206 et 207:

[TRADUCTION] Le critère est le suivant: le bagage intellectuel de l'enfant le rend-il capable de comprendre des questions formulées simplement et qui, vraisemblablement, seront posées, et de communiquer la réponse de façon compréhensible? Encore une fois, il appartient au juge des faits d'apprécier le poids du témoignage.

Robins J.A. also concluded at p. 207 that the standard under the new provisions is the same as that under the old; the language is merely clearer.

This decision was affirmed by this Court in *R. v. Khan, supra*. The Court in its reasons did not explore the interpretation given by the Court of Appeal of s. 16 of the Act beyond noting at p. 538 that "the only two requirements for reception of the evidence are sufficient intelligence and an understanding of the duty to tell the truth". There is nothing in the reasons to suggest that Robins J.A. misunderstood the requirements mandated by the previous provisions.

The above statement correctly sets out, in my view, the nature of the inquiry under s. 16 of the Act as it previously existed. Given that legislative reform was designed in part to facilitate the reception of children's evidence, it is unlikely that Parliament intended to make the new provisions even more stringent. The more likely scenario is that Parliament intended the test to be just what the words indicate: the ability to communicate. This interpretation does reflect the basic recommendation of the Badgley report as well as the more general evidentiary trend to remove barriers to the reception and use of evidence.

It is also reasonable to assume that Parliament was aware of both the common law requirements and decisions such as *Khan* in which "sufficient intelligence" was interpreted as simply the ability to communicate. Had Parliament intended to return to the common law test which applied before the enactment of the previous s. 16 of the Act, as my colleague suggests, one would expect it would now have clear wording to that effect. That is where I part company with my colleague. In my view, my colleague's interpretation of the s. 16 test goes not only beyond the clear wording of the Act but also against its spirit and intent.

Le juge Robins a également conclu à la p. 207 que la norme applicable dans le cadre des nouvelles dispositions est celle qui était applicable en vertu des anciennes; le libellé est simplement plus clair.

Notre Cour a confirmé cette décision dans *R. c. Khan*, précité. Dans ses motifs, notre Cour n'a pas examiné l'interprétation de l'art. 16 de la Loi donnée par la Cour d'appel, si ce n'est pour remarquer à la p. 538 que «les deux seules exigences applicables à la réception du témoignage sont l'intelligence suffisante et une compréhension du devoir de dire la vérité». Rien dans les motifs ne donne à entendre que le juge Robins ait mal interprété les exigences que prescrivaient les dispositions précédentes.

À mon sens, cet énoncé établit correctement la nature de l'enquête prévue à l'art. 16 de la Loi dans sa forme antérieure. Comme la réforme législative a été conçue en partie pour faciliter la réception du témoignage d'enfants, il est peu probable que le Parlement ait eu l'intention de rendre les nouvelles dispositions encore plus strictes. Il est plus vraisemblable qu'il ait souhaité que le critère consiste uniquement en ce que les mots indiquent: la capacité de communiquer. Cette interprétation traduit effectivement la recommandation fondamentale du rapport Badgley de même que la tendance plus générale en matière de présentation de la preuve, qui consiste à éliminer les barrières à la réception et à l'utilisation des témoignages.

Il est également raisonnable de présumer que le Parlement était conscient des exigences de la common law et des décisions comme l'arrêt *Khan*, dans lequel l'«intelligence suffisante» a été interprétée comme étant une simple capacité de communiquer. Si le Parlement avait eu l'intention, comme ma collègue le laisse entendre, de revenir au critère de common law qui s'appliquait avant l'adoption de l'ancien art. 16 de la Loi, on s'attendrait à ce qu'il soit rédigé clairement en ce sens. C'est ici que je me démarque de ma collègue. À mon avis, son interprétation du critère de l'art. 16 non seulement excède le libellé clair de la Loi, mais va également à l'encontre de son esprit et de son objet.

The common law rules rest on the presumption that the evidence of certain classes of witnesses is inherently unreliable. To require, as my colleague does, an inquiry into perception and recollection under s. 16 of the Act is to implicitly import the presumption of unreliability back into children's evidence, the very notion which this Court has previously stated that Parliament revoked in its reforms to s. 16 (*R. v. W. (R.)*, *supra*).

Under s. 16, once the child's ability to communicate, understood as the ability to respond to questions, has been established, any limitations because of deficiencies in recollection or perception go to weight rather than admissibility. The basic ability of a child to recollect past events may often be apparent from the inquiry into the child's ability to communicate in any event. As a practical matter, if a child has no ability whatsoever to recollect past events, counsel would most likely refrain from having the child testify for the obvious reason that nothing relevant could be expected to emerge. However, the adequacy of a child's powers of perception and recollection, even if set at a low threshold, may be assessed differently by different judges. Limiting the inquiry to the ability to understand and respond to questions, as s. 16 of the Act prescribes, has the virtues of simplicity and ease of determination. This, in turn, will ensure consistency and predictability with regard to the admission of children's evidence. The rest may be left to the trier of fact.

In addition, one must not lose sight of the fact that s. 16 also governs the reception of evidence of other persons whose competence to testify is questioned. Section 16, thus, includes the evidence of those who are mentally challenged. It is perhaps in this context that it is easiest to illustrate the dangers of an interpretation which departs from the wording of the Act. There may be obvious limitations to the powers of perception and recollection among some persons whose competence is chal-

Les règles de common law reposent sur la présomption que le témoignage de certaines catégories de témoins est intrinsèquement peu fiable. Exiger, comme ma collègue le fait, la tenue d'une enquête sur la perception et le souvenir, en vertu de l'art. 16 de la Loi, revient implicitement à réintroduire la présomption de manque de fiabilité dans le témoignage d'enfants, notion que, comme notre Cour l'a antérieurement indiqué, le Parlement a abrogée dans sa réforme de l'art. 16 (*R. c. W. (R.)*, précité).

Dans le cadre de l'art. 16, une fois que la capacité de l'enfant de communiquer, soit sa capacité de répondre aux questions, est établie, toute restriction résultant de failles dans le souvenir ou la perception de l'enfant a une incidence sur le poids du témoignage et non sur son admissibilité. La capacité fondamentale d'un enfant de se souvenir d'événements passés peut de toute façon fréquemment ressortir de l'enquête sur sa capacité de communiquer. En pratique, si l'enfant est tout à fait incapable de se souvenir d'événements passés, l'avocat évitera vraisemblablement de faire témoigner l'enfant pour la simple raison qu'il y a peu de chance que des éléments pertinents en ressortent. Par contre, la capacité d'un enfant de percevoir et de se souvenir, même si elle est fixée à un seuil peu élevé, peut être appréciée différemment par différents juges. Une enquête limitée à la capacité de l'enfant de comprendre les questions et d'y répondre, comme le prescrit l'art. 16 de la Loi, offre l'avantage d'être simple et facile à trancher. Ces avantages garantiront à leur tour une certaine uniformité et prévisibilité dans l'admission des témoignages d'enfants. Le reste peut être laissé au juge des faits.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'art. 16 régit également la réception du témoignage d'autres personnes dont l'habilité à témoigner est mise en question. Ainsi, il s'applique au témoignage de ceux qui souffrent de déficiences mentales. C'est peut-être dans ce contexte qu'on peut le plus facilement illustrer les dangers d'une interprétation qui s'écarte du libellé de la Loi. Il peut exister des limites évidentes au pouvoir de percevoir et de se souvenir chez certaines personnes

lenged. One may erroneously conclude that, because of these limitations, the witness has nothing useful to disclose about the events at issue. However, it is well documented that handicapped persons suffer from a very high incidence of abuse. The exclusion of such evidence may often render prosecution impossible, with the consequence that abusers could continue to prey on such victims without fear of being called to account for their actions. If such cases are not to be removed from the triers of fact for lack of evidence, courts must refrain from interpreting statutory provisions in a manner that imposes additional barriers to the reception of such evidence, which is precisely what the Act aims to prevent. Consequently, the appellant's submission on this point must be rejected.

Warning Regarding the Child's Evidence

As to the further argument that the trial judge's charge to the jury about the dangers surrounding Debbie-Ann's evidence was inadequate, I share my colleague's opinion that the charge to the jury was adequately crafted to warn the jury of the frailties of Debbie-Ann's testimony and the danger of convicting on that basis alone. In her initial charge, the trial judge articulated the concerns of the defence, stating:

For the defence, Mr. Harris takes the position that you must look at the type of burn. You must regard the child's evidence with great caution and urges you, as indeed I do, to take a common sense approach.

She strengthened this warning in the recharge in the following terms:

You will understand that as a matter of common sense that to convict on the unconfirmed and unsworn evidence of a child witness is fraught with dangers and in that you must use your common sense and all the evidence before you.

In addition, the jury was warned that the child was unsworn and instructed that, because of her

dont l'habilité est mise en doute. On pourrait erronément conclure qu'en raison de ces limites, le témoin n'a rien d'utile à communiquer sur les événements en cause. Cependant, il est amplement démontré que les personnes handicapées sont fréquemment victimes de mauvais traitements. L'exclusion de leur témoignage risque souvent de rendre la poursuite impossible, ce qui permet aux agresseurs de continuer à s'attaquer à leur victime sans crainte d'avoir à répondre de leurs actes. Pour éviter que ce genre d'affaires ne soient soustraites à l'appréciation des juges des faits pour insuffisance de preuve, les tribunaux doivent se garder d'interpréter les dispositions législatives de manière à créer des obstacles supplémentaires à la réception de tels témoignages, situation que la Loi cherche précisément à éviter. La prétention de l'appelante sur cette question doit donc être rejetée.

Mise en garde à l'égard du témoignage de l'enfant

Quant à l'argument de l'appelante selon lequel l'exposé du juge du procès au jury sur les dangers entourant le témoignage de Debbie-Ann n'était pas suffisant, je partage l'opinion de ma collègue que l'exposé a été élaboré correctement de façon à mettre le jury en garde contre les faiblesses du témoignage de Debbie-Ann et les dangers de déclarer l'accusée coupable sur ce seul fondement. Dans son premier exposé, le juge du procès a énoncé ainsi les préoccupations exprimées par la défense:

[TRADUCTION] Pour la défense, M. Harris soutient que vous devez considérer la nature de la brûlure, que vous devez considérer le témoignage de l'enfant avec une grande prudence, et il vous demande, comme moi, de faire preuve de bon sens.

Elle a renforcé cette mise en garde de la façon suivante dans son deuxième exposé:

[TRADUCTION] Vous comprenez qu'il va de soi que déclarer coupable sur la foi du témoignage non corroboré et sans serment d'un témoin enfant comporte de nombreux dangers et qu'il faut recourir au bon sens et utiliser l'ensemble de la preuve qui vous a été présentée.

De plus, le juge a souligné dans ses directives aux jurés que l'enfant n'était pas assermentée et

prior inconsistent statement, they were entitled to discredit her testimony. I conclude on this entire point that no error can be found with respect to any aspect of the admission of the child's evidence in this case.

Expert Evidence

Four grounds must be addressed with respect to the admission of expert evidence: first, the admissibility of the testimony of experts outside the particular areas in which they were qualified; second, Dr. Mian's evidence of Debbie-Ann's "pseudo-mature" behaviour; third, whether the Crown's cross-examination of Dr. Mian regarding Debbie-Ann's prior inconsistent statement violated the rule against oath helping; and fourth, whether the cross-examination of Dr. Turrall was prejudicial to the appellant.

As to the first ground, I am in agreement with my colleague that the opinion evidence of Dr. Mian, Dr. Zuker and Dr. Campbell, while, in some instances, outside the specific areas in which each had been qualified, was properly admitted in this case. As I will discuss in more detail below, the function of an expert is to assist the trier of fact in drawing inferences about matters which lie beyond common experience. In the present case, each of the doctors whose evidence was challenged was engaged in medical work which allowed them to form clinical opinions about the causes of injuries, such as those of Debbie-Ann, which could be of use to the jury. As such, their evidence falls well within the criteria for the reception of expert evidence.

Turning to the second ground, in this case, Dr. Mian gave evidence that Debbie-Ann's "pseudo-mature" or unusually compliant behaviour was behaviour that she had observed among children living in an unsafe home environment. Despite the fact that Dr. Mian was qualified to give evidence about the characteristics of abused children, the appellant takes the position that this evidence was prejudicial because it amounted to evidence of the

qu'en raison de sa déclaration antérieure incompatible, ils pouvaient ne pas ajouter foi à son témoignage. Je conclus, sur ce point, qu'aucune erreur n'a été commise sur les différents aspects de l'admission du témoignage de l'enfant en l'espèce.

Témoignage d'expert

En ce qui concerne l'admission du témoignage d'expert, quatre éléments doivent être étudiés: premièrement, l'admissibilité du témoignage d'expert qui excède les domaines dans lesquels ce dernier est qualifié; deuxièmement, le témoignage du Dr Mian sur le comportement «pseudo-mature» de Debbie-Ann; troisièmement, la question de savoir si le contre-interrogatoire du Dr Mian par le ministère public sur la déclaration antérieure incompatible de Debbie-Ann a violé la règle interdisant le témoignage justificatif; et quatrièmement, la question de savoir si le contre-interrogatoire du Dr Turrall a causé un préjudice à l'appelante.

Quant au premier point, j'estime, comme ma collègue, que les témoignages d'opinion des Drs Mian, Zuker et Campbell, s'ils outrepassaient dans certains cas les domaines précis dans lesquels les médecins étaient qualifiés, ont été correctement admis en l'espèce. Comme je le commenterai plus amplement ci-après, la fonction d'un expert consiste à aider le juge des faits à tirer des conclusions à l'égard de questions qui débordent l'expérience ordinaire. Dans la présente affaire, tous les médecins dont le témoignage a été contesté travaillaient dans un domaine médical leur permettant de se former des opinions médicales sur les causes de blessures comme celle de Debbie-Ann, opinions de nature à être utiles au jury. À ce titre, leur témoignage répond tout à fait au critère de recevabilité du témoignage d'expert.

En ce qui concerne la deuxième question, le Dr Mian a témoigné qu'elle avait observé le comportement «pseudo-mature», ou anormalement docile de Debbie-Ann, chez des enfants qui vivaient dans un environnement familial à risques. En dépit du fait que le Dr Mian était qualifiée pour témoigner sur les caractéristiques des enfants maltraités, l'appelante soutient que ce témoignage lui a causé préjudice parce qu'il équivalait à une preuve de mau-

appellant's bad character in the guise of expert opinion. The appellant argues that it should not have been admitted or, in the alternative, that the trial judge should have instructed the jury to disregard such evidence. McLachlin J. has concluded that this was evidence of bad character or similar acts which could serve no purpose except to suggest that the appellant had systematically abused the child. I disagree.

The determination of this issue requires an examination of the principles surrounding the admission of expert evidence. The general rule with regard to expert evidence can be stated quite simply. As Wilson J. summarized the law in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 889:

Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person.

See also *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415; Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 536-37. Expert evidence is permitted as an exception to the usual rule excluding opinion evidence in recognition of the fact that the average person, even if given information, may not possess the necessary knowledge in some cases to assess its significance or draw the correct inferences in a particular context (*R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42).

In the present case, Dr. Mian was qualified as an expert in child abuse. That is to say, one of her primary functions as an expert was to inform the jury about the nature of child abuse and those aspects of it, in particular, which would normally lie outside the area of common or generally held knowledge. As this Court recognized in *R. v. Lavallee*, *supra*, such information may be particularly important where behavioural characteristics run counter to our intuitive notions of what constitutes "normal" human responses in certain situations. The logic beneath this is readily apparent: if the trial process is a search for the truth, then misplaced assumptions about human behaviour which

vais caractère par le truchement d'une opinion d'expert. L'appelante soutient que le témoignage n'aurait pas dû être admis ou, subsidiairement, que le juge du procès aurait dû ordonner au jury de ne pas en tenir compte. Le juge McLachlin a conclu qu'il s'agissait d'une preuve de mauvais caractère ou d'actes similaires qui ne pourrait servir aucune fin si ce n'est de laisser entendre que l'appelante avait systématiquement maltraité l'enfant. Je ne suis pas d'accord.

Pour trancher cette question, il est nécessaire d'examiner les principes qui sous-tendent l'admission du témoignage d'expert. La règle générale en cette matière s'énonce très simplement. Le juge Wilson a résumé le droit dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 889:

Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.

Voir également *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415; Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 536 et 537. Le témoignage d'expert est permis à titre d'exception à la règle générale excluant les témoignages d'opinion. On reconnaît ainsi que, même si elle reçoit l'information, la personne ordinaire peut ne pas posséder la connaissance nécessaire dans certains cas pour apprécier l'importance de l'information ou pour tirer des inférences justes dans un contexte particulier (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42).

En l'espèce, le Dr Mian était reconnue comme expert en enfance maltraitée. Cela signifie que l'une de ses principales fonctions à titre d'expert consistait à renseigner le jury sur la nature des mauvais traitements infligés aux enfants et sur leurs aspects, en particulier sur ceux qui dépasseraient normalement la connaissance ordinaire ou habituelle. Comme notre Cour l'a reconnu dans *R. c. Lavallee*, précité, de tels renseignements peuvent être particulièrement importants lorsque des caractéristiques du comportement ne correspondent pas à nos notions intuitives de ce qui constitue des réactions humaines «normales» à certaines situations. La logique qui sous-tend cela est évi-

drive the trier of fact to draw incorrect inferences from the evidence must be unmasked if this process is not to be subverted rather than furthered.

At no time did Dr. Mian state, as the appellant alleges, that Debbie-Ann's behaviour was indicative that she was living in an unsafe environment or was a victim of long-term abuse. Rather, Dr. Mian's testimony was couched in less absolute terms; she simply stated that she had seen such behaviour among abused children. But even if Dr. Mian had clearly stated that this was the conclusion that she drew from her assessment of Debbie-Ann, as an expert, it was an opinion she was entitled to put forward. Her observation was merely one piece of information, among many others which the jury could either admit or reject in the process of coming to its determination about what really happened to Debbie-Ann.

As to the alleged inferences from Dr. Mian's testimony of the appellant's bad character, Dr. Mian's evidence of pseudo-mature or passive behaviour related to the characteristics of Debbie-Ann, not to those of the appellant. Nor was the evidence adduced to demonstrate any propensity of the appellant to commit acts similar to the one at issue. Since Dr. Mian's opinion was confined to the responses of Debbie-Ann, it was incapable of doing so. The testimony did not implicate the appellant except in the inferential manner that much expert testimony, of necessity, corroborates the theory of either the Crown or the defence. If one were to adopt the view that such evidence must be categorized as going to the bad character of the accused, and hence excluded except where the accused has put his or her character in issue, then all evidence which relates to the responses of abused children would have to be routinely excluded at trial. This is not the law nor should it be.

Moreover, this Court has already made clear in *R. v. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), aff'd

dente: si le procès est une recherche de la vérité et si on veut faciliter, au lieu de fausser, ce processus de recherche, il faut faire la lumière sur les hypothèses inexactes relatives au comportement humain qui amènent le juge des faits à tirer de la preuve des conclusions erronées.

Le Dr Mian n'a jamais déclaré, comme l'appelante le soutient, que le comportement de Debbie-Ann indiquait qu'elle vivait dans un environnement à risques ou qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements. Le témoignage du Dr Mian était plutôt conçu en des termes moins absolus; elle a simplement indiqué qu'elle avait observé ce genre de comportement chez des enfants maltraités. Mais même si le Dr Mian avait clairement déclaré qu'elle tirait cette conclusion de son évaluation de Debbie-Ann, à titre d'expert elle était en droit d'exprimer une telle opinion. Son commentaire ne représentait qu'un élément d'information, parmi plusieurs autres, qu'il était loisible au jury d'admettre ou de rejeter pour déterminer ce qui était vraiment arrivé à Debbie-Ann.

Quant aux conclusions qu'on aurait tirées du témoignage du Dr Mian sur le mauvais caractère de l'appelante, le témoignage du Dr Mian sur le comportement pseudo-mature ou passif visait les caractéristiques de Debbie-Ann, et non celles de l'appelante. En outre, le témoignage ne visait pas à démontrer la propension de l'appelante à commettre des actes similaires à celui en cause et il ne pouvait pas le faire puisque l'opinion du Dr Mian se limitait aux réponses de Debbie-Ann. Le témoignage n'impliquait pas l'appelante, si ce n'est par déduction en ce que la plupart des témoignages d'experts corroborent nécessairement soit la théorie du ministère public soit celle de la défense. Affirmer qu'un tel témoignage doit être caractérisé comme preuve de mauvais caractère d'un accusé, et qu'il doit donc être exclu sauf dans les cas où l'accusé a mis son caractère en cause, reviendrait à dire que tous les témoignages relatifs aux réponses des enfants maltraités devraient être systématiquement exclus au procès. Tel n'est pas le droit, ni ne devrait l'être.

D'ailleurs, notre Cour a déjà précisé dans *R. c. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), conf. par R.

R. v. B. (G.), *supra*, at p. 55, that expert opinion explaining the psychological and physical impact of abuse on children is "well within the bounds of acceptable and admissible testimony". Wakeling J.A. for the Court of Appeal in that case reviewed the jurisprudence relating to expert opinion on the behaviour of abused children. Referring to the decision of Cory J.A., then of the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219, he concluded that evidence which supports a determination of credibility based on statistical probability is not admissible, as such evidence can serve no purpose except to bolster the credibility of the witness. (See also *R. v. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269 (Ont. C.A.), at p. 276). This conclusion is consistent with the reasoning in this Court's decision to exclude polygraph evidence in *Béland*, *supra*. However, Wakeling J.A. distinguished this type of evidence from the evidence found admissible by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193, as follows, at p. 149:

On the other hand, I see no objection to expert testimony which does nothing more, as was the case in *Beliveau*, than show that psychological and physical conditions which occurred were consistent with sexual abuse, a factor which might otherwise be nothing more than conjecture or speculation on the part of the judge or jury. The trial judge's conclusions are always at least twofold in nature, one requiring a determination of whether the offence occurred, and the second whether the accused was the perpetrator of the offence. If expert testimony is available to corroborate either of these conclusions, it should be accepted by the trial judge as a welcome assistance to what is always a difficult task, but is even more difficult when the incident involves reliance upon the evidence of children. [Emphasis added.]

My colleague concludes that, because there was no evidence of long-term abuse in the present case, the evidence of Dr. Mian could only go to the character of the appellant or similar fact evidence. I disagree. The fact that no long-term abuse was alleged does not, in my opinion, transform expert evidence on the characteristics of abused children into evidence of an accused's character. The pres-

c. B. (G.), précité, à la p. 55, que l'opinion d'expert qui explique les conséquences psychologiques et physiques de mauvais traitements sur des enfants s'inscrit «bien dans les limites d'un témoignage acceptable et admissible». Dans cette affaire, le juge Wakeling de la Cour d'appel avait passé en revue la jurisprudence traitant de l'opinion d'expert sur le comportement d'enfants maltraités. Renvoyant aux motifs du juge Cory, alors de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219, il a conclu que la preuve à l'appui d'une conclusion sur la crédibilité fondée sur des probabilités statistiques n'était pas admissible puisqu'elle ne pouvait servir qu'à étayer la crédibilité du témoin. (Voir également *R. c. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269 (C.A. Ont.), à la p. 276.) Cette conclusion rejoint le raisonnement qui soutient la décision de notre Cour d'exclure la preuve obtenue par détecteur de mensonges dans *Béland*, précité. Toutefois, le juge Wakeling a distingué, dans les termes suivants, cette forme de preuve de celle qui avait été déclarée admissible par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193, à la p. 149:

[TRADUCTION] D'autre part, je ne vois aucune objection au témoignage d'expert qui ne fait rien de plus, comme c'était le cas dans *Beliveau*, que démontrer que les conditions psychologiques et physiques remarquées sont compatibles avec une agression sexuelle, un facteur qui pourrait autrement être pure conjecture ou spéculation de la part du juge ou du jury. Les conclusions du juge du procès comportent toujours au moins deux volets, l'un obligeant ce dernier à déterminer si l'infraction a été commise, et le deuxième si l'accusé a commis l'infraction. Si un témoignage d'expert peut corroborer l'une de ces conclusions, il devrait être accepté par le juge du procès comme une aide précieuse à ce qui constitue toujours une tâche difficile, mais plus difficile encore lorsque l'incident oblige le juge à se fier au témoignage d'enfants. [Je souligne.]

Ma collègue conclut que, puisqu'en l'espèce il n'y avait aucune preuve de mauvais traitements infligés sur une longue période, le témoignage du Dr Mian devait être considéré comme une preuve du caractère de l'appelante ou une preuve de faits similaires. Je ne suis pas d'accord. Le fait qu'on n'ait pas allégué de mauvais traitements sur une longue période ne transforme pas, à mon avis, le

ence of abuse on that one occasion was the central issue of this case. The question was whether the abuse occurred at all, not how many times or over what period of time. On this basis, the relevance of expert testimony about child abuse was clearly established. (I would also point out that in *R. v. B. (G.)* only one incident of abuse was alleged.) Furthermore, the defence here made no objection to the introduction of this evidence but actively participated in exploring the basis of Dr. Mian's concerns. In my opinion, there can be no question that Dr. Mian's evidence concerning Debbie-Ann's reactions falls squarely within the legitimate function of an expert in assisting the trier of fact. Accordingly, the appellant's submission on this issue cannot stand.

The appellant further submits however, that, as issues of credibility are properly within the domain of the trier of fact, expert evidence which relates to the credibility of a witness offends the rule against oath helping. Therefore, Dr. Mian's opinion about the truth of Debbie-Ann's statement to her when admitted to the hospital, i.e., that she burnt herself with a lighter, was inadmissible. Alternatively, the appellant argues that the jury should have been instructed about the limited use they could make of such a statement.

My colleague has recommended that the three conditions set out by Professor A. Mewett in the editorial "Credibility and Consistency" (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386, be adopted in cases such as this: the court must require that the witness be an expert in the particular area of human conduct in question; the evidence must be of the sort that the jury needs because the problem is beyond their ordinary experience; and the jury must be carefully instructed as to its function and duty in making the final decision without being unduly influenced by

témoignage d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités en une preuve du caractère de l'accusée. La présente affaire portait principalement sur la question de l'existence de mauvais traitements à cette seule occasion. La question était de savoir si des mauvais traitements avaient été infligés, et non à combien de reprises ou pendant combien de temps. Pour ce motif, la pertinence du témoignage d'expert sur les mauvais traitements infligés aux enfants a été clairement établie. (Je soulignerais également que *R. c. B. (G.)* concernait un seul incident allégué de mauvais traitements). De plus, la défense en l'espèce n'a non seulement soulevé aucune objection à l'introduction de ce témoignage, mais a participé activement à l'examen du fondement des inquiétudes du Dr Mian. À mon avis, il n'y a pas de doute que le témoignage du Dr Mian sur les réactions de Debbie-Ann fait partie intégrante de la fonction légitime d'un expert, qui consiste à assister le juge des faits. En conséquence, la prétention de l'appelante sur cette question ne peut être accueillie.

Toutefois, l'appelante soutient aussi que, puisque les questions de crédibilité relèvent à juste titre du juge des faits, le témoignage d'expert relatif à la crédibilité d'un témoin va à l'encontre de la règle interdisant le témoignage justificatif. Par conséquent, l'opinion qu'a exprimée le Dr Mian sur la véracité de la déclaration que Debbie-Ann lui a faite à son admission à l'hôpital, c'est-à-dire qu'elle s'était brûlée avec un briquet, était inadmissible. Subsidiairement, toujours selon l'appelante, le jury aurait dû être instruit sur l'utilisation restreinte qu'il pouvait faire d'une telle déclaration.

Ma collègue a recommandé que les trois conditions énoncées par le professeur A. Mewett dans l'éditorial «Credibility and Consistency» (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 386, soient adoptées dans des cas comme celui-ci: le tribunal doit exiger que le témoin soit un expert dans le domaine précis du comportement humain en question; le témoignage doit être de ceux dont le jury a besoin parce que la question dépasse son expérience ordinaire; et le jury doit être soigneusement instruit quant à sa fonction et à son obligation de rendre la déci-

the expert nature of the evidence. I agree and find that they have been respected in this case. My colleague, however, goes on to conclude that Dr. Mian's evidence crossed the boundary of permissible expert opinion and usurped the function of the jury in determining the credibility of Debbie-Ann. Here I must disagree.

It is important here to set out the sequence of events that led to the comments that the appellant now claims are prejudicial. Although Dr. Mian was a Crown witness, the defence itself called Dr. Mian to testify as to Debbie-Ann's statement that she had burned herself while playing with a lighter since, by the time of the trial, the child herself could not recall having given such a statement. Given the introduction of the statement to undermine Debbie-Ann's credibility, the Crown, then, was entitled to call evidence to rehabilitate the witness's credibility.

At that point, on cross-examination, Dr. Mian testified that children who are abused will often, particularly close to the time of their admission to hospital, go along with the "official story" and give an explanation that the injury was caused by an accident. Later on, they will give a story in a more convincing manner that is more consistent with the injury. Dr. Mian explained several possible reasons for this behaviour. The initial denial may be related to the child's need to fall in with the abuser to avoid further abuse. The child may have been overtly programmed by the caretaker or the child may simply sense that he or she should not tell what happened. In addition, it is often common for children to feel that they themselves have done something to bring on the abusive behaviour, and that, if they tell what has really happened, they will be in danger of more abuse from the person about whom the information is disclosed.

For the reasons which I have outlined above, this information was admissible as expert opinion relating to the characteristics of abused children. It was vitally important background which set the

sion finale sans être indûment influencé par la nature experte du témoignage. Je suis d'accord et je conclus que ces conditions ont été respectées en l'espèce. Toutefois, ma collègue conclut en outre que, par son témoignage, le Dr Mian a franchi la limite de l'opinion d'expert permise et a usurpé la fonction du jury de déterminer la crédibilité de Debbie-Ann. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

Il est important à cette étape-ci de décrire la série d'événements qui ont provoqué les commentaires qui, soutient maintenant l'appelante, lui sont préjudiciables. Bien que le Dr Mian ait été un témoin à charge, la défense elle-même l'a appelée à témoigner sur la déclaration de Debbie-Ann selon laquelle elle s'était brûlée en jouant avec un briquet puisque, au moment du procès, l'enfant elle-même ne pouvait se souvenir avoir fait une telle déclaration. Comme la déclaration a été introduite afin de miner la crédibilité de Debbie-Ann, le ministère public était alors en droit de produire une preuve visant à la rétablir.

À ce moment-là, lors du contre-interrogatoire, le Dr Mian a témoigné que des enfants maltraités, surtout peu après leur admission à l'hôpital, adoptent fréquemment la «version officielle» et expliquent que la blessure a été causée par un accident. Plus tard, ils offrent un récit plus convaincant et plus compatible avec la blessure. Le Dr Mian a énoncé plusieurs raisons pouvant justifier ce comportement. La négation initiale peut être liée au besoin de l'enfant d'adopter la version de l'agresseur afin d'éviter d'autres mauvais traitements. L'enfant peut avoir été ouvertement conditionné par la personne qui en prend en soin ou sent peut-être simplement qu'il ne devrait pas raconter ce qui s'est produit. En outre, il arrive fréquemment que les enfants pensent que c'est leur comportement qui a provoqué les mauvais traitements et que, s'ils racontent ce qui s'est réellement produit, ils risquent d'être maltraités par la personne à qui ils font part des événements.

Pour les motifs que j'ai déjà exposés, cette information était admissible à titre d'opinion d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités. Ces renseignements généraux de première impor-

context to understand Debbie-Ann's behaviour, including her prior inconsistent statement. It is information which illustrates why a child might initially after an incident of abuse recount a version of events which is at variance with what actually happened. In a sense it is information which can be compared to such well-recognized phenomena among victims of sexual abuse or domestic violence as recantation of the reported assaults and delay in reporting which also, if weighed without knowledge of the particular context in which they occur, reflect negatively on the credibility of the witness.

In my view, Dr. Mian's evidence bears no comparison with the polygraph evidence that this Court held should be excluded in *Béland, supra*, or the statistical evidence that children tend not to lie about abuse that was at issue in *Taylor, supra*. Dr. Mian's evidence was not tendered for the sole purpose of providing the jury with the answer to the question they had to decide. Rather, the information was tendered for the larger purpose of assisting the jury in understanding why a child might react in a certain way if he or she were abused. The jury, as trier of fact, was left with the ultimate assessment of the credibility of both of Debbie-Ann's statements.

Dr. Mian did not, at any point, state that she thought Debbie-Ann was lying, nor did she, contrary to my colleague's assertion, comment at all as to whether Debbie-Ann's contradictory statement at trial was true. She merely said that she was "suspicious", "surprised" and "concerned" about Debbie-Ann's initial response in the circumstances. In short, she stated that Debbie-Ann's reactions alerted her. She reported that Debbie-Ann was unusually cooperative, her conversation was extremely flat without affect, feeling or concern. When she proceeded to ask her if anyone had hurt her, Debbie-Ann shut her out, repeating "nobody, nobody". Moreover, Dr. Mian found the burn inconsistent with the story. She stated that,

tance établissaient le contexte permettant de comprendre le comportement de Debbie-Ann, y compris sa déclaration antérieure incompatible. Ils illustraient aussi la raison pour laquelle un enfant pourrait, après avoir été victime de mauvais traitements, donner une version des événements qui diffère de ce qui s'est réellement produit. Dans un sens, ces renseignements peuvent être comparés à des réactions bien reconnues chez les victimes d'agression sexuelle ou de violence familiale, comme la rétractation des agressions rapportées et le retard à les rapporter, des réactions qui, si elles sont appréciées sans connaissance du contexte particulier dans lequel elles sont survenues, ont également un effet négatif sur la crédibilité du témoin.

À mon avis, le témoignage du Dr Mian ne se compare aucunement à la preuve obtenue par détecteur de mensonges qui, selon notre Cour dans *Béland*, précité, devait être exclue, ni à la preuve fondée sur des statistiques indiquant que les enfants ont tendance à ne pas mentir au sujet de mauvais traitements, comme c'était le cas dans l'arrêt *Taylor*, précité. Le témoignage du Dr Mian n'a pas été présenté à la seule fin de fournir au jury la réponse à la question qu'il devait trancher. Les renseignements étaient offerts pour aider le jury à comprendre la raison pour laquelle un enfant pourrait réagir d'une certaine façon s'il était victime de mauvais traitements. C'est au jury, comme juge des faits, que revenait l'appréciation finale de la crédibilité des deux déclarations de Debbie-Ann.

Le Dr Mian n'a à aucun moment déclaré qu'elle estimait que Debbie-Ann mentait et, contrairement à l'affirmation de ma collègue, n'a fait aucun commentaire sur la véracité de la déclaration incompatible de Debbie-Ann au procès. Elle s'est contentée de dire qu'elle «doutait» et qu'elle «était surprise» et «inquiète» de la réponse initiale de Debbie-Ann dans les circonstances. Bref, elle a affirmé que les réactions de Debbie-Ann l'avaient intriguée. Elle a indiqué que Debbie-Ann était anormalement coopérative, que sa conversation était extrêmement terne, indifférente, sans émotion ni intérêt. Lorsqu'elle lui a demandé si quelqu'un lui avait fait mal, Debbie-Ann l'a interrompue, répétant [TRANSDUCTION] «personne, personne». En outre, le Dr

based on these reactions, even without the questions raised by the physical evidence of the burn, she would have been "somewhat . . . concerned if not suspicious".

Issues such as denial, protection of the abusing parent and untimely or incomplete disclosure, which are intimately related to questions of credibility, lie at the heart of child abuse. In fact, as they often form the core reactions to abuse, credibility will often be the very issue to be decided. The difficulty in this case arises because, not only was Dr. Mian an expert on child abuse, testifying about its general characteristics, but she was also Debbie-Ann's examining physician. This made it difficult, if not impossible, for her to avoid testifying in a manner that touched, however slightly, on Debbie-Ann's credibility. However, the relevance of her testimony does not lie in whether or not Dr. Mian thought Debbie-Ann was lying, but rather in her knowledge of the characteristics of abused children which led her to the conclusion that Debbie-Ann may not have been disclosing the truth about her injury.

The jury was explicitly instructed by the trial judge that it remained the sole judge as to the credibility of Debbie-Ann's statement. Moreover, the trial judge instructed the jury that they were entitled to draw an inference adverse to the Crown from Debbie-Ann's prior inconsistent statement:

The fact that a witness has on a prior occasion made a statement or statements that are contradictory to her evidence at this trial goes to the credibility or the truthfulness of a witness. The testimony of a witness may be discredited in whole or in part by showing that she previously made a statement which is inconsistent with her present testimony. . . . You are the sole judges as to whether there has been a contradiction of an earlier statement by the witness and the effect, if any, of such contradiction on the witness' credibility. [Emphasis added.]

Although I acknowledge that it was an error to instruct the jury that it was Dr. Mian's opinion that

Mian a conclu que la brûlure ne cadrait pas avec le récit. Selon elle, ces réactions, même en l'absence des questions soulevées par la preuve matérielle de la brûlure, auraient suscité chez elle [TRADUCTION] «une certaine inquiétude, sinon des soupçons».

Des phénomènes comme la dénégation, la protection du parent qui inflige les mauvais traitements et la divulgation inopportune ou incomplète, qui ont un lien très étroit avec la crédibilité, sont au cœur du problème de l'enfance maltraitée. En fait, comme ce sont fréquemment les réactions principales aux mauvais traitements, la véritable question à trancher aura souvent trait à la crédibilité. La difficulté, en l'espèce, tient à ce que le Dr Mian était non seulement un expert en enfance maltraitée qui témoignait sur ses caractéristiques générales, mais était également le médecin traitant de Debbie-Ann. Il lui était donc difficile, sinon impossible, dans son témoignage, de ne pas toucher, bien que légèrement, à la crédibilité de Debbie-Ann. Toutefois, la pertinence de son témoignage ne tient pas à ce qu'elle estimait ou non que Debbie-Ann mentait, mais plutôt à sa connaissance des caractéristiques des enfants maltraités, qui lui a permis de conclure qu'il était possible que Debbie-Ann n'ait pas révélé la vérité au sujet de sa blessure.

Le juge du procès a explicitement indiqué au jury qu'il demeurerait le seul juge de la crédibilité de la déclaration de Debbie-Ann, et qu'il pouvait tirer de sa déclaration antérieure incompatible une conclusion contraire à celle du ministère public:

[TRADUCTION] Le fait qu'un témoin a antérieurement fait une déclaration ou des déclarations qui contredisent son témoignage au procès affecte sa crédibilité ou sa sincérité. La déposition du témoin peut être discréditée en tout ou en partie s'il est démontré que le témoin a antérieurement fait une déclaration incompatible avec son présent témoignage [. . .] Vous êtes seuls juges pour déterminer si le témoin a contredit une déclaration antérieure et l'effet, le cas échéant, d'une telle contradiction sur sa crédibilité. [Je souligne.]

Même si je reconnais que c'était une erreur de dire au jury que le Dr Mian était d'avis que

Debbie-Ann was an abused child, since Dr. Mian did not in fact make such a statement, this error must be considered in light of the entire charge to the jury and the specific direction the trial judge gave to the jury not to decide the case in terms of child abuse but to focus on the assault under consideration. The trial judge, after commenting on the increased visibility of child abuse in the community as a general phenomenon, clearly reminded the jury about the real question they had to decide:

Now, having said that about child abuse, it is a very inflammatory subject and term; I caution you that you must consider your verdict in terms of the application of intentional force rather than child abuse.

Furthermore, the defence did not object to the trial judge's characterization of Dr. Mian's opinion, despite objections to several other aspects of the charge to the jury, including the weight to be given to the testimony of experts outside the narrow confines of their expertise. This suggests that the defence at that time was not concerned about any prejudice which might result from such a directive. This is hardly surprising, in my view, in light of the theories both the Crown and defence advocated at trial. Both the Crown and the defence pointed out that there was no suggestion that Debbie-Ann had been abused on more than the occasion in question. No theory of long-term abuse was propounded by either side and, in my view, the jury clearly understood that this was not the issue before them. As the trial judge pointed out:

The fact is, I believe, that there is evidence before you to suggest this may well, if indeed it occurred as the Crown says, have been an isolated incident. The child was otherwise well nourished, well cared for, clearly loved by Mrs. Marquard, and indeed the child said, I believe, that she loved her nanna and wanted to see her again. That is quite apart from the issue that you must decide.

Considering the totality of the charge to the jury, as one must, in my view the jury cannot have been

Debbie-Ann était maltraitée puisque, en réalité, le médecin n'a pas fait une telle déclaration, cette erreur doit être considérée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et de la directive spécifiquement donnée par le juge du procès au jury de ne pas trancher l'affaire sur le plan des mauvais traitements, mais de se concentrer sur les voies de fait en cause. Après avoir commenté le phénomène général de la visibilité accrue de l'enfance maltraitée dans la société, le juge du procès a expressément rappelé au jury la véritable question qu'il devait trancher:

[TRADUCTION] Toujours en ce qui concerne l'enfance maltraitée, il s'agit d'un sujet et d'un terme très controversés; je vous demande de veiller à considérer votre verdict sous l'angle de l'utilisation de la force intentionnelle plutôt que des mauvais traitements.

Par ailleurs, la défense ne s'est pas opposée à la qualification par le juge du procès de l'opinion du Dr Mian, alors qu'elle s'est opposée à plusieurs autres aspects de l'exposé au jury, notamment au poids à accorder aux témoignages d'experts qui dépassent les limites restreintes de leur expertise. Cela porte à croire qu'à ce moment-là, la défense ne craignait pas qu'un préjudice puisse résulter d'une telle directive. À mon avis, ce n'est guère surprenant étant donné les théories avancées au procès par le ministère public et la défense. Tous deux ont souligné qu'on ne suggérerait aucunement que Debbie-Ann avait été victime de mauvais traitements à une occasion autre que celle en question. Ni l'un ni l'autre n'ont avancé la thèse que des mauvais traitements avaient été infligés sur une longue période et, à mon avis, le jury a manifestement compris qu'il ne s'agissait pas de la question à trancher. Comme le juge du procès l'a souligné:

[TRADUCTION] Le fait est, à mon avis, que des éléments de preuve indiquent qu'il se peut très bien, si effectivement cela s'est produit comme le ministère public le dit, qu'il s'agisse d'un incident isolé. Madame Marquard nourrissait bien l'enfant, prenait bien soin d'elle, l'aimait et, en fait, l'enfant a dit, et je la crois, qu'elle aimait sa grand-maman et voulait la revoir. Cela n'a absolument rien à voir avec la question que vous devez trancher.

Considérant l'ensemble de l'exposé au jury, comme on doit le faire, j'estime que le jury ne peut

mistaken about the nature of the issue before them or their responsibility as triers of fact for the ultimate decision about the credibility of the witnesses in the case. This ground must accordingly fail.

Cross-examination of Dr. Turrall

The appellant advances two arguments relating to the cross-examination of Dr. Turrall. The first concerns the law governing the admission of learned treatises; the second relates to prejudice to the appellant by the admission of this evidence. My colleague finds that the evidence introduced during the cross-examination was both inadmissible and prejudicial and would order a new trial on this ground.

Dr. Turrall was qualified as an expert in child psychology. He was called by the defence for the purpose of establishing that children's memories at a young age are generally not as reliable as those of adults. Although no objection was taken at the time of the cross-examination and although the appellant did not object to the charge to the jury in relation to the cross-examination, the appellant now contends that the Crown improperly cross-examined Dr. Turrall by quoting extensively from studies with which he was unfamiliar concerning the memories of children. According to the appellant, one such study was particularly prejudicial because it contained opinions regarding the memory of one child whose experience of abuse was described in graphic detail.

The law with respect to the admission of learned treatises into evidence has not been greatly altered since *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (Alta. S.C.). *Anderson* requires that, in order for a learned treatise to be read into the body of evidence which the jury considers, it must first be adopted by the expert as authoritative. In this case, Dr. Turrall was unaware of the studies cited by the Crown, and of course, could not adopt them as authoritative.

There are a number of different views regarding the rules which should govern the admission of

s'être mépris sur la nature de la question qu'il devait trancher ou sur sa responsabilité, comme juge des faits, de rendre la décision finale sur la crédibilité des témoins dans l'affaire. Ce moyen doit donc être rejeté.

Contre-interrogatoire du Dr Turrall

L'appelante soumet deux arguments concernant le contre-interrogatoire du Dr Turrall. Le premier porte sur le droit relatif à la recevabilité de traités spécialisés, le deuxième sur le préjudice que l'appelante a subi en raison de l'admission de cette preuve. Ma collègue estime que la preuve introduite à l'occasion du contre-interrogatoire était à la fois irrecevable et préjudiciable, et elle serait d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour cette raison.

Le Dr Turrall était un expert en psychologie infantile. Il a été appelé par la défense afin d'établir qu'en général, les souvenirs des enfants en bas âge ne sont pas aussi fiables que ceux des adultes. Bien qu'elle n'ait soulevé aucune objection au moment du contre-interrogatoire et qu'elle ne soit pas opposée à l'exposé au jury relativement au contre-interrogatoire, l'appelante soutient maintenant que le ministère public a contre-interrogé irrégulièrement le Dr Turrall en citant longuement des études qu'il ne connaissait pas et qui portaient sur les souvenirs des enfants. Selon l'appelante, une de ces études était particulièrement préjudiciable puisqu'elle contenait des opinions sur les souvenirs d'un enfant dont l'expérience de mauvais traitements était décrite en termes explicites.

Le droit relatif à l'admission en preuve des traités scientifiques n'a pas été grandement modifié depuis *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (C.S. Alb.). Ce jugement exige que l'expert reconnaisse l'autorité du traité, avant que ce traité ne puisse être introduit en preuve au même titre que la preuve soumise au jury. En l'espèce, le Dr Turrall ne connaissait pas les études citées par le ministère public et, évidemment, ne pouvait les adopter comme faisant autorité.

Il existe nombre d'opinions divergentes sur les règles qui devraient gouverner l'admission de ces

learned treatises. *Anderson* embodies a particularly strict approach: if a witness is asked about a text and expresses ignorance of it or denies its authority, no further use can be made of it by reading extracts of it into evidence. However, if the witness admits its authority, then he may be asked to explain any apparent differences between its opinion and his own. See: Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada, supra*, at p. 562.

By contrast, in many American jurisdictions, learned treatises may be put to considerably broader use. Wigmore explains the rationale behind the rule as follows: much expert testimony consists of information obtained from such sources and there are sufficient guarantees of trustworthiness to justify equating a learned treatise with the live testimony of an expert witness (*Wigmore on Evidence* (Chadborn revision 1976), vol. 6, paras. 1690-92). The hearsay exception to learned treatises under Rule 803(18) of the *U.S. Federal Rules of Evidence* accordingly permits such material to be read into evidence as long as it is called to the attention of the expert on cross-examination and its authoritative nature is reliably established. This may be done by the admission of the witness himself, by other experts who testify during the trial, or by judicial notice (J. W. Strong, ed., *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, para. 321, at p. 351. See also: C. Goldman, "The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation" (1974), 24 *U.T.L.J.* 423).

I would be inclined to favour the American approach over *Anderson*, as it has the benefit of preventing the witness from foreclosing an inquiry into the depth or breadth of his or her knowledge by simply refusing to acknowledge a study. However, even if the law regarding the admission of learned treatises were not to be expanded in this way, while the examination in this case did not fall within the strict parameters of the rule in *Anderson*, no prejudice to the appellant arose from the

traités. L'arrêt *Anderson* adopte une position particulièrement stricte: si un témoin est interrogé sur un document et reconnaît son ignorance du document ou en nie l'autorité, aucune utilisation ne peut en être faite par l'introduction d'extraits dans la preuve. Toutefois, si le témoin reconnaît son autorité, il peut être requis d'expliquer toute différence apparente entre l'opinion véhiculée par le document et la sienne. Voir: Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada, op. cit.*, à la p. 562.

En revanche, dans plusieurs États américains, de tels traités peuvent être utilisés à des fins beaucoup plus larges. Wigmore explique la raison d'être de la règle comme suit: une grande partie des témoignages d'experts consiste en des renseignements obtenus à même ces sources, et il existe des garanties suffisantes de crédibilité qui permettent d'établir un parallèle entre les traités scientifiques et le témoignage de vive voix d'un témoin expert (*Wigmore on Evidence* (Chadborn revision 1976), vol. 6, par. 1690-92). L'exception à l'exclusion du ouï-dire qui s'applique à ce genre de traités en vertu de la règle 803(18) des *U.S. Federal Rules of Evidence* permet donc que ces documents soient admis en preuve pourvu qu'ils soient portés à l'attention de l'expert pendant le contre-interrogatoire et que leur autorité soit établie d'une manière fiable. Cela peut être fait par l'admission du témoin lui-même ou d'autres experts qui témoignent au procès, ou par connaissance d'office. (J. W. Strong, dir., *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 2, par. 321, à la p. 351. Voir également: C. Goldman, «The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation» (1974), 24 *U.T.L.J.* 423).

Je serais portée à préférer la position américaine à l'arrêt *Anderson*, puisqu'elle a l'avantage d'éviter que le témoin ne ferme la porte à la tenue d'un examen de l'étendue de ses connaissances par le simple refus de reconnaître une étude. Toutefois, même si le droit de la recevabilité des traités scientifiques n'était pas élargi de cette façon et en dépit du fait que l'enquête en l'espèce ne se situait pas dans les paramètres étroits de la règle énoncée dans *Anderson*, l'appelante n'a subi aucun préju-

cross-examination of Dr. Turrall considering the examination as a whole.

The defence called Dr. Turrall for the purposes of establishing that the memories of small children are unreliable after the passage of time. The cross-examination was designed to explore Dr. Turrall's admissions that his professional contact with young children was limited, that child abuse was not a focus of his practice and that Dr. Mian had considerably more expertise than he had in the area. In re-examination, counsel for the appellant attempted to challenge the scientific validity of the studies cited by the Crown and to establish that Dr. Turrall's unfamiliarity with this literature did not necessarily reflect any lack of expertise. In my opinion, the appellant cannot be heard now to complain that the cross-examination of her own expert was prejudicial simply because the Crown may have been successful in circumscribing the limits of his knowledge which thereby rendered his testimony less effective. This argument must be rejected.

As to the description in the literature cited to Dr. Turrall of the events surrounding the assault of a 3½-year-old girl used by the Crown to cross-examine Dr. Turrall, the appellant submits that it was so graphic as to be prejudicial. The focus of the cross-examination was the accuracy of children's memories. The purpose of the example was simply to provide a concrete illustration of the theory that young children may in fact recall and communicate with great accuracy and certainty traumatic events that occur to them. No link between the events in the example and those at issue in the trial was made by counsel for the Crown, nor did she comment on them except to ask Dr. Turrall if he was aware of the case. In my view, the mere description of the facts of that case is far from enough to establish a reversible error. It was a very minor incident in the whole trial with no consequence at all on the fairness of the trial.

dice en raison du contre-interrogatoire du Dr Turrall si l'on tient compte de l'ensemble de l'interrogatoire.

^a La défense a appelé le Dr Turrall pour établir que les souvenirs d'un jeune enfant ne sont pas fiables après un certain délai. Le contre-interrogatoire avait pour but d'examiner les admissions du ^b Dr Turrall selon lesquelles ses contacts professionnels avec les jeunes enfants étaient limités, que l'enfance maltraitée n'était pas l'essentiel de sa pratique et que le Dr Mian avait beaucoup plus ^c d'expertise que lui dans le domaine. Au cours du réinterrogatoire, l'avocat de l'appelante a tenté d'attaquer la validité scientifique des études citées par le ministère public et d'établir que l'ignorance du Dr Turrall de ces écrits ne traduisait pas nécessairement un manque d'expertise. À mon avis, ^d l'appelante ne peut maintenant se plaindre que le contre-interrogatoire de son propre expert lui a causé préjudice pour la simple raison que le ministère public a réussi à faire ressortir les limites de ses connaissances et à réduire ainsi l'efficacité de son témoignage. Cet argument doit être rejeté. ^e

Quant à la description, dans le texte cité au Dr Turrall, des circonstances de l'agression d'une fillette de trois ans et demi, que le ministère public a utilisée pour contre-interroger le Dr Turrall, l'appelante soutient qu'elle était explicite au point de lui causer préjudice. Le contre-interrogatoire portait ^f principalement sur l'exactitude des souvenirs des enfants. L'exemple visait seulement à fournir une illustration concrète de la théorie que les jeunes enfants peuvent en fait se rappeler et communiquer ^g avec beaucoup d'exactitude et de certitude des événements traumatisants qu'ils ont vécus. Le ministère public n'a établi aucun lien entre les événements décrits dans l'exemple et les événements dont il était question au procès et ses seuls commentaires à ce sujet se sont limités à demander au Dr Turrall s'il connaissait le cas. À mon avis, la simple description des faits de cette affaire est nettement insuffisante pour conclure à une erreur irréversible. Il s'agissait d'un incident très secondaire dans l'ensemble du procès, sans conséquence aucune sur l'équité de ce procès. ^h ⁱ ^j

Conclusion

I agree with the Court of Appeal that, while there may have been imperfections in the charge to the jury, there is nothing in this case to suggest that the trial was unfair or that there was a miscarriage of justice. The evidence as a whole discloses that the most striking feature of the trial concerned the nature of Debbie-Ann's burn. There is no question either that, if the jury accepted as they must have, those injuries were consistent with the child's evidence at trial, then a guilty verdict was ineluctable. There is no disagreement that all of the evidence relating to her physical injuries is well within the bounds of admissible expert opinion. The expert evidence regarding child abuse was properly admitted as it was relevant to the central issue in the case, whether her injuries were deliberately inflicted by the appellant. The jury heard all of the evidence, including the child's evidence. The judge's address to the jury, while not perfect, was fair and the verdict must stand.

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

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

Conclusion

Comme la Cour d'appel, j'estime que, bien qu'il ait pu y avoir des imperfections dans l'exposé du juge au jury, rien dans la présente affaire ne permet de croire que le procès a été inéquitable ou qu'un tort important en soit résulté pour l'accusé. La preuve dans son ensemble révèle que le point central du procès concernait la nature de la brûlure de Debbie-Ann. Il n'y a pas de doute également que, si le jury acceptait, comme il a dû le faire, que ces blessures étaient compatibles avec le témoignage de l'enfant au procès, un verdict de culpabilité était alors inévitable. Personne ne conteste que tous les témoignages relatifs aux blessures corporelles de l'enfant se situent à l'intérieur des limites de l'opinion d'expert admissible. La preuve d'expert relative aux mauvais traitements infligés aux enfants a été à bon droit admise puisqu'elle était pertinente quant à la question centrale de l'affaire, qui consistait à déterminer si les blessures avaient été infligées délibérément par l'appelante. Le jury a entendu tous les témoignages, dont celui de l'enfant. Les directives du juge au jury, bien qu'imparfaites, étaient justes, et le verdict doit être maintenu.

En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelante: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

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