

F.J.U. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

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

File No.: 24159.

1995: April 26; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Accused and complainant making separate statements containing similarities to police — Accused and complainant recanting at trial — Whether trial judge erred in inviting jury to compare complainant's prior inconsistent statement with accused's statement to police in determining if prosecution had established guilt.

The accused was arrested following a report that he had engaged in sexual activities with his 13-year-old daughter. In the course of being interviewed by the investigating officer, the daughter stated that her father had been having sexual intercourse with her on a regular basis since December 1987 and described various sexual activities. The last time her father had had sex with her was the previous night. The officer then questioned the accused. He admitted that he had had sex with his daughter many times, described the same sexual activities she had described, and stated that the most recent intercourse had been the previous night. The accused was charged with a number of sexual offences. His statement to the police was admitted as Crown evidence through the testimony of two officers. The Crown also called the complainant daughter as a witness. Although she admitted that she had made the allegations against the accused in her statement, the complainant asserted that the allegations of sexual assault were untrue. The accused also testified at trial. While he admitted having made an inculpatory statement to the police, he denied the truth of much of the statement's contents, including his admissions of having engaged in sexual activity with his daughter. The accused was convicted of one count of incest and two counts of sexual touching. The Court of Appeal, in a majority judgment, upheld the conviction.

F.J.U. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. U. (F.J.)

N° du greffe: 24159.

1995: 26 avril; 1995: 19 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations distinctes comportant des similitudes faites à la police par l'accusé et la plaignante — Rétractation de l'accusé et de la plaignante au procès — Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité?

L'accusé a été arrêté à la suite d'un rapport selon lequel il avait eu des activités sexuelles avec sa fille âgée de 13 ans. Lorsqu'elle a été interrogée par l'agent enquêteur, la fille a déclaré que son père avait régulièrement eu des rapports sexuels avec elle depuis décembre 1987 et elle a décrit diverses activités sexuelles. La dernière fois que son père avait eu des rapports sexuels avec elle, c'était la nuit précédente. Le policier a alors interrogé l'accusé, qui a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec sa fille bien des fois, a décrit les mêmes activités sexuelles que cette dernière et a dit que les plus récentes avaient eu lieu la nuit précédente. L'accusé a été inculqué de plusieurs infractions d'ordre sexuel. La déclaration qu'il a faite à la police a été admise comme preuve du ministère public au moyen du témoignage de deux policiers. La Couronne a également cité la fille plaignante comme témoin. Bien qu'elle ait reconnu avoir fait les allégations contre l'accusé dans sa déclaration, elle a affirmé que les allégations d'agression sexuelle n'étaient pas vraies. L'accusé a également témoigné au procès. Bien qu'il ait reconnu avoir fait une déclaration incriminante à la police, il a nié la véracité de la grande partie de cette déclaration, y compris ses aveux selon lesquels il avait eu des activités sexuelles avec sa fille. L'accusé a été déclaré coupable relativement à un chef d'accusation d'inceste et à deux chefs

At issue in this appeal is whether the trial judge erred in inviting the jury to compare the complainant's unadopted prior inconsistent statement with the accused's unadopted statement to the police in determining if the prosecution had established guilt.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: The orthodox rule that prior inconsistent statements are not admissible for the truth of their contents is a particular instance of the rule against admitting hearsay. In recent years, however, this Court's decisions have established that the traditional inflexible approach to the hearsay rule and its exceptions is to be rejected in favour of an approach which allows evidence to be admitted and used substantively when it is shown to be reliable and necessary. Both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case. When the reliability and necessity criteria are met, prior inconsistent statements of witnesses other than the accused are substantively admissible, provided that they would have been admissible as the witness's sole testimony. The gravest danger associated with hearsay evidence, namely the absence of contemporaneous cross-examination, simply does not exist in the case of prior inconsistent statements because the witness is available for cross-examination. The other two dangers, absence of an oath and absence of demeanour evidence, can be met through appropriate police procedures and occasionally appropriate substitutes can be found. Finally, the prior statement is necessary evidence when a witness recants.

A threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity between two statements. In order to eliminate, or at least substantially reduce, the likelihood of a similarity between two statements arising through coincidence, the similar factual assertion must be so striking that it is highly unlikely two people would have independently fabricated it. In some cases, the necessary degree of similarity will result from the unique nature of particular factual assertions in both statements. In other situations it may be that the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the two statements suffi-

d'accusation d'attouchements sexuels. La Cour d'appel, dans un arrêt majoritaire, a confirmé la déclaration de culpabilité. Le point litigieux en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible rétractée de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police, et rétractée par la suite, pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont pas admissibles pour établir la véracité de leur contenu est un exemple particulier de la règle interdisant l'admission du oui-dire. Toutefois, ces dernières années, la jurisprudence de notre Cour a déterminé que la démarche traditionnelle inflexible relative à la règle du oui-dire et de ses exceptions doit être rejetée en faveur d'une démarche qui permettrait que des éléments de preuve soient admis et utilisés quant au fond lorsqu'il est démontré qu'ils sont fiables et nécessaires. On doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire. Lorsque les critères de la fiabilité et de la nécessité sont remplis, les déclarations antérieures incompatibles de témoins autres que l'accusé sont admissibles quant au fond, pourvu qu'elles soient admissibles comme unique témoignage du témoin. Le plus grave danger lié à la preuve par oui-dire, à savoir l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, n'existe simplement pas dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le témoin peut être contre-interrogé. Les deux autres dangers, à savoir l'absence de serment et l'absence de preuve touchant le comportement, peuvent être écartés au moyen de procédures policières appropriées, et on peut parfois trouver des substituts adéquats. En dernier lieu, la déclaration antérieure est une preuve nécessaire lorsqu'un témoin se rétracte.

L'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude frappante entre deux déclarations. Pour éliminer, ou au moins réduire considérablement, la probabilité d'une similitude entre deux déclarations née d'une coïncidence, l'affirmation factuelle semblable doit être si frappante qu'il est fort peu probable que deux personnes l'aient fabriquée de façon indépendante. Dans certains cas, le degré de similitude nécessaire découlera de la nature unique d'affirmations factuelles particulières figurant dans les deux déclarations. Dans d'autres cas, il se peut que la combinaison cumulative des points semblables rende la similitude

ciently distinctive to reject coincidence as a likely explanation.

After the calling party invokes s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and fulfils its requirements in the *voir dire* held under that section, the party must then state its objectives in tendering the statement. If the statement will only be used to impeach the witness, the inquiry ends at this point. If, however, the calling party wishes to make substantive use of the statement, the *voir dire* must continue so that the trial judge can assess whether a threshold of reliability has been met. The necessity criterion need not be assessed as it is met whenever a witness recants. If the reliability criterion is to be met, in rare cases, by the striking similarity between the statement being assessed and another statement which is already clearly substantively admissible, the trial judge must be satisfied on a balance of probabilities that there are striking similarities between the two statements, and that there was neither reason nor opportunity for the declarants to collude, nor improper influence by interrogators or other third parties. The trial judge must also ascertain that the prior statement relates evidence which would be admissible as the witness's sole testimony. If the trial judge determines that the statement meets the threshold reliability criterion and is thus substantively admissible, he or she must direct the trier of fact to follow a two-step process in evaluating the evidence. The trier of fact must first be certain that the statement which is being used as a reliability referent was made, without taking into account the prior inconsistent statement under consideration. Once the trier of fact is satisfied that the other statement was made, the trier of fact may compare the similarities between the two statements and, if they are sufficiently striking that it is unlikely that two people would have independently fabricated them, the trier of fact may draw conclusions from that comparison about the truth of the statements.

In this case, the recanting witness was cross-examined in detail about her reasons for changing her story at a preliminary inquiry, on a *voir dire* under s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and before the jury. She provided a comprehensive explanation for changing her story which could be assessed by both the trial judge and the jury and therefore eliminates the most important danger of hearsay evidence. The statements made by the accused and by his daughter contained both a significant number of similarities in detail and the strikingly similar assertion that the most recent sexual contact between the

globale entre les deux déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme une explication possible.

Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et satisfait à ses exigences dans un *voir-dire* tenu conformément à cet article, elle doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la déclaration sera utilisée seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, l'enquête prend fin à ce stade. Si, toutefois, la partie qui a cité le témoin désire faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le *voir-dire* doit se poursuivre pour que le juge du procès puisse examiner si le seuil de fiabilité a été atteint. Le critère de la nécessité n'a pas à être examiné puisqu'il y a nécessité toutes les fois qu'un témoin se rétracte. S'il faut satisfaire au critère de la fiabilité, dans de rares cas, au moyen de la similitude frappante entre la déclaration examinée et une autre déclaration qui est déjà clairement admissible quant au fond, le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des similitudes frappantes entre les deux déclarations et qu'il n'existait aucune raison, aucune possibilité pour leurs auteurs d'agir de connivence, ni aucune influence induite de la part d'interrogateurs ou d'autres tiers. Le juge du procès doit également s'assurer que la déclaration antérieure rapporte la preuve qui serait admissible comme unique témoignage du témoin. Si le juge du procès détermine que la déclaration satisfait au critère du seuil de fiabilité et est donc admissible quant au fond, il doit donner au juge des faits la directive de suivre un processus à deux étapes dans l'évaluation de la preuve. Le juge des faits doit en premier lieu être certain que la déclaration qui est utilisée comme référence de fiabilité a été faite, sans tenir compte de la déclaration antérieure incompatible examinée. Une fois que le juge des faits est persuadé que l'autre déclaration a été faite, il peut comparer les similitudes entre les deux déclarations et, si elles sont si frappantes qu'il est peu probable que deux personnes puissent les avoir fabriquées, il peut tirer de cette comparaison des conclusions sur la véracité des déclarations.

En l'espèce, le témoin qui se rétracte a été contre-interrogé en détail sur les raisons pour lesquelles elle a modifié son histoire à une enquête préliminaire, à l'occasion d'un *voir-dire* sous le régime de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et devant le jury. Elle a donné une explication détaillée de la modification de son histoire qui pouvait être évaluée tant par le juge du procès que par le jury, ce qui élimine donc le danger le plus important de la preuve par ouï-dire. Les déclarations faites par l'accusé et sa fille contenaient à la fois un grand nombre de similitudes dans les détails et l'affir-

two had been the previous evening. As a *voir dire* was also held with regard to the accused's statement, there was sufficient evidence presented to found a conclusion that the accused and his daughter had neither a reason nor an opportunity to collude, and that the accused was not improperly influenced by the police officers who took his statement. The complainant's statement was therefore substantively admissible at trial. The absence of correct jury instructions does not alter the outcome of this appeal as the statements are so strikingly similar that the jury would inevitably have been satisfied as to their reliability. The objection that the jury instructions left open the possibility that the daughter's statement would be used for the truth of its contents does not arise given the conclusion that the statement was substantively admissible.

Per L'Heureux-Dubé J.: The complainant's prior inconsistent statement was admissible for the purpose of comparison with the accused's confession, as found by Lamer C.J. The similarities between the two statements need not be "striking", however, before the jury can be permitted to use the prior inconsistent statement for such a purpose. So long as there are significant similarities between the two statements, as there clearly were in this case, a witness's prior inconsistent statement will be admissible for purposes of comparison with an accused's unadopted confession in order to assess the truth of that confession. As found by Lamer C.J., the trial judge adequately instructed the jury in this case concerning the use it could make of the complainant's prior inconsistent statement.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; **referred to:** *Mawaz Khan v. R.*, [1967] 1 All E.R. 80; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588.

mation, d'une similitude frappante, selon laquelle le contact sexuel le plus récent entre les deux avait eu lieu le soir précédent. Comme un voir-dire a également été tenu relativement à la déclaration de l'accusé, une preuve suffisante a été présentée pour conclure que l'accusé et sa fille n'avaient aucune raison ni aucune possibilité d'agir de connivence, et que l'accusé n'avait pas été abusivement influencé par les policiers qui ont recueilli sa déclaration. La déclaration de la plaignante était donc admissible comme preuve de fond au procès. L'absence de directive adéquate au jury ne modifie pas le résultat du présent pourvoi puisque les similitudes entre les déclarations sont si frappantes que le jury aurait inévitablement été convaincu de leur fiabilité. L'objection selon laquelle les directives au jury ont donné lieu à la possibilité que la déclaration de la fille soit utilisée pour établir la véracité de son contenu n'a pas sa raison d'être vu ma conclusion que la déclaration était admissible comme preuve de fond.

Le juge L'Heureux-Dubé: La déclaration antérieure incompatible de la plaignante était recevable à des fins de comparaison avec la confession de l'accusé, comme l'a conclu le juge en chef Lamer. Cependant, la similitude entre les deux déclarations n'a pas à être «frappante» avant que le jury puisse être autorisé à faire usage de la déclaration antérieure incompatible à cette fin. Du moment qu'il existe une similitude importante entre les deux déclarations, comme, de toute évidence, il y en a eu en l'espèce, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin sera recevable à des fins de comparaison avec la confession rétractée d'un accusé afin d'en évaluer la véracité. Comme l'a conclu le juge en chef Lamer, le juge du procès a donné des directives suffisantes au jury concernant l'usage que ce dernier pouvait faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; **arrêts mentionnés:** *Mawaz Khan c. R.*, [1967] 1 All E.R. 80; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9 [am. 1994, c. 44, s. 35].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 155 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 21], 159 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 5], 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
McCormick on Evidence, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378, dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual offences. Appeal dismissed.

Bruce Durno, for the appellant.

Renee M. Pomerance, for the respondent.

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

LAMER C.J. —

I. Introduction

¹ This appeal, which comes to this Court as of right based on a dissent in the Ontario Court of Appeal, raises a single issue: when is a witness's prior inconsistent statement substantively admissible? To resolve this issue, this Court must once again consider the hearsay rationale for the orthodox rule regarding prior inconsistent statements and what modifications to that rule are appropriate in light of our reform of the hearsay rule in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 155 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 21], 159 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 5], 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., n^o 8)].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9 [mod. 1994, ch. 44, art. 35].

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
McCormick on Evidence, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

Bruce Durno, pour l'appellant.

Renee M. Pomerance, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

Notre Cour est saisie du présent pourvoi qui est formé de plein droit compte tenu d'une opinion dissidente en la Cour d'appel de l'Ontario et qui soulève une seule question: quand la déclaration antérieure incompatible d'un témoin est-elle admissible comme preuve de fond? Pour trancher cette question, notre Cour doit encore une fois examiner le oui-dire comme fondement de la règle orthodoxe relative aux déclarations antérieures incompatibles et les modifications qu'il convient d'apporter à cette règle à la lumière de notre réforme de la règle du oui-dire dans les arrêts

S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

II. Statement of Facts

The appellant, F.J.U., emigrated from Peru to Canada in 1975, shortly after the birth of his daughter J.U. His daughter remained in Peru with her grandmother C.O.-V., the appellant's mother, until December 1987, when they both joined the appellant in Canada. The three shared a residence in Mississauga along with the appellant's brother until the spring of 1988, when C.O.-V. returned to Peru and the appellant and his daughter moved to Brampton. In September 1988, C.O.-V. returned to Canada, and from September 1988 to October 11, 1988 (the date of the appellant's arrest) she resided with the appellant and J.U. in Toronto.

On October 11, 1988, C.O.-V. reported to the police that the appellant had engaged in sexual activities with his daughter. The police went to the U.'s residence, in the company of a Spanish interpreter, and spoke to J.U. The appellant was arrested and taken to the police station. J.U. and her grandmother were taken to the police station in a separate car.

After arriving at the police station, J.U. was interviewed by Sergeant Hector Colantoni, the investigating officer. Her grandmother was present during the interview, as was Constable Tom Job, a Spanish-speaking officer who acted as an interpreter when J.U. had difficulty understanding Sergeant Colantoni's questions or responding to them in English. In the course of the interview, J.U. stated that her father had been having sexual intercourse with her on a regular basis since December 1987 when she came to Canada. She told the police that these incidents occurred more frequently after her grandmother had returned to Peru in April 1988, and that between this date and her grandmother's return to Canada in September 1988 her father had sex with her "almost every day". She declared that the sexual activity generally took place late at night in her bedroom. She

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

II. Les faits

L'appellant, F.J.U., a émigré du Pérou au Canada en 1975, peu après la naissance de sa fille J.U. Celle-ci est restée au Pérou avec sa grand-mère C.O.-V., la mère de l'appellant, jusqu'en décembre 1987, date à laquelle elles ont toutes deux rejoint l'appellant au Canada. Les trois ont partagé une résidence de Mississauga avec le frère de l'appellant jusqu'au printemps 1988, année où C.O.-V. est retournée au Pérou et où l'appellant et sa fille se sont installés à Brampton. En septembre 1988, C.O.-V. est revenue au Canada et, de septembre 1988 au 11 octobre 1988 (date de l'arrestation de l'appellant), elle a résidé avec l'appellant et J.U. à Toronto.

Le 11 octobre 1988, C.O.-V. a signalé à la police que l'appellant avait eu des activités sexuelles avec sa fille. La police s'est rendue à la résidence d'U., accompagnée d'un interprète espagnol, et a parlé à J.U. L'appellant a été arrêté et emmené au poste de police. J.U. et sa grand-mère y ont été emmenées dans une autre voiture.

Après son arrivée au poste de police, J.U. a été interrogée par le sergent Hector Colantoni, le policier enquêteur. Sa grand-mère était présente à l'interrogatoire, tout comme l'agent Tom Job, qui parlait espagnol et qui agissait comme interprète lorsque J.U. avait de la difficulté à comprendre les questions du sergent Colantoni ou à y répondre en anglais. Au cours de l'interrogatoire, J.U. a déclaré que son père avait régulièrement eu des rapports sexuels avec elle depuis décembre 1987, date à laquelle elle est venue au Canada. Elle a dit à la police que ces incidents étaient survenus plus fréquemment après que sa grand-mère fut retournée au Pérou en avril 1988, et que, entre cette date et le retour de celle-ci au Canada en septembre 1988, son père avait eu des rapports sexuels avec elle [TRADUCTION] «presque chaque jour». Elle a déclaré que les activités sexuelles avaient, en généré-

also indicated that on a few occasions the appellant had had her perform oral sex on him, and that on a few other occasions he had performed oral sex on her. In addition, she stated, the appellant "would have sex in my bum many times". The last time her father had had sex with her, she declared, was the previous night (October 10, 1988). J.U. also stated that the appellant had physically assaulted her on two separate occasions, the first time striking her with a length of wire, and the second time punching her in the face. At the appellant's trial, Sergeant Colantoni testified that he had attempted to tape his interview with J.U., but that the tape recorder had malfunctioned and nothing had been recorded. He stated that he had subsequently prepared a summary of J.U.'s anticipated evidence, based in part on notes he had made during the interview and in part on his memory.

ral, lieu la nuit dans sa chambre à coucher. Elle a également fait savoir que, à quelques occasions, l'appellant l'avait obligée à pratiquer la fellation sur lui et que, à d'autres occasions, il avait pratiqué le cunnilingus sur elle. Toujours selon elle, l'appellant [TRADUCTION] «[I]'a pénétrée souvent dans le derrière». La dernière fois que son père a eu des rapports sexuels avec elle, a-t-elle déclaré, c'était la nuit précédente (le 10 octobre 1988). J.U. a également déclaré que l'appellant l'avait physiquement agressée à deux occasions distinctes: la première fois, il l'avait frappée avec un bout de fil métallique, et la seconde fois, il lui avait donné des coups de poing à la figure. Au procès de l'appellant, le sergent Colantoni a témoigné qu'il avait tenté d'enregistrer son entretien avec J.U., mais que le magnétophone avait mal fonctionné et que rien n'avait été enregistré. Selon lui, il avait par la suite préparé un résumé du témoignage prévu de J.U., se fondant en partie sur les notes qu'il avait prises au cours de l'interrogatoire et en partie sur ce qu'il retenait.

5 After interviewing J.U., Sergeant Colantoni proceeded to question the appellant, accompanied by Constable Tony McKenzie. Sergeant Colantoni testified that he took notes and that the interview was not taped. According to Sergeant Colantoni's testimony, the appellant admitted that he had had sex with his daughter "many times", and also stated that she had performed oral sex on him "two or three times when we lived in Mississauga, but she didn't like it". He also declared that he had performed oral sex on her "once or twice". Sergeant Colantoni also testified that the appellant had further admitted to having had anal sex with J.U. "three or four times", stating that this had taken place most recently "last night" (i.e., October 10, 1988). The appellant also described two incidents in which he had physically assaulted his daughter, stating that on one occasion he had struck her with a wire-reinforced belt, and that on the second occasion he had slapped her in the face. The appellant refused, however, to make a written statement, and indicated that he would not sign anything.

Après avoir interrogé J.U., le sergent Colantoni a procédé à l'interrogatoire de l'appellant, accompagné de l'agent Tony McKenzie. Le sergent Colantoni a témoigné qu'il avait pris des notes et que l'interrogatoire n'avait pas été enregistré. Selon son témoignage, l'appellant a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec sa fille [TRADUCTION] «bien des fois», et a également déclaré que sa fille avait pratiqué la fellation sur lui [TRADUCTION] «deux ou trois fois lorsqu'ils viv[aient] à Mississauga, mais elle n'aimait pas cela». Il a également déclaré avoir pratiqué le cunnilingus sur elle [TRADUCTION] «une ou deux fois». Toujours selon le témoignage du sergent Colantoni, l'appellant avait en outre reconnu avoir eu des relations sexuelles anales avec J.U. [TRADUCTION] «trois ou quatre fois», disant que cela avait eu lieu très récemment, «la nuit dernière» (c.-à-d. le 10 octobre 1988). L'appellant a également fait état de deux incidents au cours desquels il avait physiquement agressé sa fille, disant qu'à une occasion il l'avait frappée avec une ceinture renforcée de fil métallique, et que, à la seconde occasion, il l'avait giflée. L'appellant a toutefois refusé de faire une déclaration écrite, et il a fait savoir qu'il ne signerait rien.

The appellant was charged with three counts of sexual interference (s. 151, of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46), one count of incest (s. 155) and one count of anal intercourse (s. 159). The terms of the indictment were particularized as follows:

Count 1: Touching the mouth of J.U. with his penis for a sexual purpose, between September 1 and October 10, 1988, in Toronto.

Count 2: Anal intercourse with J.U. on or about October 10, 1988, in Toronto.

Count 3: Incest with J.U. between September 1 and October 10, 1988, in Toronto.

Count 4: Touching the mouth of J.U. with his penis for a sexual purpose, between September 1, 1987 and August 31, 1988, in Toronto and Mississauga.

Count 5: Touching J.U.'s vagina with his mouth for a sexual purpose, between September 1, 1987 and August 31, 1988, in Toronto and Mississauga.

The appellant was tried in the Ontario Court of Justice (General Division) before a jury, with Allen J. presiding. His statement to the police, which Allen J. ruled had been made voluntarily and obtained in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was admitted as Crown evidence through the testimony of Sergeant Colantoni and Constable McKenzie. The Crown also called J.U. as a witness. Although she admitted that she had made the allegations against the appellant contained in the "will-say" statement that had been drafted by Sergeant Colantoni following his interview with her, J.U. asserted that the allegations of sexual assault were untrue. She maintained, however, that the allegations of non-sexual assault she had made in her statement were true. According to J.U.'s trial testimony, she had lied to the police at the behest of her grandmother, because she was concerned that her father was planning to send her back to Peru to live with her mother. She stated that her grandmother had

L'appelant a été accusé de trois chefs d'accusation de contacts sexuels (art. 151 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), d'un chef d'accusation d'inceste (art. 155) et d'un chef d'accusation de relations sexuelles anales (art. 159). Voici les détails de l'acte d'accusation:

Premier chef d'accusation: Attouchements à la bouche de J.U. avec son pénis pour des fins sexuelles, entre le 1^{er} septembre et le 10 octobre 1988, à Toronto.

Deuxième chef d'accusation: Relations sexuelles anales avec J.U. le 10 octobre 1988 ou vers cette date, à Toronto.

Troisième chef d'accusation: Inceste avec J.U. entre le 1^{er} septembre et le 10 octobre 1988, à Toronto.

Quatrième chef d'accusation: Attouchements à la bouche de J.U. avec son pénis pour des fins sexuelles, entre le 1^{er} septembre 1987 et le 31 août 1988, à Toronto et à Mississauga.

Cinquième chef d'accusation: Attouchements au vagin de J.U. avec sa bouche pour des fins sexuelles, entre le 1^{er} septembre 1987 et le 31 août 1988, à Toronto et à Mississauga.

L'appelant a été jugé devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale), devant un jury, alors que le juge Allen présidait le procès. La déclaration qu'il a faite à la police, et qui, selon le juge Allen, avait été faite et obtenue volontairement, conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été admise comme preuve du ministère public au moyen du témoignage du sergent Colantoni et de l'agent McKenzie. Le ministère public a également cité J.U. comme témoin. Bien qu'elle ait reconnu avoir fait les allégations contre l'appelant, qui figurent dans le [TRADUCTION] «projet de déclaration» rédigé par le sergent Colantoni par suite de son entretien avec elle, J.U. a affirmé que les allégations d'agression sexuelle n'étaient pas vraies. Elle a toutefois confirmé que les allégations d'agression à caractère non sexuel qu'elle avait faites dans sa déclaration étaient vraies. D'après le témoignage rendu par J.U. au procès, elle a menti à la police sur l'ordre de sa grand-mère, parce qu'elle se préoccupait de ce que

threatened to commit suicide if J.U. were taken away from her, and had given J.U. instructions about details of the false allegations of sexual misconduct she was to make.

son père envisageait de la renvoyer au Pérou pour vivre avec sa mère. Elle a déclaré que sa grand-mère avait menacé de se suicider si elle lui était enlevée et lui avait donné des instructions sur les détails des fausses allégations d'inconduite sexuelle qu'elle devait faire.

8 The appellant also testified at trial. While he admitted having made an inculpatory statement to the police, he denied the truth of much of the statement's contents. He testified that the conduct of the police during the interview had brought back memories of his imprisonment and torture by the Peruvian police, and that his resulting fear had led him to make a false confession. He believed that as long as he refused to sign anything his confession could not be used against him.

L'appellant a également témoigné au procès. Bien qu'il ait reconnu avoir fait à la police une déclaration incriminante, il a nié la véracité de la grande partie de cette déclaration. Il a témoigné que le comportement de la police au cours de l'interrogatoire avait ravivé ses souvenirs d'emprisonnement et de torture de la part de la police péruvienne, et que la crainte qui en découlait l'avait amené à faire une fausse confession. Il croyait que, du moment qu'il refusait de signer quoi que ce soit, on ne pouvait utiliser sa confession contre lui.

9 When cross-examined on his statement, the appellant denied having made several of the utterances attributed to him by Sergeant Colantoni and Constable McKenzie. In particular, he denied having told the officers that he had had anal intercourse with his daughter, or telling them that his sexual activity with J.U. was intended to "protect" her from having sex with other people. While he agreed that the remainder of the officers' testimony accurately reflected what he had said to them, he testified that none of his admissions of having engaged in sexual activity with his daughter were true. He confirmed, however, that the portion of his statement describing the two physical assaults on his daughter was true.

Contre-interrogé sur sa déclaration, l'appellant a nié avoir fait plusieurs des déclarations que lui attribuaient le sergent Colantoni et l'agent McKenzie. En particulier, il a nié avoir dit aux agents qu'il avait eu des relations sexuelles anales avec sa fille, ou leur avoir dit que ses activités sexuelles avec J.U. visaient à [TRADUCTION] la «protéger» afin qu'elle n'ait pas de relations sexuelles avec d'autres personnes. Il a reconnu que le reste du témoignage des agents reflétait exactement ce qu'il leur avait dit, mais il a témoigné qu'aucun de ses aveux selon lesquels il avait eu des activités sexuelles avec sa fille n'était vrai. Il a toutefois confirmé que la partie de sa déclaration qui décrivait les deux agressions physiques sur sa fille était vraie.

10 After deliberating for over nine hours, the jury returned a verdict of not guilty on counts 1 and 2 and guilty on counts 3, 4 and 5. The appellant was sentenced to a term of incarceration of two years less one day, and to a period of probation. The appellant's appeal of his conviction to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Houlden J.A. dissenting: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378.

Après avoir délibéré pendant plus de neuf heures, le jury a rendu un verdict de non-culpabilité sur les premier et deuxième chefs d'accusation et de culpabilité sur les troisième, quatrième et cinquième chefs d'accusation. L'appellant a été condamné à un emprisonnement de deux ans moins un jour et à une période de probation. L'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Houlden étant dissident: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378.

III. Judgments Below

Ontario Court of Justice (General Division)

In the course of charging the jury, Allen J. commenced his discussion of the evidence by making the following observations:

The evidence was relatively brief. It is for you to decide what that evidence establishes, proves to your satisfaction. You are faced with a situation where both [the appellant] and [J.U.] have made statements to the police or utterances to the police. Each of them in turn has for the most part acknowledged having made those utterances which the police officers have recited to you and which they have attributed to [the appellant] or to [J.U.] as the case may be, but now both [the appellant] and [J.U.] say that he or she, as the case may be, was not truthful when speaking with the police officers at the times and places indicated by the police officers.

Allen J. addressed the appellant's inculpatory statement as follows:

What [the appellant] told the police may in your discretion be used by you to establish his guilt on these charges or any one or more of them as you determine. He did testify before you that he did not tell the truth to the police officers when they interviewed him, and he has explained to you or told you his reasons for that absence of truth at that time. He said that that was based on his unfortunate experiences with the police authorities in Peru some several years ago. It is for you to weigh the testimony of the police officers as to [the appellant's] utterances and conduct when interviewed by them. Of course, you must also weigh [the appellant's] testimony before you as to those matters.

I have said it is for you to decide what the evidence was, but as I have understood [the appellant's] evidence, he acknowledges that he made most of the utterances attributed to him by the police, and he does deny having made some of the utterances which the police have recorded and have stated in their testimony to you. If you find that you are satisfied beyond a reasonable doubt that [the appellant] made an utterance to the police officers as they have testified, and if you are satisfied that that utterance was and is true, you will apply that utterance in your deliberations as to his guilt or innocence. If you find that the utterance he made to the police was not true, or if you have a reasonable doubt as

III. Les juridictions inférieures

La Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Dans ses directives au jury, le juge Allen a commencé son analyse des éléments de preuve en faisant les observations suivantes:

[TRADUCTION] La preuve était relativement brève. Il vous appartient de décider ce que cette preuve établit et prouve de façon satisfaisante selon vous. Vous vous trouvez devant une situation où [l'appelant] et [J.U.] ont tous les deux fait des déclarations à la police. Chacun d'eux a tout de suite, en grande partie, reconnu avoir fait les déclarations que les policiers vous ont relatées et qu'ils ont attribuées à [l'appelant] ou à [J.U.] selon le cas, mais [l'appelant] et [J.U.] disent maintenant que lui ou elle, selon le cas, n'a pas dit la vérité en parlant aux policiers aux heures et endroits indiqués par ceux-ci.

Le juge Allen a discuté de la déclaration incriminante de l'appelant en ces termes:

[TRADUCTION] Vous pouvez, à votre discrétion, utiliser ce que [l'appelant] a dit à la police pour établir sa culpabilité sur la base de ces accusations ou de l'une ou plusieurs d'entre elles, selon ce que vous déciderez. Il a effectivement témoigné devant vous qu'il n'avait pas dit la vérité aux policiers lorsqu'ils l'ont interrogé, et il vous a expliqué ou fait connaître les raisons pour lesquelles il n'a pas dit la vérité alors. Selon lui, cela était dû à ses expériences malheureuses avec les autorités policières péruviennes il y a plusieurs années. Il vous incombe de soupeser le témoignage des policiers sur les déclarations et le comportement [de l'appelant] lorsqu'ils l'ont interrogé. Bien entendu, vous devez également soupeser le témoignage rendu par [l'appelant] devant vous à cet égard.

J'ai dit qu'il vous appartenait de décider ce qu'était la preuve, mais, si j'ai bien saisi le témoignage de [l'appelant], il reconnaît avoir fait la plupart des déclarations que la police lui a attribuées, et il nie effectivement avoir fait certaines déclarations que les policiers ont enregistrées et exposées dans leur témoignage devant vous. Si vous trouvez que vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que [l'appelant] a fait une déclaration aux policiers selon le témoignage de ceux-ci, et si vous êtes persuadés que cette déclaration était et est véridique, vous en tiendrez compte dans vos délibérations pour établir sa culpabilité ou son innocence. Si vous trouvez que la déclaration qu'il a faite à la police

to it being true, you will not apply that particular utterance or alleged utterance to your deliberations.

Allen J. then addressed the issue of the appellant's and J.U.'s credibility:

Certainly the contradiction between [the appellant's] utterances to the police and his testimony before you can be applied by you in assessing his credibility as a witness before you. Similarly, you will consider the contradiction between [J.U.'s] utterances to the police and her testimony before you as you assess her credibility as a witness.

Allen J.'s subsequent instruction, advising a comparison between the two statements, led to the division in the Court of Appeal:

You might wish to review [J.U.'s] utterances to the police, those which she acknowledged she had made, and those which you find [the appellant] made to the police. You may find some similarity in details which may assist you in your deliberations. One that comes to my mind as I was reviewing my notes was with reference to the time of the last sexual or alleged sexual activity between the two of them. Each, on the basis of the police testimony, said that that occurred the night before the police interview with them. However, all of that sort of thing is in your domain, and it will be for you to review all of the evidence and look at it very carefully with the benefit of the twelve minds and memories being applied to it.

n'est pas véridique, ou si vous doutez raisonnablement qu'elle soit véridique, vous écarterez de vos délibérations cette déclaration particulière ou déclaration alléguée.

Le juge Allen a alors abordé la question de la crédibilité de l'appelant et de J.U.:

[TRADUCTION] Vous pouvez certainement tenir compte de la contradiction entre les déclarations faites par [l'appelant] à la police et le témoignage qu'il a rendu devant vous pour évaluer sa crédibilité en tant que témoin. De même, vous examinerez la contradiction entre les déclarations faites par [J.U.] à la police et le témoignage qu'elle a rendu devant vous pour évaluer sa crédibilité en tant que témoin.

La directive ultérieure du juge Allen, recommandant une comparaison entre les deux déclarations, a donné lieu à la division devant la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Vous voudrez peut-être examiner les déclarations faites par [J.U.] à la police, celles qu'elle a reconnu avoir faites, et celles que vous considérez avoir été faites par [l'appelant] à la police. Vous trouverez peut-être une certaine similitude dans les détails qui peut vous être utile dans vos délibérations. Alors que j'examinais mes notes, une déclaration m'est venue à l'esprit; elle se rapportait au moment de la dernière activité sexuelle ou activité sexuelle alléguée entre les deux. Chacun, selon le témoignage de la police, a dit que cette activité était survenue la nuit précédant le jour où la police les a interrogés. Néanmoins, tout cela est de votre domaine, et il vous incombera, en tant que jury de douze personnes, d'examiner toute la preuve et de l'étudier très soigneusement en concentrant votre esprit et votre mémoire sur celle-ci.

Après que le juge Allen eut terminé son exposé, l'avocat de l'appelant a soulevé plusieurs objections, dont une objection à la directive d'examiner les similitudes entre les déclarations rétractées de la plaignante et celles de l'appelant. Le juge du procès a toutefois choisi de ne pas rappeler le jury. Après avoir délibéré pendant plusieurs heures, le jury a fait la demande suivante:

[TRADUCTION] Nous voudrions voir une copie de la déclaration faite par [l'appelant] à la police. Nous voudrions également voir la déclaration faite par [J.U.] à la police. Quelles sont les parties de la déclaration de la police que l'appelant a nié avoir dites?

We would like to see a copy of [the appellant's] statement to police. We would also like to see [J.U.'s] statement to police. What parts of the police statement did [the appellant] deny he said?

Allen J. discussed the matter with counsel and decided to have the court reporter read back the relevant portions of the testimony of the two officers, J.U. and the appellant. Defence counsel observed that his concern that the jury would compare and contrast the statements in an impermissible fashion was coming to fruition.

Court of Appeal for Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541

(1) Osborne J.A. (Carthy J.A. concurring)

Osborne J.A. reviewed the trial judge's instructions on the use that could be made of the appellant's and J.U.'s prior statements, the objection of defence counsel and the question from the jury. He held that it was reasonable to conclude that the jury did compare the accused's admission and his daughter's prior inconsistent statement but continued (at p. 555):

I think that it is also reasonable to assume that the jury followed the trial judge's clear direction that the complainant's prior inconsistent statement could not be used as proof of the truth of the statement's contents. The critical question is whether, in the circumstances, the trial judge's instruction that the jury could compare the appellant's confession with the complainant's prior inconsistent statement resulted in an impermissible use being made of the complainant's statement.

Citing the decision of the Supreme Court of Canada in *B. (K.G.)*, *supra*, Osborne J.A. observed that "the rationale for the exclusion of a prior inconsistent statement as evidence of the truth of its contents is the rule against the admission of hearsay evidence" (p. 556). He noted, however, that prior inconsistent statements can be admitted both on the issue of the witness's credibility and when the fact that the statement is made is otherwise relevant. Osborne J.A. referred to the English decision in *Mawaz Khan v. R.*, [1967] 1 All E.R. 80 (P.C.), as an example of a case where the similarity of out-of-court statements was used to draw non-hearsay inferences about something other than

Le juge Allen a discuté de la question avec les avocats, et il a décidé de demander au sténographe judiciaire de relire les parties pertinentes du témoignage des deux policiers, de J.U. et de l'appelant. L'avocat de la défense a fait remarquer que sa crainte que le jury compare et mette en contraste les déclarations de façon inacceptable se concrétisait.

La Cour d'appel de l'Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541

1) Le juge Osborne (avec l'appui du juge Carthy)

Le juge Osborne a examiné les directives du juge du procès sur l'usage qui pouvait être fait des déclarations antérieures de l'appelant et de J.U., l'objection de l'avocat de la défense et la question posée par le jury. Il a statué qu'il était raisonnable de conclure que le jury avait effectivement comparé l'aveu de l'accusé et la déclaration antérieure incompatible de sa fille, mais il a ajouté (à la p. 555):

[TRADUCTION] J'estime qu'il est également raisonnable de présumer que le jury a suivi la directive claire du juge du procès selon laquelle la déclaration antérieure incompatible de la plaignante ne pouvait être utilisée comme preuve de la véracité du contenu de la déclaration. La question cruciale se pose de savoir si, dans les circonstances, la directive du juge du procès selon laquelle le jury pouvait comparer la confession de l'appelant avec la déclaration antérieure incompatible de la plaignante a donné lieu à une utilisation inacceptable de la déclaration de la plaignante.

Citant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *B. (K.G.)*, précité, le juge Osborne a fait remarquer que [TRADUCTION] «le fondement de l'exclusion d'une déclaration antérieure incompatible comme preuve de la véracité de son contenu est la règle interdisant l'admission de la preuve par ouï-dire» (p. 556). Il a toutefois noté que les déclarations antérieures incompatibles pouvaient être admises tant pour ce qui est de la crédibilité du témoin que lorsque le fait qu'il y ait déclaration est par ailleurs pertinent. Le juge Osborne a cité l'arrêt anglais *Mawaz Khan c. R.*, [1967] 1 All E.R. 80 (P.C.), pour illustrer l'exemple d'un cas où la similitude de déclarations extrajudiciaires a été utilisée pour

credibility. He distinguished the case of *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321, by noting that in that case the jury had been invited to use the statements of co-accused for their truth, not for the fact that they were made. Continuing, Osborne J.A. declared (at pp. 558-59):

The central question is did the fact that the complainant made her statement (which she admitted in her trial evidence she did make) constitute evidence which is capable of enhancing the likelihood that the appellant's confession was true, notwithstanding his denial of its truth at trial.

... Put another way, the fact that the complainant said what she did in her statement adds value to the appellant's confession to the police. The comparison which the jury was invited to make would test the coincidence which is evident from a consideration of the substance of both statements. This analysis does not depend on the truth of the complainant's statement but rather on the fact that she made it.

Osborne J.A. also acknowledged that the same thought process could support a finding that the complainant's statement was true, but held that this was a closed avenue of analysis under the hearsay rule.

14 Having earlier rejected the appellant's claim that his statement had been improperly admitted, Osborne J.A. dismissed the appeal.

(2) Houlden J.A. (dissenting)

15 Houlden J.A. dissented on the question of whether the jury should have been invited to compare the complainant's and appellant's unadopted statements for the purpose of assisting them in determining whether the appellant's statement was true. In his view, the most striking similarity between the two statements was the similar assertion that the most recent sexual activity between the appellant and J.U. had occurred on October 10. Observing that the complainant's unadopted statement would be admissible solely for assessing her credibility if the appellant had not also made a

tirer des conclusions, fondées sur une preuve ne constituant pas du oui-dire, sur autre chose que la crédibilité. Il a fait une distinction d'avec l'affaire *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321, en notant que, dans cette affaire, le jury avait été invité à utiliser les déclarations du coaccusé pour établir leur véracité, et non pour prouver qu'elles ont été faites. Le juge Osborne a ajouté (aux pp. 558 et 559):

[TRADUCTION] La principale question est de savoir si le fait qu'il y ait eu déclaration de la part de la plaignante (ce qu'elle a effectivement reconnu dans son témoignage au procès) constitue un élément de preuve qui soit capable de renforcer la probabilité que la confession de l'appelant soit véridique, bien qu'il en ait nié la véracité au procès.

... Autrement dit, le fait que la plaignante ait dit ce qu'elle a fait dans sa déclaration ajoute de la valeur à la confession faite par l'appelant à la police. La comparaison que le jury a été invité à faire permettrait de vérifier la coïncidence qui ressort d'un examen de l'essence des deux déclarations. Cette analyse dépend, non pas de la véracité de la déclaration de la plaignante, mais du fait qu'il y a eu déclaration de sa part.

Le juge Osborne a également reconnu que la même réflexion pouvait étayer la conclusion que la déclaration de la plaignante était véridique, mais il était d'avis que cette méthode d'analyse n'était pas permise dans le cadre de la règle du oui-dire.

Ayant auparavant rejeté la prétention de l'appelant selon laquelle sa déclaration avait été admise à tort, le juge Osborne a rejeté son appel.

2) Le juge Houlden (dissident)

Le juge Houlden différerait d'opinion sur la question de savoir si le jury aurait dû être invité à comparer les déclarations rétractées de la plaignante et de l'appelant aux fins de l'aider à déterminer si la déclaration de l'appelant était véridique. Selon lui, la similitude la plus frappante entre les deux déclarations était l'affirmation semblable selon laquelle l'activité sexuelle la plus récente entre l'appelant et J.U. était survenue le 10 octobre. Faisant remarquer que la déclaration rétractée de la plaignante serait admissible uniquement pour évaluer sa crédibilité si l'appelant n'avait pas également fait une

statement, Houlden J.A. asked (at p. 544): "Does the fact that the appellant gave a statement to the police and that that statement contains some details similar to those contained in the complainant's statement lead to a different result?" In his view, it did not. He held that the use of the statement sanctioned by the majority in effect means that the truth of the statement is being assessed. In his view, the majority opinion would constitute a shift in the law (at p. 544):

It is not at all uncommon, in my experience, for a prior statement of a witness, which is denied by the witness at the trial, to relate events that are similar to those contained in a confession by the accused. If the trial judge can charge a jury that they can use the assertions in the prior inconsistent statement that are similar to those contained in the confession, to prove the truth of what is contained in the confession, this constitutes a dramatic change in the law, and I know of no authority for it.

In Houlden J.A.'s view, juries would not be able to resist using the witness's unadopted statement for the truth of its contents.

Houlden J.A. also held that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could not be applied. He disagreed with Osborne J.A.'s view that the jury would have followed the trial judge's direction that they were not to use the complainant's statement for its truth. In his opinion (at p. 545):

Once the complainant's prior statement was used to prove the truth of what was contained in the appellant's statement, the jury were clearly using the statement to prove the truth of what was contained in the complainant's statement.

Houlden J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial.

déclaration, le juge Houlden a demandé (à la p. 544): [TRADUCTION] «Le fait qu'il y a eu une déclaration de l'appelant à la police et que celle-ci contient certains détails semblables à ceux figurant dans la déclaration de la plaignante conduit-il à un résultat différent?» Il ne le croit pas. Il a jugé que l'utilisation de la déclaration approuvée par la majorité signifie en fait que la véracité de la déclaration est évaluée. D'après lui, l'opinion majoritaire constituerait une modification de la règle applicable (à la p. 544):

[TRADUCTION] Selon mon expérience, il n'est pas du tout rare que la déclaration antérieure d'un témoin, que ce dernier nie au procès, relate des événements semblables à ceux figurant dans une confession faite par l'accusé. Si le juge du procès peut dire à un jury qu'il peut utiliser les affirmations dans la déclaration antérieure incompatible qui sont semblables à celles figurant dans une confession pour prouver la véracité de ce qui figure dans la confession, cela constitue une importante modification de la règle de droit, et je ne connais aucune jurisprudence ni aucune doctrine qui puisse étayer cette idée.

Selon le juge Houlden, les jurys ne pourraient résister à l'idée d'utiliser la déclaration rétractée pour déterminer la véracité de son contenu.

Le juge Houlden a également conclu que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne pouvait s'appliquer. Il n'est pas d'accord avec le point de vue du juge Osborne, qui dit que le jury aurait suivi la directive du juge du procès selon laquelle il ne devait pas utiliser la déclaration de la plaignante pour en prouver la véracité. Selon lui (à la p. 545):

[TRADUCTION] Une fois que la déclaration antérieure de la plaignante a été utilisée pour prouver la véracité de ce qui figurait dans la déclaration de l'appelant, le jury utilisait la déclaration, de toute évidence, pour prouver la véracité de ce qui figurait dans celle de la plaignante.

Le juge Houlden était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Grounds of Appeal

18

The appellant, who appeals as of right based on the dissent in the Court of Appeal, advances one ground of appeal, namely:

Did the Learned Trial Judge err in inviting the jury to compare the complainant's unadopted prior inconsistent statement with the Appellant's unadopted statement to the police in determining if the prosecution had established guilt?

V. Analysis

19

This case requires us to determine the permissible uses of a witness's prior inconsistent statement when the witness is not the accused and is available for cross-examination. This Court recently addressed the same issue, against a different factual background, in *B. (K.G.)*, *supra*. In a majority opinion in that case, the orthodox rule regarding permissible uses of prior inconsistent statements was modified to bring it in line with our approach to hearsay outlined in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*. To resolve the issue here, I will review that approach, as well as the specific rationale behind my decision in *B. (K.G.)*. That rationale is equally appropriate here, given the particular circumstances of the case.

A. *The Court's Approach to Hearsay*

20

Briefly stated, *Khan* and *Smith* announced this Court's commitment to ensure that the rule against the admission of hearsay as evidence would be sufficiently flexible to adapt to new situations. The hearsay rule and its rigidly formulated exceptions had become a sometimes illogical and frequently confusing series of pigeon-hole categories. *Khan* and *Smith* examined the principles underlying the hearsay rule to ensure that new developments in the evidentiary treatment of hearsay would reflect those tenets.

IV. Moyens d'appel

L'appellant, qui se pourvoit de plein droit compte tenu d'une opinion dissidente de la Cour d'appel, invoque le seul moyen que voici:

[TRADUCTION] Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible rétractée de la plaignante avec la déclaration faite par l'appellant à la police, et rétractée par la suite, pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité de ce dernier?

V. Analyse

Il nous incombe en l'espèce de déterminer les utilisations acceptables de la déclaration antérieure incompatible d'un témoin lorsque le témoin n'est pas l'accusé et qu'il peut être contre-interrogé. Notre Cour a récemment abordé la même question, dans un autre contexte factuel, dans *B. (K.G.)*, précité. Dans une opinion majoritaire dans cette affaire, la règle orthodoxe relative aux utilisations acceptables de déclarations antérieures incompatibles a été modifiée pour l'aligner sur notre démarche en matière de ouï-dire exposée dans *Khan* et *Smith*, précités. Pour trancher la question en l'espèce, j'examinerai cette démarche, ainsi que le raisonnement particulier suivi dans mes motifs de l'arrêt *B. (K.G.)*. Ce raisonnement est également approprié en l'espèce, étant donné ses circonstances particulières.

A. *La démarche de la Cour concernant le ouï-dire*

En bref, les arrêts *Khan* et *Smith* ont annoncé l'engagement de notre Cour de garantir que la règle interdisant l'admission du ouï-dire comme preuve soit suffisamment souple pour s'adapter aux nouvelles situations. La règle du ouï-dire et ses exceptions rigidelement formulées était devenue une série de catégories compartimentées, parfois illogique, qui créait souvent de la confusion. Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire ont été examinés pour veiller à ce que la nouvelle tendance dans le traitement réservé au ouï-dire par le droit de la preuve reflète ces principes.

Khan, a case addressing the admissibility of a young child's statement to her mother regarding a sexual assault, enunciated new criteria to be applied generally when considering whether to admit hearsay evidence: reliability and necessity (at p. 542). These criteria reflect the concerns that hearsay is not sufficiently reliable and its reliability cannot be tested, and the position that first-hand evidence is always preferable. McLachlin J. was careful to state that neither of these criteria is characterized by absolute parameters. As the goal of our modifications of the principles governing hearsay has been to end the rigid artifice of pigeon-hole exceptions, it is important that new criteria remain flexible. In *Khan*, McLachlin J. said that "[n]ecessity for these purposes must be interpreted as 'reasonably necessary'" (p. 546). She dealt with reliability as follows (at p. 547):

Many considerations such as timing, demeanour, the personality of the child, the intelligence and understanding of the child, and the absence of any reason to expect fabrication in the statement may be relevant on the issue of reliability. I would not wish to draw up a strict list of considerations for reliability, nor to suggest that certain categories of evidence (for example the evidence of young children on sexual encounters) should be always regarded as reliable.

In *Smith*, *supra*, writing for a unanimous Court, I confirmed that *Khan* had expressed the new broadly applicable approach to assessing the admissibility of hearsay evidence (at p. 932):

... *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a

L'arrêt *Khan*, qui porte sur l'admissibilité de la déclaration faite par un jeune enfant à sa mère concernant une agression sexuelle, a énoncé de nouveaux critères devant s'appliquer de manière générale lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'admettre la preuve par ouï-dire: la fiabilité et la nécessité (à la p. 542). Ces critères reflètent les préoccupations selon lesquelles le ouï-dire n'est pas suffisamment fiable et sa fiabilité ne peut être vérifiée, et la position qui considère que la preuve originale est toujours préférable. Le juge McLachlin a pris soin de dire que ni l'un ni l'autre de ces critères n'est caractérisé par des limites absolues. Puisque notre modification des principes régissant le ouï-dire vise à mettre fin à l'artifice rigide des exceptions compartimentées, il importe que les nouveaux critères demeurent souples. Dans l'arrêt *Khan*, le juge McLachlin a dit qu'«[à] ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire»» (p. 546). Elle a abordé en ces termes la question de la fiabilité (à la p. 547):

Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. Je ne voudrais pas établir une liste précise des considérations applicables à la fiabilité ni laisser entendre que certaines catégories de preuves (par exemple le témoignage de jeunes enfants en matière sexuelle) devraient être considérées comme dignes de foi.

Dans l'arrêt *Smith*, précité, au nom d'une Cour unanime, j'ai confirmé que l'arrêt *Khan* avait exprimé la nouvelle démarche généralement applicable de l'examen de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire (à la p. 932):

... l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du ouï-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'ex-

movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike.

My decision in *B. (K.G.)*, as well as this ruling, are applications of the *Khan* and *Smith* principles to the particular branch of the hearsay rule which traditionally prevented the substantive admission of witnesses' prior inconsistent statements.

B. *The Orthodox Rule Regarding Prior Inconsistent Statements*

22

This Court first adopted the rule that prior inconsistent statements are only admissible to impeach credibility in *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531. Rand J. expressed it thus (at pp. 537-38):

That such statements generally are limited to credibility and cannot be used as evidence of the truth of the facts to which they relate, is well established: *Rex v. Dibble* (1908), 1 Cr. A.R. 155, *Rex v. Harris* (1927), 20 Cr. A.R. 144, *Rex v. Francis & Barber*, [1929] 3 D.L.R. 593. It is quite true that it may be difficult to dissociate the matters of such statements from the facts brought before the jury by the witness and to nullify the influence they may have on the minds of the jurors in dealing with the evidence as a whole; but anything short of this would expose a person to a fabricated account of events, too dangerous to risk. But the whole field of cross-examination, in the discretion of the court, is opened and the matters of the statement can thus be brought within the test of the testimonial response of the witness. This might be taken as a reason for leaving all the facts, including the statement, to the consideration of a jury, but the long experience of the courts is against it.

As I emphasized in *B. (K.G.)*, the orthodox rule regarding prior inconsistent statements is a particular instance of the rule against admitting hearsay. Hearsay is inadmissible as evidence because its reliability cannot be tested.

In addition to impeaching credibility, under the orthodox rule a prior inconsistent statement can be

ceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions.

Ma décision dans *B. (K.G.)*, ainsi que la présente espèce, sont des applications des principes dégagés dans les arrêts *Khan* et *Smith* à la branche particulière de la règle du oui-dire, qui empêchait traditionnellement l'admission, quant au fond, des déclarations antérieures incompatibles des témoins.

B. *La règle orthodoxe relative aux déclarations antérieures incompatibles*

Notre Cour a adopté, pour la première fois, la règle selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont admissibles que pour attaquer la crédibilité dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531. Le juge Rand s'est exprimé en ces termes (aux pp. 537 et 538):

[TRADUCTION] Il est bien établi que la portée de ces déclarations est généralement limitée à la question de la crédibilité et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent: *Rex c. Dibble* (1908), 1 Cr. A.R. 155, *Rex c. Harris* (1927), 20 Cr. A.R. 144, *Rex c. Francis & Barber*, [1929] 3 D.L.R. 593. Il est tout à fait exact qu'il peut être difficile de dissocier le contenu de ces déclarations des faits soumis au jury par le témoin et d'effacer l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'esprit des jurés lorsqu'ils analysent l'ensemble de la preuve; mais toute autre règle exposerait une personne à un récit monté de toute pièce, ce qui est un trop grand risque. Cependant, le champ du contre-interrogatoire est ouvert, à la discrétion de la cour, et le contenu de la déclaration peut être passé au crible du témoignage. On pourrait penser qu'il y a là une raison suffisante de permettre au jury de disposer à son gré de tous les faits, y compris la déclaration, mais la pratique des tribunaux a démontré que cette solution n'en est pas une.

Comme je l'ai souligné dans *B. (K.G.)*, la règle orthodoxe relative aux déclarations antérieures incompatibles est un exemple particulier de la règle interdisant l'admission du oui-dire. Le oui-dire n'est pas admissible comme preuve parce que sa fiabilité ne peut être vérifiée.

Outre son usage pour attaquer la crédibilité, en application de la règle orthodoxe, une déclaration

23

used if the fact that it was made has some probative value in and of itself. This “non-hearsay” use of what would otherwise be hearsay was considered at length in *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653. In that case, statements made to witnesses that an individual had a pregnant dog and was in the chain-link fencing business were considered admissible. Whether the statements were true was irrelevant; the probative value came from the fact that the accused also had these characteristics. Sopinka J. stated (at pp. 662-63):

Quite apart from the truth of the contents, the statements have some probative value on the issue of identity. On the issue of identity, the fact that certain representations are made is probative as it narrows the identity of the declarant to the group of people who are in a position to make similar representations

. . . The statement has probative value without assuming the truth of the statement because the mere fact that it was made tells us something relevant about the declarant that connects him to the accused.

While *Evans* did not deal specifically with a prior inconsistent statement, the rule it enunciates applies to all statements which would be disallowed under the hearsay rule if tendered for the truth of their contents.

The Crown in this case did not assert that the daughter’s statement was admissible for the truth of its contents on the basis of the *B. (K.G.)* modification to the orthodox rule, which I will discuss below. Accordingly, the case was argued in this Court, as in the court below, under the orthodox rule. The Crown took the position that the trial judge’s instruction to the jury to compare the daughter’s statement to the accused’s did not require that the daughter’s statement be true. The fact that the daughter made a statement with certain striking similarities to her father’s admission was asserted to be probative on the issue of whether his statement was true, regardless of whether her statement was true. This reasoning was accepted by the majority of the Court of

antérieure incompatible peut être utilisée si le fait qu’il y a eu déclaration a une valeur probante en soi. Cette utilisation, «fondée sur une preuve ne constituant pas du oui-dire», de ce qui serait autrement du oui-dire a été longuement examinée dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653. Dans cette affaire, des déclarations faites à des témoins selon lesquelles un individu avait une chienne qui allait avoir des chiots et était installateur de clôtures ont été jugées admissibles. La question de savoir si ces déclarations étaient véridiques ou non n’était pas pertinente; la valeur probante provenait du fait que l’accusé avait également ces caractéristiques. Le juge Sopinka a dit (aux pp. 662 et 663):

En dehors de la véracité de leur contenu, elles ont une certaine valeur probante pour la question de l’identité. En effet, le fait que certaines déclarations sont faites est probant, car cela restreint l’identité de leur auteur au groupe de personnes qui peuvent faire des déclarations analogues . . .

. . . Cette déclaration a une valeur probante sans qu’il soit nécessaire de présumer la véracité de son contenu, car pour le simple motif qu’elle a été faite, elle révèle au sujet de son auteur un élément pertinent qui établit un lien entre celui-ci et l’accusé.

Certes, l’arrêt *Evans* ne portait pas expressément sur une déclaration antérieure incompatible, mais la règle qu’elle énonce s’applique à toutes les déclarations qui seraient rejetées en application de la règle du oui-dire si elles étaient produites pour établir la véracité de leur contenu.

En l’espèce, le ministère public n’a pas affirmé que la déclaration de la fille était admissible pour établir la véracité de son contenu compte tenu de la modification apportée par l’arrêt *B. (K.G.)* à la règle orthodoxe, ce dont je discuterai plus loin. En conséquence, c’est sous le régime de la règle orthodoxe que l’espèce a été débattue tant devant notre Cour que devant la Cour d’appel. Le ministère public a estimé que la directive que le juge du procès a donnée au jury de comparer la déclaration de la fille avec celle de l’accusé n’exigeait pas que la déclaration de la fille soit véridique. Le fait que la déclaration de la fille avait certaines similitudes frappantes avec l’aveu du père était considéré comme ayant une valeur probante à l’égard de la détermination de la véracité de la déclaration de ce

Appeal (*per* Osborne J.A.), which stated (at p. 559):

When the appellant's admissions to a significant degree mirror the allegations *made* by the complainant, as they did here, it seems to me to follow that the fact that the appellant's confession was as similar as it was to the complainant's allegations of sexual misconduct, is evidence which increases the likelihood that the appellant's confession was true. Put another way, the fact that the complainant said what she did in her statement adds value to the appellant's confession to the police. The comparison which the jury was invited to make would test the coincidence which is evident from a consideration of the substance of both statements. This analysis does not depend on the truth of the complainant's statement but rather on the fact that she made it.

I acknowledge that one could resort to the same thought process to support a finding that the complainant's statement was true. That, however, is a closed avenue of analysis as the complainant's statement is not admissible as proof of the truth of what she said in it. The hearsay rule forecloses that use of her prior inconsistent statement. [Emphasis in original.]

25

Under this reasoning, the prior inconsistent statement, which according to the hearsay rule cannot be relied upon for its truth, is used to bolster the inference that the accused's admission is true. However, with respect, it seems obvious that if the admission is true, the prior inconsistent statement must therefore also be true. In other words, it is impossible to undertake the chain of reasoning accepted by the majority in the court below without also inferring that the daughter's prior inconsistent statement is true. This was precisely the basis of Houlden J.A.'s dissenting opinion. He stated (at p. 544):

Osborne J.A., while acknowledging that the prior inconsistent statement of the complainant could not be used by the jury to prove the truth of its contents, is of the opinion that it could be used to prove the truth of what was contained in the appellant's statement. With respect, I do not agree. By using the statement in that

dernier, indépendamment de la question de savoir si la déclaration de la fille était véridique. Ce raisonnement a été accepté par la Cour d'appel à la majorité (le juge Osborne), qui a dit (à la p. 559):

[TRADUCTION] Lorsque les aveux de l'appellant reflètent, dans une large mesure, les allégations *faites* par la plaignante, comme c'est le cas en l'espèce, je crois qu'il faut comprendre que le fait que la confession de l'appellant était aussi semblable qu'elle l'était aux allégations d'inconduite sexuelle faites par la plaignante constitue une preuve qui renforce la probabilité que la confession de l'appellant soit véridique. Autrement dit, le fait que la plaignante ait dit ce qu'elle a fait dans sa déclaration ajoute de la valeur à la confession faite par l'appellant à la police. La comparaison que le jury a été invité à faire permettrait de vérifier la coïncidence qui ressort d'un examen de l'essence des deux déclarations. Cette analyse dépend, non pas de la véracité de la déclaration de la plaignante, mais du fait qu'il y a eu déclaration de sa part.

Je reconnais qu'on pourrait recourir à la même réflexion pour étayer la conclusion que la déclaration de la plaignante était véridique. Toutefois, cette analyse n'est pas permise puisque la déclaration de la plaignante n'est pas admissible comme preuve de la véracité de ce qu'elle y a dit. La règle du oui-dire interdit l'utilisation de sa déclaration antérieure incompatible. [En italique dans l'original.]

Selon ce raisonnement, la déclaration antérieure incompatible qui, en application de la règle du oui-dire, ne peut être invoquée pour en établir la véracité, est utilisée pour soutenir la conclusion que l'aveu de l'accusé est véridique. Toutefois, en toute déférence, il semble évident que, si l'aveu est véridique, la déclaration antérieure incompatible doit l'être également. Autrement dit, il est impossible d'accepter le raisonnement adopté par la majorité de la juridiction inférieure sans pour autant conclure que la déclaration antérieure incompatible de la fille est véridique. C'était précisément là le fondement de l'opinion dissidente du juge Houlden. Il a tenu les propos suivants (à la p. 544):

[TRADUCTION] Bien que le juge Osborne ait reconnu que la déclaration antérieure incompatible de la plaignante ne pouvait être utilisée par le jury pour prouver la véracité de son contenu, il estime qu'on pouvait s'en servir pour prouver la véracité de ce qui figurait dans la déclaration de l'appellant. Je me permets de ne pas être

fashion, the prior inconsistent statement of the complainant is, in effect, being used to prove the truth of what is contained in the complainant's statement.

Referring to the chain of reasoning which Osborne J.A. had suggested was permissible, he continued (at p. 544):

... when the members of the jury compare the two statements, I do not believe that they will be able to prevent themselves from travelling that prohibited avenue.

With respect to Osborne J.A., I am in agreement with Houlden J.A.'s assessment of the chain of reasoning proposed by the majority. The principle that a statement which would be hearsay if tendered for the truth of its contents is admissible for proof that it was made, provided that the fact it was made is probative, remains valid. Nonetheless, its application in this particular case is inappropriate because every scenario in which the daughter's prior inconsistent statement is probative leads necessarily to some inference about whether it is true.

Having reached this conclusion however, with respect, I am not prepared to agree with Houlden J.A.'s proposed resolution of the case. As I detailed in my judgment in *B. (K.G.)*, *supra*, the orthodox rule against the substantive use of prior inconsistent statements has been harshly criticized as unnecessarily rigid in light of the evidentiary dangers against which the hearsay rule aims to provide protection. Before discussing how I apply the rationale underlying *B. (K.G.)* to this case, I will briefly restate the essential points of that judgment to emphasize their continued importance.

C. The Rationale of the *R. v. B. (K.G.)* Decision

In my majority decision in *B. (K.G.)*, *supra*, I reviewed the history and development of the orthodox rule against substantive use of prior inconsistent statements, the hearsay rationale underlying the rule, and the gradual erosion of the rule. The objective of this review was to demonstrate the

d'accord. Si la déclaration est utilisée de cette façon, la déclaration antérieure incompatible de la plaignante est en fait utilisée pour prouver la véracité de ce qui y figure.

Faisant état du raisonnement qui, selon le juge Osborne, était acceptable, le juge Houlden a ajouté (à la p. 544):

[TRADUCTION] ... lorsque les membres du jury comparent les deux déclarations, je ne crois pas qu'ils puissent s'empêcher d'emprunter cette méthode interdite.

En toute déférence pour le juge Osborne, je suis d'accord avec l'évaluation faite par le juge Houlden du raisonnement proposé par la majorité. Qu'une déclaration qui serait du oui-dire si elle était produite pour établir la véracité de son contenu soit admissible pour prouver qu'elle a été faite, pourvu que le fait qu'il y a eu déclaration ait une valeur probante, demeure un principe valide. Toutefois, son application à l'espèce n'est pas appropriée, car chaque hypothèse où la déclaration antérieure incompatible de la fille a une valeur probante amène nécessairement à faire des déductions quant à sa véracité.

Ayant tiré cette conclusion, je ne suis pas, avec égards, disposé à trancher l'espèce de la façon proposée par le juge Houlden. Comme je l'ai exposé en détail dans mes motifs de l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, la règle orthodoxe interdisant l'utilisation, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles a été durement critiquée pour sa rigidité inutile compte tenu des dangers en matière de preuve que la règle du oui-dire vise à prévenir. Avant de discuter de la façon dont j'applique à l'espèce le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *B. (K.G.)*, je reformulerai brièvement les points essentiels de cet arrêt pour insister sur leur importance continue.

C. Le fondement de l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*

Dans mes motifs majoritaires de l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, j'ai examiné l'historique et l'évolution de la règle orthodoxe interdisant l'utilisation, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles, le oui-dire comme fondement de la règle et l'érosion graduelle de la règle. Cet examen

26

27

28

logic of reforming the orthodox rule to make our treatment of witnesses' prior inconsistent statements consistent with our rulings on hearsay in *Khan, supra*, and *Smith, supra*. These steps are equally important in my analysis here and I will, therefore, recapitulate the essential points. The orthodox rule is a particular branch of the hearsay rule because the dangers it aims to minimize are precisely those which the hearsay rule is aimed at: the absence of an oath; the inability of the trier of fact to assess the demeanour of the declarant as the statement is made; and the lack of contemporaneous cross-examination. Academic commentators have criticized the orthodox rule primarily on the basis that the risks associated with hearsay are ill-founded or non-existent when the recanting witness is on the stand.

visait à démontrer la logique de la réforme de la règle orthodoxe pour rendre le traitement que nous réservons aux déclarations antérieures incompatibles conforme à nos décisions sur le oui-dire dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Ces démarches sont également importantes en l'espèce, et je récapitulerai donc les points essentiels. La règle orthodoxe est une branche particulière de la règle du oui-dire parce que les dangers qu'elle cherche à minimiser sont ceux-là mêmes que la règle du oui-dire vise: l'absence de serment, l'impossibilité pour le juge des faits d'apprécier le comportement de l'auteur au moment où la déclaration est faite et l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire. Les commentateurs ont critiqué la règle orthodoxe principalement sur le fait que les risques associés au oui-dire sont mal fondés ou inexistants lorsque le témoin qui se rétracte est à la barre.

29

The orthodox rule that prior inconsistent statements are not admissible for the truth of their contents was first stated in *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143. Challenges to it, on the basis that when a witness is present to be cross-examined the trier of fact should be free to decide which version of their story is preferable, date at least from *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259. The rule was first adopted, unanimously, by this Court in *Deacon v. The King, supra*. The only hint of dissension respecting the orthodox rule in Canada was contained in the reasons of Estey J. in *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588. While Estey J. rejected the orthodox rule on the narrow basis of the proper interpretation of s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5), he reviewed the hearsay rationale of the rule and noted its weakness given that the declarant is on the stand available for cross-examination. Since *McInroy*, the orthodox rule was not challenged directly in this Court in any case prior to *B. (K.G.)*.

La règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont pas admissibles pour établir la véracité de leur contenu a pour la première fois été énoncée dans *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143. Les contestations de cette règle, pour le motif que lorsqu'un témoin est présent pour être contre-interrogé, il devrait être loisible au juge des faits de décider laquelle des versions du récit est préférable, remontent au moins à l'arrêt *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259. Cette règle a pour la première fois été adoptée à l'unanimité par notre Cour dans l'arrêt *Deacon c. The King*, précité. La seule allusion de discordance concernant la règle orthodoxe au Canada se trouve dans les motifs du juge Estey dans *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588. Bien que le juge Estey ait rejeté la règle orthodoxe pour le motif restreint de l'interprétation appropriée du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5), il a examiné le oui-dire comme fondement de la règle et a noté sa faiblesse étant donné que l'auteur de la déclaration est à la barre des témoins et peut être contre-interrogé. Depuis l'arrêt *McInroy*, la règle orthodoxe n'a été directement contestée devant notre Cour dans aucune affaire antérieure à *B. (K.G.)*.

In my view, the most serious of the hearsay dangers is the absence of contemporaneous cross-examination. In *B. (K.G.)* the central question to be answered was whether the absence of contemporaneous cross-examination was a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. I concluded that it was not. I also noted that law reformers on the bench, in legislatures, and on law reform commissions, have often sought to modify the orthodox rule. In particular, it has been abandoned in most jurisdictions in the United States.

In my analysis in *B. (K.G.)*, I next proceeded to construct a reformed rule concerning prior inconsistent statements based on the principles set down in *Khan, supra*, and *Smith, supra*. These cases established that the traditional inflexible approach to the hearsay rule and its exceptions, which relied on fitting different types of evidence into rigid categories or pigeon-holes, was to be rejected in favour of an approach which would allow evidence to be admitted and used substantively when it is shown to be reliable and necessary (at p. 783):

I am of the view that evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*. However, it is clear that the factors identified in those cases — reliability and necessity — must be adapted and refined in this particular context, given the particular problems raised by the nature of such statements.

I concluded that when the reliability and necessity criteria were met, prior inconsistent statements of witnesses other than the accused are substantively admissible, provided that they would have been admissible as the witness's sole testimony.

While the ultimate reliability of the statement and the weight to attach to it are to be determined

À mon avis, le plus grave danger du ouï-dire réside dans l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire. Dans *B. (K.G.)*, la principale question à laquelle il fallait répondre était de savoir si l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire était une raison suffisante pour que la déclaration soit exclue comme preuve de fond de l'examen par le jury. J'ai conclu que ce n'en était pas une. J'ai également noté que les réformateurs du droit, qu'ils soient dans la magistrature, dans les assemblées législatives ou dans les commissions de réforme du droit, ont souvent cherché à modifier la règle orthodoxe. En particulier, elle a été abandonnée dans les plupart des juridictions aux États-Unis.

Dans l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *B. (K.G.)*, j'ai procédé à l'élaboration d'une règle réformée concernant les déclarations antérieures incompatibles en tenant compte des principes dégagés dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Ces arrêts ont établi que la démarche traditionnelle inflexible relative à la règle du ouï-dire et de ses exceptions, qui reposait sur le classement de différents types de preuve dans des catégories rigides ou compartiments, devait être rejetée en faveur d'une démarche qui permettrait que des éléments de preuve soient admis et utilisés quant au fond lorsqu'il est démontré qu'ils sont fiables et nécessaires (à la p. 783):

Je suis d'avis que la preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après l'analyse fondée sur les principes élaborés dans les arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*. Toutefois, il est clair que les facteurs énoncés dans ces arrêts — fiabilité et nécessité — doivent être adaptés et raffinés dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations.

J'ai conclu que lorsque les critères de la fiabilité et de la nécessité étaient remplis, les déclarations antérieures incompatibles de témoins autres que l'accusé étaient admissibles quant au fond, pourvu qu'elles soient admissibles comme unique témoignage du témoin.

La fiabilité de la déclaration et le poids à y attacher doivent être en fin de compte déterminés par

by the trier of fact, the judge will always be required to make a threshold determination of reliability. I suggested that the best way to ensure reliability would be to ensure that the statement had been given under oath, solemn affirmation or solemn declaration, made after a warning that the witness would be amenable to prosecution for lying. However, I clearly stated (at p. 792):

... I do not wish to create technical categorical requirements duplicating those of the old approach to hearsay evidence. It follows from *Smith* that there may be situations in which the trial judge concludes that an appropriate substitute for the oath is established and that notwithstanding the absence of an oath the statement is reliable. Other circumstances may serve to impress upon the witness the importance of telling the truth, and in so doing provide a high degree of reliability to the statement. While these occasions may not be frequent, I do not foreclose the possibility that they might arise under the principled approach to hearsay evidence.

I continued by stating that the objection regarding inability to observe the witness making the prior statement is met when the earlier statement is videotaped in its entirety. I stated, however, that this requirement was not absolute and that "it may be possible that the testimony of an independent third party who observes the making of the statement in its entirety could, in exceptional circumstances, also provide the requisite reliability with respect to demeanour evidence" (p. 794). Finally, with regard to the most serious hearsay danger, the lack of contemporaneous cross-examination, I held that this was the most easily remedied of all dangers, given that the witness was on the stand at trial.

le juge des faits, mais le juge sera toujours tenu de faire une détermination préliminaire de la fiabilité. J'ai dit que la meilleure façon de garantir la fiabilité consisterait à s'assurer que la déclaration avait été faite sous serment ou par affirmation ou déclaration solennelles, après un avertissement que le témoin serait passible de poursuite s'il mentait. Toutefois, j'ai clairement déclaré (à la p. 792):

... je n'ai nullement l'intention de créer des exigences techniques par catégories, analogues à celles que comportait l'ancienne conception régissant la preuve par ouï-dire. Il découle de l'arrêt *Smith* que, dans certains cas, il est possible que le juge du procès conclue à l'existence d'un substitut suffisant au serment et à la fiabilité de la déclaration en dépit de l'absence d'un serment. Il peut arriver que d'autres circonstances fassent bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité et rendent ainsi la déclaration très fiable. Il peut s'agir de cas peu fréquents, mais je n'exclus pas la possibilité qu'ils puissent se produire sous le régime de l'analyse fondée sur des principes de la preuve par ouï-dire.

J'ai ajouté que l'objection relative à l'impossibilité d'observer le témoin qui a fait la déclaration antérieure est écartée lorsque la déclaration antérieure est enregistrée sur bande vidéo dans son intégralité. J'ai néanmoins dit que cette exigence n'était pas absolue et qu'«il se peut que le témoignage d'une personne indépendante qui observe le témoin pendant toute la durée de la déclaration puisse, dans des cas exceptionnels, assurer aussi la fiabilité requise quant à la preuve touchant le comportement» (p. 794). En dernier lieu, pour ce qui est du danger le plus grave du ouï-dire qu'est l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, j'ai conclu que, parmi tous les dangers, c'était celui auquel on pourrait le plus facilement remédier, étant donné que le témoin était à la barre au procès.

The above considerations, confronting the dangers associated with hearsay evidence, all contribute to ensuring the evidence is reliable. The second factor guiding admissibility of hearsay outlined in *Khan* and *Smith* is necessity. In the case of prior inconsistent statements, the evidence is considered

Les facteurs ci-dessus, devant les dangers liés à la preuve par ouï-dire, contribuent tous à garantir la fiabilité de la preuve. Le second facteur régissant l'admissibilité du ouï-dire exposé dans *Khan* et *Smith* est la nécessité. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, la preuve est con-

necessary because evidence of the same value could not otherwise be obtained.

In sum, I held in *B. (K.G.)* that the gravest danger associated with hearsay evidence simply does not exist in the case of prior inconsistent statements because the witness is available for cross-examination. The other two dangers, absence of an oath and absence of demeanour evidence, can be met through appropriate police procedures and occasionally appropriate substitutes can be found. Finally, the prior statement is necessary evidence when a witness recants. The trial judge must make a threshold assessment of reliability at a *voir dire*; however, the ultimate determinations of how reliable the prior inconsistent statement is and what weight it should have remain with the trier of fact.

Khan and Smith establish that hearsay evidence will be substantively admissible when it is necessary and sufficiently reliable. Those cases also state that both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis. My decision in *B. (K.G.)* is an application of those principles to a particular branch of the hearsay rule, the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements. The primary distinction between *B. (K.G.)*, on the one hand, and *Khan and Smith*, on the other, is that in *B. (K.G.)* the declarant is available for cross-examination. This fact alone goes part of the way to ensuring that the reliability criterion for admissibility is met. The case at bar differs from *B. (K.G.)* only in terms of available indicia of reliability. Necessity is met here in the same way it was met in *B. (K.G.)*: the prior statement is necessary because evidence of the same quality cannot be obtained at trial. For that reason, assessing the reliability of the prior inconsistent statement at issue here is determinative.

siderée nécessaire parce qu'on ne pourrait autrement obtenir une preuve de la même valeur.

En somme, j'ai conclu dans *B. (K.G.)* que le plus grave danger lié à la preuve par ouï-dire n'existe simplement pas dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le témoin peut être contre-interrogé. Les deux autres dangers, à savoir l'absence de serment et l'absence de preuve touchant le comportement, peuvent être écartés au moyen de procédures policières appropriées, et on peut parfois trouver des substituts adéquats. En dernier lieu, la déclaration antérieure est une preuve nécessaire lorsqu'un témoin se rétracte. Le juge du procès doit faire une évaluation préliminaire de la fiabilité à l'occasion d'un voir-dire; toutefois, les décisions finales sur le degré de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible et sur le poids qu'il convient d'y attacher relèvent du juge des faits.

Il ressort des arrêts *Khan* et *Smith* que la preuve par ouï-dire sera admissible quant au fond lorsqu'elle est nécessaire et suffisamment fiable. Il y est également dit qu'on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories. Ma décision dans *B. (K.G.)* est une application de ces principes à une branche particulière de la règle du ouï-dire, la règle interdisant l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La principale distinction entre l'arrêt *B. (K.G.)* d'une part, et les arrêts *Khan* et *Smith* d'autre part, réside dans le fait que, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, l'auteur de la déclaration peut être contre-interrogé. Ce seul fait contribue à l'assurance du respect du critère de l'admissibilité quant à la fiabilité. L'espèce diffère de l'arrêt *B. (K.G.)* seulement quant aux indices de fiabilité disponibles. Le critère de la nécessité est rempli en l'espèce de la même façon qu'il y est satisfait dans *B. (K.G.)*: la déclaration antérieure est nécessaire parce qu'une preuve de la même qualité ne peut être obtenue au procès. C'est pour cette raison qu'il est déterminant d'évaluer la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible en question en l'espèce.

34

35

D. *Assessing the Reliability of Prior Inconsistent Statements*

(1) The Reliability Risks

As I discussed at length in *B. (K.G.)*, there are primarily three concerns about the reliability of hearsay: (i) it is not subject to contemporaneous cross-examination; (ii) it is not given under oath; and (iii) the trier of fact does not have an opportunity to observe the declarant making the statement. In *B. (K.G.)*, I considered appropriate substitutes for the latter two reliability concerns, in light of my conclusion that cross-examination of a recanting witness at trial was an almost perfect substitute for contemporaneous cross-examination. I emphasize here that all three of these criteria, together, go to the question of reliability.

D. *Évaluation de la fiabilité des déclarations antérieures incompatibles*

1) Les dangers quant à la fiabilité

Ainsi que j'en ai longuement discuté dans *B. (K.G.)*, il existe principalement trois préoccupations concernant la fiabilité du oui-dire; (i) il y a absence de contemporanéité du contre-interrogatoire; (ii) il y a absence de serment et (iii) le juge des faits n'a pas la possibilité d'observer l'auteur de la déclaration. Dans *B. (K.G.)*, j'ai examiné des substituts adéquats pour les deux dernières préoccupations quant à la fiabilité, compte tenu de ma conclusion que le contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte au procès était un substitut presque parfait à la contemporanéité du contre-interrogatoire. J'insiste en l'espèce sur le fait que les trois critères, dans leur ensemble, portent sur la question de la fiabilité.

Criticism of the orthodox rule against prior inconsistent statements has focused primarily on the fact that the declarant is available at trial to be cross-examined and absence of cross-examination is the most important risk underlying the hearsay rule. Wigmore links cross-examination to the theory underlying the hearsay rule:

The fundamental test, shown by experience to be invaluable, is the test of *cross-examination*. The rule [against hearsay], to be sure, calls for two elements, cross-examination proper, and confrontation; but the former is the essential and indispensable feature, the latter is only subordinate and dispensable.

1. The theory of the hearsay rule is that the many possible deficiencies, suppressions, sources of error and untrustworthiness, which lie underneath the bare untested assertion of a witness, may be best brought to light and exposed by the test of cross-examination . . . It is sufficient here to note that the hearsay rule, as accepted in our law, signifies *a rule rejecting assertions, offered testimonially, which have not been in some way subjected to the test of cross-examination*:

Les critiques de la règle orthodoxe interdisant les déclarations antérieures incompatibles se sont principalement concentrées sur le fait que l'auteur peut être contre-interrogé au procès et que l'absence de contre-interrogatoire est le risque le plus important qui sous-tend la règle du oui-dire. Wigmore relie le contre-interrogatoire à la théorie qui sous-tend la règle du oui-dire:

[TRADUCTION] Le critère fondamental, qui s'est, par expérience, révélé inestimable, est le critère du *contre-interrogatoire*. La règle [interdisant le oui-dire] exige, bien sûr, deux éléments, à savoir le contre-interrogatoire comme tel et la confrontation; mais le premier est la caractéristique essentielle et indispensable, le second n'est que l'élément subordonné et dont on peut se passer.

1. La théorie de la règle du oui-dire réside dans le fait que les nombreux vices, suppressions, sources d'erreur et manques de fiabilité possibles, qui se trouvent en dessous de la simple affirmation non vérifiée d'un témoin, peuvent se faire jour par le recours au test du contre-interrogatoire. [. . .] En l'espèce, il suffit de noter que la règle du oui-dire, telle qu'elle a été acceptée dans notre droit, s'entend d'une *règle rejetant les affirmations, faites au cours d'un témoignage, qui n'ont pas d'une certaine façon été soumises au test du contre-interrogatoire*:

In the preceding passages, the testing required by the hearsay rule is spoken of as cross-examination *under oath*. But it is clear beyond doubt that the oath, as thus referred to, is merely an incidental feature customarily accompanying cross-examination, and that cross-examination is the essential and real test required by the rule. [Emphasis in original.]

(*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn Rev. 1974), §1362, at pp. 3 and 10.)

The importance of cross-examination to assuring that evidence which would otherwise be hearsay is acceptable is also emphasized in the Law Reform Commission of Canada's *Report on Evidence* (1975). Commenting on the recommendation that prior statements, both consistent and inconsistent, be substantively admissible, the Report states (at p. 70):

... if a witness is on the stand and can be cross-examined about a prior statement made by him, there is little reason not to accord this statement the same status as one made by him on the witness stand. In many instances the prior statement will have been made under circumstances that tend to render it more reliable than statements made by him on the witness stand. It might have been made when his memory of the event was fresher, and before he was influenced by the parties or subsequent events. In any case if the prior statement is inconsistent with the witness' present testimony, the witness will have the opportunity of denying it or explaining the inconsistencies. If the prior statement is consistent with the witness' present testimony, the cross-examiner will be able to explore the circumstances surrounding the making of the prior statement to reveal the weight that should be given to it.

When a witness takes the stand at a trial and, under oath, gives a different version of the story than one previously recorded, doubt is cast on the credibility of the witness and on the truth of both versions of the story. This is what effective cross-examiners hope to achieve. In discussing Rule 801(d)(1) of the American Federal Rules of Evidence, which states that a prior inconsistent statement given under oath and subject to cross-exami-

Dans les passages précédents, la vérification exigée par la règle du oui-dire s'entend d'un contre-interrogatoire *sous serment*. Mais il est indubitablement clair que le serment, tel qu'il a été mentionné, est simplement une caractéristique accessoire qui accompagne habituellement le contre-interrogatoire, et que le contre-interrogatoire est le test essentiel et véritable qu'exige la règle. [En italique dans l'original.]

(*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn Rev. 1974), §1362, aux pp. 3 et 10.)

L'importance du contre-interrogatoire visant à s'assurer que la preuve qui serait par ailleurs du oui-dire est acceptable a été soulignée également dans le *Rapport sur la preuve* (1975) de la Commission de réforme du droit du Canada. Commentant la recommandation que les déclarations antérieures, tant compatibles qu'incompatibles, soient admissibles quant au fond, le rapport dit (à la p. 79):

Si au cours de sa déposition à l'audience, un témoin peut être contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure on voit mal pourquoi on n'accorderait pas à cette déclaration un statut identique à celle qu'il fait à l'audience. Dans bien des cas, les circonstances entourant la première déclaration la rendent plus digne de foi qu'une affirmation faite à la barre des témoins. Au moment où il a fait sa déclaration, l'individu avait peut-être les événements plus frais à la mémoire, ou bien il n'avait pas encore subi l'influence des parties ou d'événements subséquents. De toute façon, s'il y a incompatibilité entre la déclaration antérieure et sa déposition à l'audience, le témoin aura l'occasion de le nier ou de s'en expliquer. Par contre, s'il y a concordance entre les deux versions, le contre-interrogatoire permettra d'explorer les circonstances entourant la première déclaration et de révéler ainsi le poids qu'il conviendrait de lui accorder.

Lorsqu'une personne témoigne sous serment dans un procès et donne une version du récit différente de celle auparavant consignée, elle suscite des doutes sur sa crédibilité et sur la véracité des deux versions du récit. C'est ce que les contre-interrogateurs efficaces cherchent à accomplir. En analysant la règle 801(d)(1) des Federal Rules of Evidence des États-Unis, qui dit qu'une déclaration antérieure incompatible faite sous serment et

nation is not hearsay, McCormick comments on the value of cross-examination in this situation:

The witness who has told one story aforesaid and another today has opened the gates to all the vistas of truth which the common law practice of cross-examination and re-examination was invented to explore. The reasons for the change of face, whether forgetfulness, carelessness, pity, terror, or greed, may be explored by the two questioners in the presence of the trier of fact, under oath, casting light on which is the true story and which the false. It is hard to escape the view that evidence of a prior inconsistent statement, when declarant is on the stand to explain it if he can, has in high degree the safeguards of examined testimony. In addition, allowing it as substantive evidence pays a further dividend in avoiding a limiting instruction quite unlikely to be heeded by a jury.

(*McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), at p. 120.)

Cross-examination alone, therefore, goes a substantial part of the way to ensuring that the reliability of a prior inconsistent statement can be adequately assessed by the trier of fact. In *B. (K.G.)*, I wrote that prior inconsistent statements subject to cross-examination, made under oath and videotaped would be substantively admissible because each of the hearsay dangers would be addressed. I also, however, indicated that in certain particular circumstances a prior inconsistent statement could be admitted even in the absence of an oath and a video record, although not in the absence of cross-examination. In my assessment, this is one of the cases where there are sufficient circumstantial guarantees of reliability that the statement of the complainant ought to have been admitted for the truth of its contents.

(2) Beyond *B. (K.G.)*

In addition to the situations I described in *B. (K.G.)*, a threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity

soumise à un contre-interrogatoire ne constitue pas du ouï-dire, McCormick commente la valeur du contre-interrogatoire dans cette situation:

[TRADUCTION] Le témoin qui a déjà donné une version différente de celle qu'il donne aujourd'hui a ouvert la porte à l'examen de tous les aspects de la vérité que la pratique du contre-interrogatoire et du réinterrogatoire en common law a été conçue pour explorer. Les raisons de la volte-face, que ce soit l'oubli, l'insouciance, la pitié, la terreur ou l'appât du gain, peuvent être fouillées par les deux procureurs en présence du juge des faits, alors que le témoin est sous serment, mettant en lumière la vérité et le mensonge. Il est difficile de ne pas estimer que la preuve d'une déclaration antérieure incompatible, lorsque l'auteur se trouve à la barre pour l'expliquer s'il le peut, présente dans une large mesure les garanties d'un témoignage vérifié. En outre, l'accepter comme preuve de fond présente l'avantage additionnel de permettre d'éviter une directive restrictive dont un jury risque fort de ne pas tenir compte.

(*McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), à la p. 120.)

Par conséquent, le contre-interrogatoire seul contribue pour une large part à l'assurance que la fiabilité d'une déclaration antérieure incompatible peut être adéquatement évaluée par le juge des faits. Dans *B. (K.G.)*, j'ai dit que les déclarations antérieures incompatibles soumises à un contre-interrogatoire, faites sous serment et enregistrées sur bande vidéo, seraient admissibles quant au fond parce que chacun des dangers du ouï-dire serait écarté. Cependant, j'ai également indiqué que, dans certaines circonstances particulières, une déclaration antérieure incompatible pouvait être admise même en l'absence d'un serment et d'un enregistrement vidéo, mais non sans un contre-interrogatoire. J'estime que l'espèce est l'un des cas où il existe des garanties circonstancielles suffisantes de fiabilité pour que la déclaration de la plaignante ait dû être admise pour établir la véracité de son contenu.

2) Au-delà de l'arrêt *B. (K.G.)*

Outre les situations que j'ai décrites dans *B. (K.G.)*, l'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude

between two statements. When two statements contain similar assertions of fact, one of the following must be true:

1. The similarity is purely coincidental.
2. The similarity is the result of collusion between the two declarants, before one or both of their statements were made.
3. The second declarant knew of the contents of the first statement, and based his or her statement in whole or in part on this knowledge.
4. The similarity is due to the influence of third parties, such as an interrogator, who affected the contents of one or both of the statements.
5. The similarity occurred because the two declarants were both referring to an actual event — that is, they were both telling the truth.

The first four explanations are, of course, equally consistent with the similar portions of the statement being true or false. It becomes possible to conclude that the similar portions of the statements are true only when it can be established that none of the first four alternatives are likely, and that the fifth option is thus the only likely explanation. Consequently, striking similarities between two statements will only enhance the likelihood that either of the statements is reliable when there is a basis for rejecting as unlikely all the alternative explanations.

In order to eliminate, or at least substantially reduce, the likelihood of a similarity between two statements arising through coincidence, the similar factual assertion must be so striking that it is highly unlikely two people would have independently fabricated it. If the similarities between two statements are not sufficiently striking, comparing them will not provide the circumstantial guarantee of trustworthiness necessary to meet the threshold requirement of reliability since coincidence will not have been ruled out as an explanation. In some

frappante entre deux déclarations. Lorsque deux déclarations contiennent des affirmations de fait semblables, l'une des situations suivantes doit être vraie:

1. La similitude est une pure coïncidence.
2. La similitude résulte de la collusion entre les deux auteurs avant que l'une des déclarations ou les deux n'aient été faites.
3. L'auteur de la seconde déclaration connaissait le contenu de la première déclaration et a fondé sa déclaration en tout ou en partie sur cette connaissance.
4. La similitude est due à l'influence de tiers, tel un interrogateur, qui a influé sur le contenu de l'une des déclarations ou des deux.
5. Il y a similitude parce que les auteurs des deux déclarations faisaient tous deux état d'un événement réel — c'est-à-dire que tous les deux disaient la vérité.

Les quatre premières explications sont, bien entendu, également compatibles, que les parties semblables de la déclaration soient véridiques ou fausses. Il est donc possible de conclure que les parties semblables des déclarations ne sont véridiques que lorsqu'on peut établir qu'aucune des quatre premières solutions n'est probable, et que la cinquième option est donc la seule explication probable. En conséquence, les similitudes frappantes entre deux déclarations ne font qu'accroître la probabilité que l'une ou l'autre des déclarations soit digne de foi lorsqu'il y a un fondement pour rejeter, parce que peu probables, toutes les autres explications.

Pour éliminer, ou au moins réduire considérablement, la probabilité d'une similitude entre deux déclarations née d'une coïncidence, l'affirmation factuelle semblable doit être si frappante qu'il est fort peu probable que deux personnes l'aient fabriquée de façon indépendante. Si les similitudes entre deux déclarations ne sont pas suffisamment frappantes, les comparer ne donnera pas la garantie circonstancielle de fiabilité nécessaire pour remplir la condition du seuil de fiabilité, puisque l'hypothèse d'une coïncidence n'aura pas été écartée

cases, the necessary degree of similarity will result from the unique nature of particular factual assertions in both statements. In other situations, while there may not be any points of similarity that are sufficiently striking to render coincidence unlikely when viewed standing alone, it may be that the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the two statements sufficiently distinctive to reject coincidence as a likely explanation.

comme explication. Dans certains cas, le degré de similitude nécessaire découlera de la nature unique d'affirmations factuelles particulières figurant dans les deux déclarations. Dans d'autres cas, bien qu'il puisse n'exister aucun point de similitude suffisamment frappant pour rendre la coïncidence peu probable lorsqu'on l'examine isolément, il se peut que la combinaison cumulative des points semblables rende la similitude globale entre les deux déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme une explication possible.

42

In general, it will only be possible to reject the possibility that the second statement was tainted by outside influence or collusion if the statements were made in circumstances providing sufficient guarantees against the possibility of collusion by the declarants, prior knowledge of the first statement by the second declarant, or influence by the interrogator or some other third party. In cases involving an accused's purely incriminatory statement, the prospect of there having been collusion between the accused and the other declarant will tend to be remote, unless there is evidence indicating that the accused had a reason to conspire with a witness to falsely incriminate himself or herself. In other situations, however, it may not be possible to rule out the possibility of collusion — for example, an accused might make a statement that is partly inculpatory and partly exculpatory and then attempt to argue that similarities with a witness's exculpatory statement justify substantively admitting the witness's statement.

En général, on ne pourra rejeter la possibilité que la seconde déclaration ait été entachée par une influence extérieure ou une collusion que si les déclarations ont été faites dans des circonstances donnant des garanties suffisantes contre la possibilité de collusion de la part de leurs auteurs, la connaissance antérieure de la première déclaration par l'auteur de la seconde ou l'influence de l'interrogateur ou d'un autre tiers. Dans les cas mettant en cause la déclaration purement incriminatoire d'un accusé, l'éventualité d'une collusion entre l'accusé et l'auteur de l'autre déclaration tendra à être éloignée, à moins que la preuve n'indique que l'accusé avait un motif de conspirer avec un témoin pour s'auto-incriminer faussement. Dans d'autres cas toutefois, il ne sera peut-être pas possible d'écarter l'éventualité d'une collusion — par exemple, un accusé pourrait faire une déclaration qui est en partie inculpatoire et en partie disculpatoire et tenter par la suite de faire valoir que les similitudes avec la déclaration disculpatoire d'un témoin justifient l'admissibilité, quant au fond, de la déclaration du témoin.

43

To eliminate the possibility that the second declarant's statement was influenced by prior knowledge of the first declarant's statement, there must ordinarily be evidence that the two declarants did not have an opportunity for communication prior to the making of the second statement, as well as evidence that the second declarant did not have access to a record of the contents of the first statement. Similarly, to remove the possibility of suggestion by the interrogator, it will generally be necessary to have evidence of how the interviews were conducted — whether the interrogator knew

Pour éliminer la possibilité que l'auteur de la seconde déclaration ait été influencé par la connaissance antérieure de la première déclaration, il doit y avoir ordinairement une preuve que les auteurs des deux déclarations n'ont pas eu la possibilité de communiquer avant la seconde déclaration, ainsi qu'une preuve que l'auteur de la seconde déclaration n'a pas eu accès au contenu de la première déclaration consignée. De même, pour écarter la possibilité de suggestion par l'interrogateur, il sera, en général, nécessaire d'avoir la preuve de la façon dont les interrogatoires ont été

of the first statement or asked leading questions, and so on. If the second statement was videotaped or audiotaped, there will ordinarily be sufficient evidence for a judge or jury to determine if the similar portions of the statement were really the product of the declarant's own mind rather than third party suggestion. If no taped record is available, the testimony of persons present during the making of the second statement may suffice to eliminate the possibility of similarities between the two statements at issue having arisen as a result of outside suggestion.

When these circumstances exist in the case of a prior inconsistent statement being compared to another statement which is already substantively admissible, and when the declarant is available for cross-examination, the trial judge may rule the prior inconsistent statement meets the threshold of reliability to be substantively admissible. The ultimate determination of whether the prior inconsistent statement is credible or reliable as proof of its contents rests, of course, with the trier of fact.

I anticipate that instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare. In keeping with our principled and flexible approach to hearsay, other situations may arise where prior inconsistent statements will be judged substantively admissible, bearing in mind that cross-examination alone provides significant indications of reliability. It is not necessary in this case to decide if cross-examination alone provides an adequate assurance of threshold reliability to allow substantive admission of prior inconsistent statements.

E. *The Voir Dire*

I set out the proper procedure for the *voir dire* in my reasons in *B. (K.G.)*, at pp. 799-804. After the calling party invokes s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and fulfils its requirements in the *voir dire*

menés — de savoir si l'interrogateur était au courant de la première déclaration ou a posé des questions suggestives et ainsi de suite. Si la seconde déclaration a été enregistrée sur bande vidéo ou sur bande sonore, il y aura d'ordinaire une preuve suffisante pour permettre à un juge ou à un jury de déterminer si les parties semblables de la déclaration étaient réellement le propre de son auteur plutôt que le produit de la suggestion de tiers. Si aucun enregistrement sur bande n'existe, le témoignage des personnes présentes au moment de la seconde déclaration peut suffire à éliminer la possibilité que les similitudes entre les deux déclarations en question découlent de la suggestion extérieure.

Lorsque ces circonstances existent dans le cas où une déclaration antérieure incompatible est comparée à une autre déclaration qui est déjà admissible quant au fond et lorsque l'auteur peut être contre-interrogé, le juge du procès peut décider que la déclaration antérieure incompatible remplit les conditions du seuil de fiabilité pour être admissible quant au fond. Déterminer finalement si la déclaration antérieure incompatible est digne de foi ou fiable en tant que preuve de son contenu relève, bien entendu, du juge des faits.

Je m'attends à ce que soient rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d'étayer leur fiabilité. Conformément à notre démarche en matière de ouï-dire fondée sur des principes et souple, il peut y avoir d'autres situations où les déclarations antérieures incompatibles seront jugées admissibles quant au fond, compte tenu du fait que le contre-interrogatoire seul donne d'importants indices de fiabilité. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si le contre-interrogatoire seul donne une assurance suffisante quant au seuil de fiabilité pour permettre l'admission, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles.

E. *Le voir-dire*

J'ai exposé la procédure à suivre pour le voir-dire dans mes motifs de l'arrêt *B. (K.G.)*, aux pp. 799 à 804. Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au*

44

45

46

held under that section, the party must then state its objectives in tendering the statement. If the statement will only be used to impeach the witness, the inquiry ends at this point. If, however, the calling party wishes to make substantive use of the statement, the *voir dire* must continue so that the trial judge can assess whether a threshold of reliability has been met. The necessity criterion need not be assessed as it is met whenever a witness recants. The first factor contributing to reliability is the cross-examination of the witness. If the witness provides an explanation for changing his or her story, the trier of fact will be able to assess both versions of the story, as well as the explanation. However, where a witness does not recall making an earlier statement, or refuses to answer questions, the trial judge should take into account that this may impede the jury's ability to assess the ultimate reliability of the statement.

Canada et satisfait à ses exigences dans un voir-dire tenu conformément à cet article, elle doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la déclaration sera utilisée seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, l'enquête prend fin à ce stade. Si, toutefois, la partie qui a cité le témoin désire faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le voir-dire doit se poursuivre pour que le juge du procès puisse examiner si le seuil de fiabilité a été atteint. Le critère de la nécessité n'a pas à être examiné puisqu'il y a nécessité toutes les fois qu'un témoin se rétracte. Le premier facteur contribuant à la fiabilité est le contre-interrogatoire du témoin. Si le témoin donne une explication du changement de son récit, le juge des faits sera en mesure d'évaluer les deux versions du récit, ainsi que l'explication. Toutefois, lorsqu'un témoin ne se rappelle pas avoir fait une déclaration antérieure, ou refuse de répondre à des questions, le juge du procès devrait tenir compte du fait que cela peut empêcher le jury d'évaluer la fiabilité ultime de la déclaration.

47 If the additional indicia of reliability I specified in *B. (K.G.)* are present, an oath or affirmation following a warning of penal consequences for lying, and a videotape of the statement, the reliability assessment can be relatively easily made. If the reliability criterion is to be met, in rare cases, by the striking similarity between the statement being assessed and another statement which is already clearly substantively admissible, the trial judge must be satisfied on a balance of probabilities that there are striking similarities between the two statements, and that there was neither reason nor opportunity for the declarants to collude and no improper influence by interrogators or other third parties.

Si les indices additionnels de fiabilité que j'ai mentionnés dans *B. (K.G.)* sont présents, à savoir le serment ou l'affirmation après un avertissement des conséquences pénales du mensonge et l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration, l'évaluation de la fiabilité peut être faite de façon relativement facile. S'il faut satisfaire au critère de la fiabilité, dans de rares cas, au moyen de la similitude frappante entre la déclaration examinée et une autre déclaration qui est déjà clairement admissible quant au fond, le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des similitudes frappantes entre les deux déclarations et qu'il n'existait aucune raison, aucune possibilité pour leurs auteurs d'agir de connivence, ni aucune influence induite de la part d'interrogateurs ou d'autres tiers.

48 At this stage, the trial judge need only be convinced on a balance of probabilities that the statement is likely to be reliable, as this is the normal burden of proof resting upon a party seeking to admit evidence. The trial judge must also ascertain at this stage that the prior statement relates evi-

À cette étape, il suffit que le juge du procès soit convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est possible que la déclaration soit fiable, puisqu'il s'agit là du fardeau de la preuve habituel qui incombe à la partie qui cherche à faire admettre des éléments de preuve. Le juge du pro-

dence which would be admissible as the witness's sole testimony.

I would also highlight here the proviso I specified in *B. (K.G.)* that the trial judge must be satisfied on the balance of probabilities that the statement was not the product of coercion of any form, whether involving threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigator misconduct.

The trial judge at this stage is not making a final determination about the ultimate reliability and credibility of the statement. The trial judge need not be satisfied that the prior statement is true and should be believed in preference to the witness's current testimony.

If the trial judge determines that the statement meets the threshold reliability criterion and is thus substantively admissible, he or she must direct the trier of fact to follow a two-step process in evaluating the evidence. The trier of fact must first be certain that the statement which is being used as a reliability referent was made, without taking into account the prior inconsistent statement under consideration. Once the trier of fact is satisfied that the other statement was made, the trier of fact may compare the similarities between the two statements and, if they are sufficiently striking that it is unlikely that two people would have independently fabricated them, the trier of fact may draw conclusions from that comparison about the truth of the statements.

Finally, where the trial judge finds that the statement is not sufficiently reliable to be used substantively, it may still, of course, be used to impeach credibility or for the fact that it was made. In other words, the orthodox rule will still apply if the minimum reliability threshold is not met.

cès doit également s'assurer que, à cette étape, la déclaration antérieure rapporte la preuve qui serait admissible comme unique témoignage du témoin.

Je soulignerais également les conditions que j'ai précisées dans *B. (K.G.)*, à savoir que le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration n'est pas le produit de la coercition, que ce soit menaces, promesses, questions trop suggestives de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou autres manquements des enquêteurs.

À cette étape, le juge du procès ne détermine pas de façon définitive la fiabilité et la crédibilité de la déclaration. Il n'est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu que la déclaration antérieure est vraie et qu'il faut y ajouter foi de préférence au témoignage du témoin.

Si le juge du procès détermine que la déclaration satisfait au critère du seuil de fiabilité et est donc admissible quant au fond, il doit donner au juge des faits la directive de suivre un processus à deux étapes dans l'évaluation de la preuve. Le juge des faits doit en premier lieu être certain que la déclaration qui est utilisée comme référence de fiabilité a été faite, sans tenir compte de la déclaration antérieure incompatible examinée. Une fois que le juge des faits est persuadé que l'autre déclaration a été faite, il peut comparer les similitudes entre les deux déclarations et, si elles sont si frappantes qu'il est peu probable que deux personnes puissent les avoir fabriquées, il peut tirer de cette comparaison des conclusions sur la véracité des déclarations.

En dernier lieu, lorsque le juge du procès trouve que la déclaration n'est pas suffisamment fiable pour être utilisée quant au fond, celle-ci peut toujours, bien entendu, être utilisée pour attaquer la crédibilité ou pour prouver le fait qu'il y a eu déclaration. Autrement dit, la règle orthodoxe s'appliquera encore s'il n'est pas satisfait au critère du minimum de fiabilité.

F. *Application to This Appeal*F. *Application au présent pourvoi*

53 In this case, the recanting witness was cross-examined in detail about her reasons for changing her story at a preliminary inquiry, on a *voir dire* under s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and before the jury. She provided a comprehensive explanation for changing her story which could be assessed by both the trial judge and the jury and therefore eliminates the most important danger of hearsay evidence. The statements made by the accused and by his daughter contained both a significant number of similarities in detail and the strikingly similar assertion that the most recent sexual contact between the two had been the previous evening. As a *voir dire* was also held with regard to the accused's statement, there was also sufficient evidence presented to found a conclusion that the accused and his daughter had neither a reason nor an opportunity to collude, and that the accused was not improperly influenced by the police officers who took his statement. On the basis of all these factors, I conclude that her statement was, therefore, substantively admissible at trial.

En l'espèce, le témoin qui se rétracte a été contre-interrogé en détail sur les raisons pour lesquelles elle a modifié son histoire à une enquête préliminaire, à l'occasion d'un voir-dire sous le régime de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et devant le jury. Elle a donné une explication détaillée de la modification de son histoire qui pouvait être évaluée tant par le juge du procès que par le jury, ce qui élimine donc le danger le plus important de la preuve par ouï-dire. Les déclarations faites par l'accusé et sa fille contenaient à la fois un grand nombre de similitudes dans les détails et l'affirmation, d'une similitude frappante, selon laquelle le contact sexuel le plus récent entre les deux avait eu lieu le soir précédent. Comme un voir-dire a également été tenu relativement à la déclaration de l'accusé, une preuve suffisante a été présentée pour conclure que l'accusé et sa fille n'avaient aucune raison ni aucune possibilité d'agir de connivence et que l'accusé n'avait pas été abusivement influencé par les policiers qui ont recueilli sa déclaration. Compte tenu de ces facteurs, je conclus que la déclaration de la plaignante était donc admissible comme preuve de fond au procès.

54 The jury was not, of course, instructed in accordance with the procedures I have set out here. Nonetheless, the statements in question are so strikingly similar that I am satisfied that had the instruction been given, the jury would inevitably have been satisfied as to their reliability on the basis which I have outlined above. In these circumstances, the absence of a specific instruction in this regard did not occasion any wrong or miscarriage of justice. The objection that the jury instructions left open the possibility that the daughter's statement would be used for the truth of its contents does not arise given my conclusion that the statement was substantively admissible.

Bien entendu, le jury n'a pas reçu de directive conformément aux procédures que j'ai exposées en l'espèce. Néanmoins, les similitudes entre les déclarations en question sont si frappantes que je suis persuadé que, si la directive avait été donnée, le jury aurait inévitablement été convaincu de leur fiabilité selon le fondement que j'ai déjà mentionné. Dans les circonstances, l'absence d'une directive expresse à cet égard n'a occasionné aucun tort ou erreur judiciaire. L'objection selon laquelle les directives au jury ont donné lieu à la possibilité que la déclaration de la fille soit utilisée pour établir la véracité de son contenu n'a pas sa raison d'être vu ma conclusion que la déclaration était admissible comme preuve de fond.

55 Accordingly, I would dismiss the appeal.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appellant was charged with having committed a number of sexual offences against his daughter, the complainant. He was tried before a judge and jury and convicted of one count of incest and two counts of sexual touching. He was sentenced to two years less a day of incarceration, and to a period of probation. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal, a majority of which (Houlden J.A. dissenting) dismissed the appeal: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378. It is from this decision that the appellant appeals to this Court as of right.

As the Chief Justice points out, the sole ground of appeal raised by the appellant concerns a prior inconsistent statement made by the complainant to the police. Prior to trial, the complainant told the police that the appellant had, since mid-December 1987, regularly engaged in a variety of sexual acts with her. In her statement, she described these acts and when they had occurred. These descriptions were similar to those contained in a confession the appellant made to the police following his arrest. At trial, the complainant acknowledged making her pre-trial statement, but testified that these allegations concerning the relevant sexual encounters were false. Similarly, the appellant acknowledged making most of the statements attributed to him by police. However, he too testified that his statements regarding the relevant sexual encounters were false. Specifically, he claimed to have made them up due to his fear of the police.

The question raised on this appeal is twofold. First, was the complainant's prior inconsistent statement admissible for the purpose of comparison with the appellant's unadopted confession in order to determine whether the unadopted confession was to be believed? Second, did the charge to the jury adequately explain the use which could be made of the complainant's prior inconsistent statement?

As regards the first issue, I agree with the Chief Justice that, in the case at hand, the complainant's

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'appelant a été accusé d'avoir commis certaines infractions d'ordre sexuel contre sa fille, la plaignante. Il a été jugé devant un juge et un jury et a été déclaré coupable d'un chef d'accusation d'inceste, et de deux chefs d'accusation de contacts sexuels. Il a été condamné à un emprisonnement de deux ans moins un jour et à une période de probation. L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, dont la majorité (le juge Houlden étant dissident) a rejeté l'appel: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378. C'est contre cette décision que l'appelant s'est, de plein droit, pourvu devant notre Cour.

Comme le Juge en chef le souligne, le seul moyen invoqué par l'appelant porte sur une déclaration antérieure incompatible faite par la plaignante à la police. Antérieurement au procès, la plaignante a dit à la police que l'appelant avait, depuis la mi-décembre de 1987, régulièrement commis divers actes sexuels avec elle. Dans sa déclaration, elle a décrit ces actes et le moment de leur survenance. Ces descriptions étaient semblables à celles figurant dans une confession que l'appelant avait faite à la police à la suite de son arrestation. Au procès, la plaignante a reconnu avoir fait cette déclaration, mais elle a témoigné que ces allégations concernant les activités sexuelles en cause étaient fausses. De même, l'appelant a reconnu avoir fait la plupart des déclarations que la police lui avait attribuées. Toutefois, il a, lui aussi, témoigné que ses déclarations concernant les activités sexuelles étaient fausses. Il a expressément prétendu les avoir faites par peur de la police.

La question ici en litige soulève deux points. En premier lieu, la déclaration antérieure incompatible de la plaignante était-elle recevable aux fins de comparaison avec la confession rétractée de l'appelant pour déterminer si celle-ci devait être crue? En second lieu, les directives au jury expliquaient-elles suffisamment l'usage qu'on pourrait faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante?

Pour ce qui est du premier point, je conviens avec le Juge en chef qu'en l'espèce, la déclaration

56

57

58

59

prior inconsistent statement was admissible for the purpose of comparison with the appellant's confession. However, unlike my colleague, I do not believe that the similarities between the two statements must be "striking" before the jury can be permitted to use the prior inconsistent statement for this purpose. In my view, so long as there are significant similarities between the two statements, as there clearly were in this case, a witness's prior inconsistent statement will be admissible for purposes of comparison with an accused's unadopted confession in order to assess the truth of that confession. In this respect, I adopt the following statement by Osborne J.A. at the Court of Appeal (at p. 559 C.C.C.):

The appellant's confession and the complainant's statement concerned the same events. They were made separately, in circumstances which militated against joint fabrication. Each statement referred to relevant, and personal, events in generally similar terms. Both statements referred to two incidents of non-sexual assault. Both statements referred to sexual intercourse having taken place on the night before the statements were made. In the circumstances, only the appellant and the complainant would have had knowledge of the relevant events. When the appellant's admissions to a **significant degree mirror the allegations made by the complainant**, as they did here, it seems to me to follow that the fact that the appellant's confession was as similar as it was to the complainant's allegations of sexual misconduct, is evidence which increases the likelihood that the appellant's confession was true. Put another way, the fact that the complainant said what she did in her statement adds value to the appellant's confession to the police. The comparison which the jury was invited to make would test the coincidence which is evident from a consideration of the substance of both statements. This analysis does not depend on the truth of the complainant's statement but rather on the fact that she made it. [Bold and underlining added; italics in original.]

antérieure incompatible de la plaignante était recevable aux fins de comparaison avec la confession de l'appelant. Mais, à la différence de mon collègue, je ne crois pas que la similitude entre les deux déclarations doive être «frappante» avant que le jury puisse être autorisé à faire usage de la déclaration antérieure incompatible à cette fin. J'estime que, du moment qu'il existe une similitude importante entre les deux déclarations, comme, de toute évidence, il y en a eu en l'espèce, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin sera recevable aux fins de comparaison avec la confession rétractée d'un accusé afin d'en évaluer la véracité. À cet égard, je fais miens les propos suivants du juge Osborne de la Cour d'appel (à la p. 559 C.C.C.):

[TRADUCTION] La confession de l'appelant et la déclaration de la plaignante portaient sur les mêmes événements. Elles ont été faites séparément, dans des circonstances qui militaient contre la fabrication conjointe. Chaque déclaration faisait état, en des termes généralement similaires, d'événements pertinents et personnels. Les deux déclarations ont mentionné deux incidents d'agression à caractère non sexuel. Les deux ont fait mention du rapport sexuel qui avait eu lieu la nuit précédant le jour où les déclarations ont été faites. Dans les circonstances, seuls l'appelant et la plaignante auraient eu connaissance des événements pertinents. Lorsque les aveux de l'appelant reflètent, dans une large mesure, les allegations faites par la plaignante, comme c'est le cas en l'espèce, je crois qu'il faut comprendre que le fait que la confession de l'appelant était aussi semblable qu'elle l'était aux allegations d'inconduite sexuelle faites par la plaignante constitue une preuve qui renforce la probabilité que la confession de l'appelant soit véridique. Autrement dit, le fait que la plaignante ait dit ce qu'elle a fait dans sa déclaration ajoute de la valeur à la confession faite par l'appelant à la police. La comparaison que le jury a été invité à faire mettrait à l'épreuve la coïncidence qui ressort d'un examen de l'essence des deux déclarations. Cette analyse dépend, non pas de la véracité de la déclaration de la plaignante, mais du fait qu'elle l'a faite. [Caractères gras et soulignement ajoutés; en italique dans l'original.]

As to the second issue raised by this appeal, the adequacy of the jury charge, I agree with the Chief Justice that the trial judge adequately instructed the jury concerning the use it could make of the complainant's prior inconsistent statement and would,

Quant au second point soulevé dans le présent pourvoi, soit le caractère suffisant des directives au jury, je suis d'accord avec le Juge en chef que le juge du procès a donné des directives suffisantes au jury concernant l'usage que ce dernier pouvait

accordingly, dispose of the appeal as suggested by the Chief Justice.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Bruce Durno, Toronto.

Solicitor for the respondent: Renee M. Pomerance, Toronto.

faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante, et je disposerais du pourvoi comme le suggère le Juge en chef.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Bruce Durno, Toronto.

Procureur de l'intimée: Renee M. Pomerance, Toronto.