

Debra Marquard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARQUARD

File No.: 22940.

1993: April 29; 1993: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

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

Debra Marquard *Appelante*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARQUARD

^b N° du greffe: 22940.

1993: 29 avril; 1993: 21 octobre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By McLachlin J.

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

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

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

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

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

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

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

Marlys Edwardh and Shaun Nakatsuru, for the appellant.

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

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

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

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

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

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

Marlys Edwardh et Shaun Nakatsuru, pour l'appelante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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