

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ramnarine Khelawon *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KHELAWON

Neutral citation: 2006 SCC 57.

File No.: 30857.

2005: December 16; 2006: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Trial judge admitting deceased complainants' hearsay statements to police into evidence — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Factors to be considered in determining whether hearsay statements sufficiently reliable to be admissible.

In 1999, C, a cook who worked at a retirement home, found S, a resident of the home, badly injured in his room. His belongings were packed in garbage bags. S told C that the accused, the manager of the home, had beaten him and threatened to kill him if he did not leave the home. C took S to her apartment and cared for him for a few days. She then brought S to a doctor. The doctor testified that he found three fractured ribs and bruises that were consistent with S's allegation of assault but which also could have resulted from a fall. The next day, C took S to the police and S gave a videotaped statement alleging that the accused had assaulted him and threatened to kill him. The statement was not under oath but S answered "yes" when asked if he understood it was important to tell the truth and that he could be charged if he did not tell the truth. Medical records seized from the retirement home described S as "angry", "aggressive", "depressed" and "paranoid", and

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ramnarine Khelawon *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. KHELAWON

Référence neutre : 2006 CSC 57.

N° du greffe : 30857.

2005 : 16 décembre; 2006 : 14 décembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Juge du procès admettant en preuve les déclarations relatives que des plaignants décédés avaient faites à la police — Ces déclarations étaient-elles admissibles en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oûi-dire? — Facteurs à considérer pour décider si des déclarations relatives sont suffisamment fiables pour être admissibles.

En 1999, C, une cuisinière dans une maison de retraite, a trouvé S, un résident de cet établissement, blessé grièvement dans sa chambre. Ses effets personnels étaient entassés dans des sacs à ordures. S a raconté à C que l'accusé, directeur de l'établissement, l'avait battu et avait menacé de le tuer s'il ne quittait pas la maison de retraite. C a conduit S à son appartement et s'est occupée de lui pendant quelques jours. Elle a ensuite conduit S chez un médecin. Ce dernier a témoigné qu'il avait décelé trois côtes fracturées et des ecchymoses qui pouvaient avoir résulté de l'agression alléguée par S, mais aussi d'une chute. Le lendemain, C a conduit S au poste de police, où S a fait une déclaration enregistrée sur bande vidéo, dans laquelle il alléguait que l'accusé l'avait agressé et avait menacé de le tuer. Cette déclaration n'a pas été faite sous serment, mais S a répondu « oui » lorsqu'on lui a demandé s'il comprenait qu'il était important de dire la vérité et

revealed that he had been treated for paranoid psychosis and depression. At trial, a psychiatrist who testified at the *voir dire* concluded that S had the capacity to communicate evidence and understood at the time he made his statement to the police that it was important to tell the truth. The defence argued that C influenced S to complain out of spite because the accused previously had terminated C's employment.

The police attended the retirement home where more residents complained that they had been assaulted by the accused. The accused was charged in respect of five complainants but, by the time of the trial, four complainants, including S and D, had died of causes unrelated to the alleged assaults and the fifth was no longer competent to testify. Only one complainant had testified at the preliminary inquiry. The central issue at trial was whether the complainants' hearsay statements should be received in evidence. The trial judge admitted some of the hearsay based in large part on the striking similarity between the statements. The trial judge ultimately found videotaped statements given by S and D to the police sufficiently credible to found convictions for aggravated assault and uttering a death threat in respect of S, as well as assault causing bodily harm and assault with a weapon in respect of D. The accused was acquitted on the remaining counts. On appeal, a majority of the Court of Appeal excluded all of the hearsay statements and acquitted the accused on all charges. The dissenting judge would have upheld the convictions in respect of S. The Crown appealed as of right from the acquittals in respect of S and was denied leave to appeal from the acquittals in respect of D.

Held: The appeal should be dismissed and the acquittals affirmed.

Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless an exception to the hearsay rule applies, primarily because of a general inability to test its reliability. The essential defining features of hearsay are the fact that the out-of-court statement is adduced to prove the truth of its contents and the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. Hearsay includes an out-of-court statement made by a witness who testifies in court if the statement is tendered to prove the truth of its contents. In some

que des accusations pourraient être portées contre lui s'il mentait. Les dossiers médicaux saisis à la maison de retraite décrivaient S comme étant « en colère », « agressif », « dépressif » et « paranoïaque », en plus de révéler qu'il avait été traité pour une psychose paranoïaque et une dépression. Au procès, un psychiatre ayant témoigné lors du voir-dire a conclu que S avait la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et qu'il comprenait l'importance de dire la vérité au moment où il a fait sa déclaration à la police. La défense a prétendu que C avait amené S à porter plainte pour se venger de l'accusé qui avait mis fin à son emploi auparavant.

Des policiers se sont rendus à la maison de retraite où d'autres résidents se sont plaints d'avoir été agressés par l'accusé. Ce dernier a fait l'objet d'accusations à l'égard de cinq plaignants, mais, au moment du procès, quatre plaignants, dont S et D, étaient décédés de causes non liées aux agressions alléguées, et le cinquième n'était plus habile à témoigner. Un seul plaignant avait témoigné à l'enquête préliminaire. La principale question en litige était de savoir s'il y avait lieu d'admettre en preuve les déclarations relatées des plaignants. Le juge du procès a admis une partie de la preuve par ouï-dire en raison, dans une large mesure, de la similitude frappante des déclarations. En fin de compte, il a estimé que les déclarations enregistrées sur bande vidéo que S et D avaient faites à la police étaient suffisamment crédibles pour justifier des déclarations de culpabilité de voies de fait graves et de menaces de mort à l'endroit de S, ainsi que d'agression ayant causé des lésions corporelles et d'agression armée à l'endroit de D. L'accusé a été acquitté quant aux autres chefs. En appel, la Cour d'appel à la majorité a exclu toutes les déclarations relatées et a acquitté l'accusé relativement à toutes les accusations. Le juge dissident aurait maintenu les déclarations de culpabilité relatives à S. Le ministère public a formé un pourvoi de plein droit contre les acquittements relatifs à S et s'est vu refuser l'autorisation d'appeler à l'égard de ceux relatifs à D.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté et les acquittements sont confirmés.

La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins qu'une exception à la règle du ouï-dire ne s'applique, essentiellement en raison de l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour établir la véracité de son contenu et l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. Le ouï-dire inclut une déclaration extrajudiciaire d'un témoin qui dépose en cour lorsque cette

circumstances, hearsay evidence presents minimal dangers and its exclusion rather than its admission would impede accurate fact finding. Hence over time a number of traditional exceptions to the exclusionary rule were created by the courts. Hearsay evidence that does not fall under a traditional exception may still be admitted under the principled approach if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*. The reliability requirement is aimed at identifying those cases where the concerns arising from the inability to test the evidence are sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. The reliability requirement will generally be met by showing (1) that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about; or (2) that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested by means other than contemporaneous cross-examination. These two principal ways of satisfying the reliability requirement are not mutually exclusive categories and they assist in identifying the factors that need to be considered on the admissibility inquiry. [2-3] [35] [37] [42] [49] [61-63] [65]

The trial judge acts as a gatekeeper in making the preliminary assessment of the threshold reliability of a hearsay statement and leaves the ultimate determination of its worth to the fact finder. The factors to be considered on the admissibility inquiry cannot be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, all relevant factors should be considered including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. Comments to the contrary in previous decisions of this Court, including *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, should no longer be followed. In determining admissibility, the court should adopt a more functional approach focussed on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. Whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the context. In each case, the inquiry is limited to determining the evidentiary question of admissibility. Corroborating or conflicting evidence may be considered in the admissibility inquiry in appropriate cases. When the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need for the trial judge to inquire further into the

déclaration est présentée pour établir la véracité de son contenu. Dans certains cas, la preuve par ouï-dire présente des dangers minimes et son exclusion au lieu de son admission générerait la constatation exacte des faits. C'est ainsi que les tribunaux ont établi, au fil du temps, un certain nombre d'exceptions traditionnelles à la règle d'exclusion. La preuve par ouï-dire qui ne relève pas d'une exception traditionnelle peut tout de même être admissible suivant la méthode d'analyse raisonnée, si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire. L'exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où les préoccupations découlant de l'impossibilité de vérifier la preuve sont suffisamment surmontées pour justifier l'admission de cette preuve à titre d'exception à la règle d'exclusion générale. En général, il est possible de satisfaire à l'exigence de fiabilité en démontrant (1) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite, ou (2) que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées autrement qu'au moyen d'un contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est faite. Ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité ne constituent pas des catégories mutuellement exclusives et peuvent aider à reconnaître les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité. [2-3] [35] [37] [42] [49] [61-63] [65]

Le juge du procès joue le rôle de gardien en effectuant cette appréciation préliminaire du seuil de fiabilité d'une déclaration relatée et laisse au juge des faits le soin d'en déterminer en fin de compte la valeur. Les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne sauraient être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Plus exactement, tous les facteurs pertinents devraient être considérés, y compris, dans les cas appropriés, la présence d'éléments de preuve à l'appui ou contradictoires. Les observations contraires formulées dans la jurisprudence de notre Cour, dont l'arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, ne devraient plus être suivies. Pour se prononcer sur l'admissibilité, le tribunal devrait adopter une approche plus fonctionnelle axée sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire qu'on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. La question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse dépendra du contexte. Dans chaque cas, l'examen ne porte que sur la question de l'admissibilité en matière de preuve. Lors de l'examen de l'admissibilité, il est possible, dans les cas appropriés, de prendre en considération une preuve

likely truth of the statement. When reliability is dependent on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge must inquire into those factors tending to show that the statement is true or not. [2] [4] [92-93]

In determining the question of threshold reliability, the trial judge must be mindful that hearsay evidence is presumptively inadmissible. The trial judge's function is to guard against the admission of hearsay evidence which is unnecessary or the reliability of which is neither readily apparent from the trustworthiness of its contents nor capable of being meaningfully tested by the ultimate trier of fact. If the proponent of the evidence cannot meet the twin criteria of necessity and reliability, the general exclusionary rule prevails. In the context of a criminal case, the accused's inability to test the evidence may impact on the fairness of the trial, thereby giving the rule a constitutional dimension. As in all cases, the trial judge has a residual discretion to exclude admissible hearsay evidence where its prejudicial effect is out of proportion to its probative value. [2-3]

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, are examples where the reliability requirement was met because the circumstances in which hearsay statements came about provided sufficient comfort in their truth and accuracy. *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, provide examples where threshold reliability was based on the presence of adequate substitutes for traditional safeguards relied upon to test the evidence. Similarly, in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the striking similarities between the complainant's prior inconsistent out-of-court statement and the accused's independent statement were so compelling that the very high reliability of the complainant's statement rendered its substantive admission necessary. [67-68] [73] [82] [86] [88]

S's videotaped statement to the police was inadmissible. Although S's death before trial made his hearsay statement necessary, the statement was not sufficiently reliable to overcome the dangers it presented. The circumstances in which it came about did not provide reasonable assurances of inherent reliability. A number of serious issues arise including: whether S was mentally

corroborante ou contradictoire. Dans le cas où l'exigence de fiabilité est remplie parce que le juge des faits dispose d'une base suffisante pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire que le juge du procès vérifie davantage si la déclaration est susceptible d'être véridique. Lorsque la fiabilité dépend de la fiabilité inhérente de la déclaration, le juge du procès doit examiner les facteurs tendant à démontrer que la déclaration est véridique ou non. [2] [4] [92-93]

En tranchant la question du seuil de fiabilité, le juge du procès doit être conscient que la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible. Son rôle est de prévenir l'admission d'une preuve par ouï-dire qui n'est pas nécessaire ou dont la fiabilité ne ressort pas clairement de la véracité de son contenu ou ne peut, en dernière analyse, être vérifiée utilement par le juge des faits. Si la partie qui veut présenter la preuve ne peut satisfaire au double critère de la nécessité et de la fiabilité, la règle d'exclusion générale l'emporte. Dans une affaire criminelle, l'incapacité de l'accusé de vérifier la preuve risque de compromettre l'équité du procès, d'où la dimension constitutionnelle de la règle. Comme dans tout litige, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante. [2-3]

Les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, sont des exemples où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles des déclarations relatées avaient été faites étaient suffisamment rassurantes quant à leur véracité et à leur exactitude. Les arrêts *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, sont des exemples où le seuil de fiabilité reposait sur l'existence de substituts adéquats aux garanties traditionnelles invoquées pour vérifier la preuve. De même, dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, les similitudes frappantes entre la déclaration extrajudiciaire incompatible que la plaignante avait faite antérieurement et celle que l'accusé avait faite de façon indépendante étaient si convaincantes qu'il était nécessaire d'admettre quant au fond la déclaration de la plaignante en raison de sa très grande fiabilité. [67-68] [73] [82] [86] [88]

La déclaration enregistrée sur bande vidéo que S avait faite à la police était inadmissible. Même s'il était nécessaire de recourir à la déclaration relatée de S parce que celui-ci était décédé avant l'ouverture du procès, cette déclaration n'était pas suffisamment fiable pour écarter les dangers qu'elle présentait. Les circonstances dans lesquelles elle avait été faite ne constituaient pas

competent; whether he understood the consequences of making his statement; whether he was influenced by C; whether his statement was motivated by dissatisfaction about the management of the home; and, whether his injuries were caused by a fall. S's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and on the trier of fact's ability to properly assess its worth. While the presence of a striking similarity between statements from different complainants could well provide sufficient cogency to warrant the admission of hearsay evidence in an appropriate case, the statements made by the other complainants in this case posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of S's allegations. The admission of the evidence risked impairing the fairness of the trial. Furthermore, S's evidence could have been taken before his death in the presence of a commissioner and the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused. [7] [108]

Cases Cited

Modified: *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; **explained:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; **discussed:** *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); **referred to:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 709 to 714.

Authors Cited

Paciocco, David M. "The Hearsay Exceptions: A Game of 'Rock, Paper, Scissors'", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*. Toronto: Irwin Law, 2004, 17.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown, 1923.

un gage raisonnable de fiabilité inhérente. Un certain nombre de questions sérieuses se posent, notamment celles de savoir si S jouissait de toutes ses facultés mentales, s'il comprenait les conséquences de sa déclaration, s'il a été influencé par C, si sa déclaration était motivée par une insatisfaction à l'égard de l'administration de la maison de retraite et si ses blessures étaient dues à une chute. L'impossibilité de contre-interroger S limitait substantiellement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur. Même si l'existence d'une similitude frappante entre les déclarations de divers plaignants pourrait bien être suffisamment probante pour justifier l'admission d'une preuve par ouï-dire dans un cas approprié, les déclarations des autres plaignants en l'espèce présentaient des difficultés encore plus grandes et n'étaient pas admissibles quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de S. L'admission de cette preuve risquait de compromettre l'équité du procès. En outre, la déposition de S aurait pu être prise, avant son décès, par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui aurait permis de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé. [7] [108]

Jurisprudence

Arrêt modifié : *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; **arrêts interprétés :** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; **arrêts analysés :** *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); **arrêts mentionnés :** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 709 à 714.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

Doctrine citée

Paciocco, David M. « The Hearsay Exceptions : A Game of "Rock, Paper, Scissors" », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence*. Toronto : Irwin Law, 2004, 17.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston : Little, Brown, 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Armstrong and Blair J.J.A.) (2005), 195 O.A.C. 11, 194 C.C.C. (3d) 161, 26 C.R. (6th) 1, [2005] O.J. No. 723 (QL), setting aside the accused's convictions. Appeal dismissed.

John S. McInnes and Elliott Behar, for the appellant.

Timothy E. Breen, for the respondent.

Alexander Budlovsky, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Louis P. Strezos and Joseph Di Luca, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

¹ This appeal turns on the admissibility of hearsay statements under the principled case-by-case exception to the hearsay rule based on necessity and reliability. In particular, guidance is sought on what factors should be considered in determining whether a hearsay statement is sufficiently reliable to be admissible. This Court's decision in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, has generally been interpreted as standing for the proposition that circumstances "extrinsic" to the taking of the statement go to ultimate reliability only and cannot be considered by the trial judge in ruling on its admissibility. The decision has generated much judicial commentary and academic criticism on various grounds, including the difficulty of defining what constitutes an "extrinsic" circumstance and the apparent inconsistency between this holding in *Starr* and the Court's consideration of a semen stain on the declarant's clothing in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, the declarant's motive to lie in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and most relevant to this case, the striking

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Armstrong et Blair) (2005), 195 O.A.C. 11, 194 C.C.C. (3d) 161, 26 C.R. (6th) 1, [2005] O.J. No. 723 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

John S. McInnes et Elliott Behar, pour l'appelante.

Timothy E. Breen, pour l'intimé.

Alexander Budlovsky, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Louis P. Strezos et Joseph Di Luca, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité des déclarations relatées en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, qui s'applique cas par cas et repose sur la nécessité et la fiabilité. Plus particulièrement, des indications sont requises sur les facteurs à considérer pour décider si une déclaration relatée est suffisamment fiable pour être admissible. L'arrêt de notre Cour *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, est généralement interprété comme signifiant que les circonstances « extrinsèques » dans lesquelles la déclaration a été recueillie n'ont une incidence que sur sa fiabilité en dernière analyse et ne peuvent pas être prises en considération par le juge du procès lorsqu'il se prononce sur son admissibilité. Cet arrêt a suscité une multitude de commentaires dans la jurisprudence et de critiques dans la doctrine pour diverses raisons, dont la difficulté de définir ce qui constitue une circonstance « extrinsèque » et l'incohérence manifeste entre cette conclusion de l'arrêt *Starr* et le fait que la Cour a pris en considération une tache de sperme trouvée sur les vêtements de la déclarante dans l'affaire *R. c. Khan*,

similarities between statements in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

As a general principle, all relevant evidence is admissible. The rule excluding hearsay is a well-established exception to this general principle. While no single rationale underlies its historical development, the central reason for the presumptive exclusion of hearsay statements is the general inability to test their reliability. Without the maker of the statement in court, it may be impossible to inquire into that person's perception, memory, narration or sincerity. The statement itself may not be accurately recorded. Mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods may go undetected and lead to unjust verdicts. Hence, the rule against hearsay is intended to enhance the accuracy of the court's findings of fact, not impede its truth-seeking function. However, the extent to which hearsay evidence will present difficulties in assessing its worth obviously varies with the context. In some circumstances, the evidence presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding. Hence, over time a number of exceptions to the rule were created by the courts. Just as traditional exceptions to the exclusionary rule were largely crafted around those circumstances where the dangers of receiving the evidence were sufficiently alleviated, so too must be founded the overarching principled exception to hearsay. When it is necessary to resort to evidence in this form, a hearsay statement may be admitted if, because of the way in which it came about, its contents are trustworthy, or if circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. If the proponent of the evidence cannot meet the twin criteria of necessity and reliability, the general exclusionary rule prevails. The trial judge acts as a gatekeeper in making this preliminary assessment of the "threshold reliability" of the hearsay statement and leaves the ultimate determination of its worth to the fact finder.

[1990] 2 R.C.S. 531, la raison de mentir de la déclarante dans l'affaire *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et, ce qui est le plus pertinent en l'espèce, les similitudes frappantes entre les déclarations dans l'affaire *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

En général, tout élément de preuve pertinent est admissible. La règle excluant le oui-dire est une exception bien établie à ce principe général. Bien qu'aucun raisonnement unique n'en sous-tende l'évolution historique, l'exclusion dont les déclarations relatées sont présumées faire l'objet tient essentiellement à l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Si le déclarant n'est pas présent en cour, il peut se révéler impossible de mettre à l'épreuve sa perception, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que la déclaration elle-même ne fasse pas l'objet d'un compte rendu exact. Des erreurs, des exagérations ou des faussetés délibérées peuvent passer inaperçues et mener à des verdicts injustes. Ainsi, la règle interdisant le oui-dire est censée accroître l'exactitude des conclusions de fait du tribunal et non entraver sa fonction de recherche de la vérité. Toutefois, la difficulté de déterminer la valeur de la preuve par oui-dire varie selon le contexte. Dans certains cas, cette preuve présente des dangers minimes et son *exclusion* au lieu de son admission générerait la constatation exacte des faits. C'est ainsi que les tribunaux ont établi, au fil du temps, un certain nombre d'exceptions à la règle. Tout comme les exceptions traditionnelles à la règle d'exclusion ont été largement conçues en fonction des circonstances où les dangers liés à l'admission de la preuve étaient suffisamment atténués, il doit en être de même pour l'exception générale raisonnée à la règle du oui-dire. Lorsqu'il est nécessaire de recourir à ce type de preuve, une déclaration relatée peut être admise si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent, en fin de compte, au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Si la partie qui veut présenter la preuve ne peut satisfaire au double critère de la nécessité et de la fiabilité, la règle d'exclusion générale l'emporte. Le juge du procès joue le rôle de gardien en effectuant cette appréciation préliminaire du « seuil de fiabilité » de la déclaration relatée et laisse au juge des faits le soin d'en déterminer en fin de compte la valeur.

3

The distinction between threshold and ultimate reliability reflects the important difference between admission and reliance. Admissibility is determined by the trial judge based on the governing rules of evidence. Whether the evidence is relied upon to decide the issues in the case is a matter reserved for the ultimate trier of fact to decide in the context of the entirety of the evidence. The failure to respect this distinction would not only result in the undue prolongation of admissibility hearings, it would distort the fact-finding process. In determining the question of threshold reliability, the trial judge must be mindful that hearsay evidence is presumptively *inadmissible*. The trial judge's function is to guard against the admission of hearsay evidence which is unnecessary in the context of the issue to be decided, or the reliability of which is neither readily apparent from the trustworthiness of its contents, nor capable of being meaningfully tested by the ultimate trier of fact. In the context of a criminal case, the accused's inability to test the evidence may impact on the fairness of the trial, thereby giving the rule a constitutional dimension. Concerns over trial fairness not only permeate the decision on admissibility, but also inform the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence even if necessity and reliability can be shown. As in all cases, the trial judge has the discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect is out of proportion to its probative value.

4

As I will explain, I have concluded that the factors to be considered on the admissibility inquiry cannot be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Comments to the contrary in previous decisions of this Court should no longer be followed. Rather, all relevant factors should be considered including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. In each case, the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility.

La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse reflète la différence importante entre admettre un élément de preuve et s'y fier. Le juge du procès détermine l'admissibilité en fonction des règles de preuve applicables. C'est au juge des faits qu'il appartient en fin de compte de décider, au regard de l'ensemble de la preuve, s'il y a lieu de se fier à cet élément de preuve pour trancher les questions en litige. L'omission de respecter cette distinction aurait pour effet non seulement de prolonger indûment les audiences portant sur l'admissibilité, mais également de fausser le processus de constatation des faits. En tranchant la question du seuil de fiabilité, le juge du procès doit être conscient que la preuve par ouï-dire est présumée *inadmissible*. Son rôle est de prévenir l'admission d'une preuve par ouï-dire qui n'est pas nécessaire pour trancher la question en litige ou dont la fiabilité ne ressort pas clairement de la véracité de son contenu ou ne peut, en dernière analyse, être vérifiée utilement par le juge des faits. Dans une affaire criminelle, l'incapacité de l'accusé de vérifier la preuve risque de compromettre l'équité du procès, d'où la dimension constitutionnelle de la règle. Les préoccupations relatives à l'équité du procès imprègnent non seulement la décision concernant l'admissibilité, mais encore guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure des éléments de preuve même si leur nécessité et leur fiabilité peuvent être démontrées. Comme dans tout litige, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante.

Comme je l'expliquerai, je suis arrivée à la conclusion que les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne sauraient être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Les observations contraires formulées dans la jurisprudence de notre Cour ne devraient plus être suivies. Plus exactement, tous les facteurs pertinents devraient être considérés, y compris, dans les cas appropriés, la présence d'éléments de preuve à l'appui ou contradictoires. Dans chaque cas, l'examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l'admissibilité.

In May 1999, five elderly residents of a retirement home told various people that they were assaulted by the manager of the home, the respondent, Ramnarine Khelawon. At the time of trial, approximately two and a half years later, four of the complainants had died of causes unrelated to the assaults, and the fifth was no longer competent to testify. Only one of the complainants had testified at the preliminary inquiry. The central issue at trial was whether the hearsay statements provided by the complainants had sufficient threshold reliability to be received in evidence. Grossi J. held that the hearsay statements from each of the complainants were sufficiently reliable to be admitted in evidence, based in large part on the “striking” similarity between them. He ultimately found Mr. Khelawon guilty of the offences in respect of two of the complainants, Mr. Skupien and Mr. Dinino, and acquitted him on the remaining counts. Mr. Khelawon was sentenced to two and a half years of imprisonment for the offences relating to Mr. Skupien and an additional two years for the offences related to Mr. Dinino.

On appeal to the Court of Appeal for Ontario, Rosenberg J.A. (Armstrong J.A. concurring) excluded all statements and acquitted Mr. Khelawon. Blair J.A., in dissent, would have upheld the convictions in respect of Mr. Skupien only. The Crown appeals to this Court as of right, seeking to restore the convictions relating to Mr. Skupien. The Crown also sought but was denied leave in respect of the charges relating to Mr. Dinino.

In my view, Mr. Skupien’s videotaped statement to the police was inadmissible. Although Mr. Skupien’s death before the commencement of the trial made it necessary to resort to his evidence in this form, the statement was not sufficiently reliable to overcome the dangers it presented. The circumstances in which it came about did not provide reasonable assurances of inherent reliability. To the contrary, they gave rise to a number of serious issues including: whether Mr. Skupien was

5
En mai 1999, cinq personnes âgées résidant dans une maison de retraite ont dit à différentes personnes que le directeur de l’établissement, l’intimé Ramnarine Khelawon, les avaient agressées. Au moment du procès, environ deux ans et demi plus tard, quatre des plaignants étaient décédés de causes non liées aux agressions et le cinquième n’était plus habile à témoigner. Un seul des plaignants avait témoigné à l’enquête préliminaire. La principale question en litige était de savoir si les déclarations relatées des plaignants atteignaient un seuil de fiabilité suffisant pour qu’elles puissent être admises en preuve. Le juge Grossi a conclu que les déclarations relatées de chacun des plaignants étaient suffisamment fiables pour être admises en preuve, en raison, dans une large mesure, de leur similitude « frappante ». En fin de compte, il a déclaré M. Khelawon coupable des infractions relatives à deux des plaignants, soit MM. Skupien et Dinino, et l’a acquitté à l’égard des autres chefs. M. Khelawon a été condamné à une peine d’emprisonnement de deux ans et demi pour les infractions relatives à M. Skupien et à une peine additionnelle de deux ans pour celles relatives à M. Dinino.

6
Lors de l’appel devant la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Rosenberg (avec l’appui du juge Armstrong) a exclu toutes les déclarations et a acquitté M. Khelawon. Le juge Blair, dissident, aurait pour sa part maintenu les déclarations de culpabilité relatives à M. Skupien seulement. Dans son pourvoi de plein droit devant notre Cour, le ministère public sollicite le rétablissement des déclarations de culpabilité relatives à M. Skupien. Il a également sollicité l’autorisation d’appeler des accusations relatives à M. Dinino, mais celle-ci lui a été refusée.

7
À mon avis, la déclaration enregistrée sur bande vidéo que M. Skupien a faite à la police était inadmissible. Même s’il était nécessaire de recourir à ce type de témoignage de M. Skupien parce que celui-ci était décédé avant l’ouverture du procès, la déclaration n’était pas suffisamment fiable pour écarter les dangers qu’elle présentait. Les circonstances dans lesquelles elle a été faite ne constituaient pas un gage raisonnable de fiabilité inhérente. Au contraire, elles soulevaient un certain nombre de

mentally competent, whether he understood the consequences of making his statement, whether he was influenced in making the allegations by a disgruntled employee who had been fired by Mr. Khelawon, whether his statement was motivated by a general dissatisfaction about the management of the home, and whether his injuries were caused by a fall rather than the assault. In these circumstances, Mr. Skupien's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact's ability to properly assess its worth. The statements made by other complainants posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of Mr. Skupien's allegations. In all the circumstances, particularly given that the Crown's case against Mr. Khelawon was founded on the hearsay statement, the admission of the evidence risked impairing the fairness of the trial and should not have been permitted. As Rosenberg J.A. aptly noted, the admission of the evidence under the principled approach to the hearsay rule is not the only way the evidence of witnesses who may not be available for trial may be preserved. Sections 709 to 714 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, expressly contemplate this eventuality and provide a procedure for the taking of the evidence before a commissioner in the presence of the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused.

8 For reasons that follow, I would therefore dismiss the appeal and affirm the acquittals.

2. Background

9 Mr. Khelawon was charged with aggravated assault on Teofil Skupien and threatening to cause him death. He was also charged with aggravated assault and assault with a weapon on Atilio Dinino, and assault causing bodily harm on three other complainants. The offences were alleged to have occurred during the month of May 1999 and, at the time, all the complainants were residents

questions sérieuses, notamment celles de savoir si M. Skupien jouissait de toutes ses facultés mentales, s'il comprenait les conséquences de sa déclaration, s'il avait été influencé, dans ses allégations, par une employée mécontente qui avait été congédiée par M. Khelawon, si sa déclaration était motivée par une insatisfaction générale à l'égard de l'administration de la maison de retraite et si ses blessures étaient dues à une chute plutôt qu'à l'agression. Dans ces circonstances, l'impossibilité de contre-interroger M. Skupien limitait substantiellement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et, partant, la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur. Les déclarations des autres plaignants présentaient des difficultés encore plus grandes et n'étaient pas admissibles quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de M. Skupien. Compte tenu de l'ensemble des circonstances et, en particulier, du fait que la preuve du ministère public contre M. Khelawon reposait sur la déclaration relatée, l'admission de ce témoignage risquait de compromettre l'équité du procès et n'aurait pas dû être autorisée. Comme l'a judicieusement fait remarquer le juge Rosenberg, l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire n'est pas la seule façon de préserver le témoignage de personnes qui peuvent être dans l'impossibilité de se présenter au procès. Les articles 709 à 714 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, envisagent expressément cette éventualité et établissent une procédure de prise de déposition par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui permet de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les acquittements.

2. Contexte

M. Khelawon a été accusé de voies de fait graves et de menaces de mort à l'endroit de Teofil Skupien. Il a également été accusé de voies de faits graves et d'agression armée à l'endroit d'Atilio Dinino ainsi que d'agression ayant causé des lésions corporelles à trois autres plaignants. Ces infractions auraient été commises au cours du mois de mai 1999 et, à l'époque, tous les plaignants étaient des

at the Bloor West Village Retirement Home. Mr. Khelawon was the manager of the retirement home and his mother was the owner. As indicated earlier, none of the complainants was available to testify at trial. Hence, the central issue concerned the admissibility of their hearsay statements made to various people. There were 10 statements in total, four of which consisted of videotaped statements made to the police. The trial, held before Grossi J. without a jury, proceeded essentially as a *voir dire* into the admissibility of the evidence, with counsel agreeing that it would not be necessary to repeat the evidence about any statements later ruled admissible. None of the statements fit within any traditional exception to the hearsay rule. Their admissibility, rather, was contingent upon the Crown meeting the twin requirements of necessity and reliability under the principled approach to the hearsay rule, as established in *Khan*, *Smith* and, later, *Starr*.

The charges concerning Mr. Skupien are the only matters before this Court. I will therefore summarize the evidence concerning Mr. Skupien's statements in more detail. I will also describe the circumstances surrounding the taking of the statements from the other complainants to the extent that it is relevant to dispose of this appeal. The Crown sought to introduce three statements made by Mr. Skupien: the first to an employee of the retirement home, the second to the doctor who treated him for his injuries, and the third to the police. Only the latter was admitted at trial. I will describe each statement in turn.

2.1 *Mr. Skupien's Statement to Ms. Stangrat*

Mr. Skupien was 81 years old and, at the time of the events in question, he had lived at the Bloor West Village Retirement Home for four years. Mr. Skupien's initial complaint was made to one of the employees at the retirement home, Joanna Stangrat. Ms. Stangrat, also known under several other names, was a cook who had been working

résidents de Bloor West Village Retirement Home. M. Khelawon était le directeur de l'établissement et sa mère en était la propriétaire. Comme je l'ai indiqué précédemment, aucun des plaignants n'était disponible pour témoigner au procès. En conséquence, la principale question concernait l'admissibilité des déclarations relatées qu'ils avaient faites à diverses personnes. Il y avait en tout 10 déclarations, dont quatre à la police qui étaient enregistrées sur bande vidéo. Le procès tenu devant le juge Grossi siégeant sans jury s'est déroulé essentiellement comme un voir-dire sur l'admissibilité de la preuve, les avocats ayant convenu qu'il ne serait pas nécessaire de reprendre la preuve concernant les déclarations qui seraient par la suite jugées admissibles. Aucune des déclarations n'était visée par quelque exception traditionnelle à la règle du oui-dire. Pour qu'elles soient admissibles, le ministère public devait plutôt satisfaire à la double exigence de nécessité et de fiabilité selon la méthode d'analyse raisonnée de la règle du oui-dire, établie dans les arrêts *Khan*, *Smith* et, par la suite, *Starr*.

Les accusations relatives à M. Skupien sont les seules soumises à notre Cour. Je vais donc faire un résumé plus détaillé de la preuve concernant les déclarations de M. Skupien. Je vais également décrire les circonstances entourant l'obtention des déclarations des autres plaignants dans la mesure où elles sont pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Le ministère public a cherché à produire trois déclarations de M. Skupien : la première faite à une employée de la maison de retraite, la deuxième, au médecin qui a soigné ses blessures, et la troisième, à la police. Seule la dernière déclaration a été admise en preuve au procès. Je décrirai chacune des déclarations à tour de rôle.

2.1 *La déclaration de M. Skupien à M^{me} Stangrat*

Au moment des faits en question, M. Skupien était âgé de 81 ans et vivait depuis quatre ans dans l'établissement Bloor West Village Retirement Home. Il a adressé sa première plainte à l'une des employés de la maison de retraite, M^{me} Joanna Stangrat. Celle-ci, connue également sous plusieurs autres noms, était cuisinière à la maison de retraite

10

11

at the retirement home for a few months. She had come to know Mr. Skupien because he would often visit the kitchen and would sometimes walk her to the subway at the end of her shifts. Ms. Stangrat played a prominent role in the case concerning Mr. Skupien. In part, it was the theory of the defence at trial that she had influenced Mr. Skupien and the other complainants in making their complaints out of spite because Mr. Khelawon had given her a notice of termination a few weeks earlier.

12 On May 8, 1999, Ms. Stangrat noticed that Mr. Skupien did not come to breakfast. She went to check on him in his room and found him lying on his bed. His face was red and there was blood around his mouth. When she got closer to him she saw bruising on his eye and nose. His eyes were swollen. When Mr. Skupien saw her, he asked her to come in and close the door. He appeared to be in shock and very shaky. Ms. Stangrat noticed two full green garbage bags on the floor. She closed the door and asked him what had happened and what was in the green garbage bags. Mr. Skupien told her what had happened the previous evening. He also showed her bruises on his upper left chest area.

13 Mr. Skupien told Ms. Stangrat that he had to leave before twelve o'clock that day because "Tony", the name Mr. Khelawon went by, would come back and kill him. Mr. Skupien described to Ms. Stangrat how Mr. Khelawon had come into his room in anger at about 8:00 p.m. the previous evening, and had punched him repeatedly in the face and ribs. After beating him up, Mr. Khelawon had packed the clothes into the green garbage bags and left them on the floor. Ms. Stangrat asked Mr. Skupien why Mr. Khelawon would attack him in this way. He told her that Tony was angry because Mr. Skupien had been going to the kitchen when he had no reason to go there. When the assault ended, Mr. Khelawon threatened Mr. Skupien that either he moved out of the home by noon the next day or he would return and kill him. Mr. Skupien asked her what he should do. Ms. Stangrat told him

depuis quelques mois. Elle connaissait M. Skupien parce que celui-ci se rendait souvent à la cuisine et l'accompagnait parfois jusqu'au métro à la fin de son quart de travail. M^{me} Stangrat a joué un rôle important dans le dossier concernant M. Skupien. La thèse de la défense voulait notamment qu'elle ait amené M. Skupien et les autres plaignants à porter plainte pour se venger de M. Khelawon qui lui avait remis un avis de cessation d'emploi quelques semaines auparavant.

Le 8 mai 1999, M^{me} Stangrat a remarqué que M. Skupien n'était pas venu prendre son petit déjeuner. Elle s'est rendue à sa chambre pour vérifier s'il allait bien et l'a trouvé étendu sur son lit. Son visage était rouge et il avait du sang autour de la bouche. Lorsqu'elle s'est approchée de lui, elle a constaté que son œil et son nez étaient contusionnés. Ses yeux étaient enflés. Lorsque M. Skupien l'a aperçue, il lui a demandé d'entrer et de fermer la porte. Il semblait être en état de choc et très mal en point. M^{me} Stangrat a remarqué la présence sur le plancher de deux grands sacs à ordures verts remplis. Elle a fermé la porte et lui a demandé ce qui s'était passé et ce que contenaient les deux sacs à ordures. M. Skupien lui a raconté ce qui s'était passé le soir précédent. Il lui a aussi montré les ecchymoses qu'il avait sur la partie supérieure gauche de sa poitrine.

M. Skupien a dit à M^{me} Stangrat qu'il devait quitter la maison de retraite avant midi ce même jour parce que « Tony », le surnom de M. Khelawon, reviendrait pour le tuer. Il a expliqué à M^{me} Stangrat que M. Khelawon était entré dans sa chambre en colère vers 20 h le soir précédent et l'avait roué de coups de poing au visage et dans les côtes. Après l'avoir battu, M. Khelawon avait entassé ses vêtements dans les sacs à ordures verts qu'il avait ensuite laissés sur le plancher. M^{me} Stangrat a demandé à M. Skupien pourquoi M. Khelawon l'avait ainsi attaqué. Celui-ci a répondu que Tony lui reprochait de se rendre à la cuisine alors qu'il n'avait aucune raison d'y aller. Après avoir agressé M. Skupien, M. Khelawon l'a menacé en lui disant de quitter la maison de retraite avant midi le lendemain, sinon il reviendrait pour le tuer. M. Skupien a demandé à M^{me} Stangrat ce qu'il devait faire. Elle

she would phone her daughter to come and get him and that he should stay in his room until she was finished her duties for the day.

Ms. Stangrat arranged for Mr. Skupien to stay at her daughter's home later that day, and then to her apartment. Mr. Skupien was in pain but he was scared and did not want to see a doctor at that time. Ms. Stangrat kept Mr. Skupien at her apartment where she and a friend of hers alternated caring for him. A few days later, Mr. Skupien agreed to go to the doctor. Ms. Stangrat and her friend took him to see Dr. Pietraszek.

2.2 *Mr. Skupien's Statement to the Treating Physician*

On May 12, 1999, Dr. Pietraszek examined Mr. Skupien. He found visible bruising to Mr. Skupien's face as well as bruises to his back and on the left side of his chest and noted that Mr. Skupien appeared to be in pain while breathing. X-rays revealed that he had suffered fractures to three ribs. Dr. Pietraszek testified that Mr. Skupien told him he had been hit in the face and body with something that was either a cane or a pipe. He denied any suggestion that Ms. Stangrat had related the story but acknowledged that she was present and may have helped him in describing what had happened. Dr. Pietraszek considered that the injuries were consistent with Mr. Skupien's account of how they were caused. He also testified that the injuries could have resulted from a fall.

2.3 *Mr. Skupien's Videotaped Statement to the Police*

The following day, on May 13, 1999, Ms. Stangrat took Mr. Skupien to the police. Detective Karpow took his complaint. He observed bruising to the left side of Skupien's face, in the eye area. He arranged for Mr. Skupien to give a videotaped statement. Both Detective Karpow and Constable John Birrell were present. The statement was not

lui a dit qu'elle téléphonerait à sa fille pour qu'elle vienne le chercher et lui a conseillé de rester dans sa chambre jusqu'à ce qu'elle ait terminé ses tâches de la journée.

M^{me} Stangrat a fait en sorte que M. Skupien demeure chez sa fille plus tard le même jour, et ensuite à son propre appartement. M. Skupien était souffrant, mais il refusait alors de consulter un médecin parce qu'il avait peur. M^{me} Stangrat l'a gardé à son appartement où elle et une de ses amies se sont occupées de lui à tour de rôle. Quelques jours plus tard, M. Skupien a accepté de se rendre chez le médecin. M^{me} Stangrat et son amie l'ont amené voir le D^r Pietraszek.

2.2 *La déclaration de M. Skupien au médecin traitant*

Le 12 mai 1999, le D^r Pietraszek a examiné M. Skupien. Il a constaté la présence d'ecchymoses dans son visage ainsi que dans son dos et sur la partie gauche de sa poitrine. Il a aussi remarqué que M. Skupien semblait éprouver de la douleur en respirant. Des radiographies ont permis de constater que trois de ses côtes étaient fracturées. Dans son témoignage, le D^r Pietraszek a affirmé que M. Skupien lui avait dit avoir été frappé au visage et sur le corps avec ce qui lui avait semblé être une canne ou un tuyau. Le médecin a rejeté toute idée que M^{me} Stangrat ait raconté cette histoire, mais il a reconnu qu'elle était présente et qu'elle pouvait avoir aidé M. Skupien à décrire ce qui s'était passé. Le D^r Pietraszek a estimé que les blessures pouvaient avoir été causées de la façon relatée par M. Skupien. Il a également témoigné que les blessures pouvaient être dues à une chute.

2.3 *La déclaration enregistrée sur bande vidéo que M. Skupien a faite à la police*

Le lendemain, soit le 13 mai 1999, M^{me} Stangrat a conduit M. Skupien au poste de police. Le détective Karpow a reçu sa plainte. Il a remarqué la présence d'ecchymoses sur la partie gauche du visage de M. Skupien, près de l'œil. Le détective s'est arrangé pour que M. Skupien fasse une déclaration enregistrée sur bande vidéo. Le détective Karpow

14

15

16

given under oath; however, Mr. Skupien was asked if he understood that it was very important that he tell the truth and that if he did not tell the truth “[he] could be charged with that”. Mr. Skupien answered “Yes” to both questions. After a few other preliminary questions, he was asked what his complaint was. Mr. Skupien described how, on May 7, 1999, Tony came to his room and said: “enough is enough”. He then began beating him by slapping and punching him in the face, the ribs and all over, telling him not to go into the kitchen. He said that if he did not leave, he would come by 12 o’clock the next day and shoot him. Mr. Skupien then went on at some length to make several complaints about the general management of the retirement home until Detective Karpow brought him back to the matter at hand by asking him further questions about the incident and the events that followed. Mr. Skupien was generally responsive to the officer’s questions.

17 After the interview was completed, Mr. Khelawon was arrested.

2.4 *Further Investigation*

18 Ms. Stangrat gave the police a list of other people that she thought they should speak to at the retirement home. The next day, on May 14, 1999, several police officers attended the home to seek these people out. Because there were no markings on the doors, the police had to search through the residence, speaking to residents and nursing staff. When some of the people were located, they were found to be “unresponsive” and no meaningful interviews could be conducted with them. Others, however, were able and willing to speak. The police would identify themselves as police, then ask the residents how things were going at the home and if anything had happened to them that they wanted to talk about. The police arranged to take videotaped statements from those who wanted to speak to them. These included three of the other

et l’agent John Birrell étaient présents. La déclaration n’a pas été faite sous serment, mais on a demandé à M. Skupien s’il comprenait qu’il était très important de dire la vérité et que, s’il mentait, [TRADUCTION] « des accusations en ce sens pourraient être portées contre [lui] ». M. Skupien a répondu « oui » aux deux questions. Après quelques autres questions préliminaires, on lui a demandé en quoi consistait sa plainte. Il a alors expliqué comment, le 7 mai 1999, Tony s’était rendu à sa chambre et lui avait dit « en voilà assez ». Il s’était ensuite mis à le battre en lui administrant des gifles et des coups de poing au visage, dans les côtes et un peu partout, et en lui interdisant d’aller à la cuisine. Tony avait dit à M. Skupien que s’il ne partait pas, il reviendrait à midi le lendemain pour l’abattre. M. Skupien a ensuite pris la peine d’ajouter plusieurs plaintes concernant l’administration générale de la maison de retraite, jusqu’à ce que le détective Karpow lui rappelle l’objet de sa démarche en lui posant d’autres questions sur l’épisode en cause et la suite des événements. M. Skupien a généralement bien répondu aux questions du policier.

À la suite de cet entretien, M. Khelawon a été arrêté.

2.4 *L’enquête plus approfondie*

M^{me} Stangrat a remis aux policiers une liste d’autres personnes auxquelles, selon elle, ils devraient aller s’adresser à la maison de retraite. Le lendemain, soit le 14 mai 1999, plusieurs policiers sont allés rencontrer ces personnes à la maison de retraite. Comme il n’y avait pas d’inscriptions sur les portes, les agents ont dû visiter tout l’établissement, s’entretenant avec des résidents et des membres du personnel infirmier. Parmi les personnes trouvées, certaines se sont montrées [TRADUCTION] « peu réceptives », d’où l’impossibilité d’avoir un entretien utile avec elles. D’autres, toutefois, ont pu et ont voulu parler. Après avoir divulgué leur identité, les policiers demandaient aux résidents comment ça allait à la maison de retraite et s’ils souhaitaient discuter de ce qui pouvait leur être arrivé. Les policiers se sont arrangés pour enregistrer sur bande

complainants, Mr. Dinino, Ms. Poliszak and Mr. Grocholska. The fourth complainant, Mr. Peiszterer, could not communicate with the police; however, his son provided a videotaped statement.

2.5 *Medical Records*

On May 15, 1999, Detective Karpow attended at the retirement home and met with Dr. Michalski, a physician who attended regularly at the home to see the residents. On May 18, 1999, the police returned to the home and seized the medical records and a journal containing nursing notes.

Documentation from Mr. Skupien's file revealed that he had been living in an apartment before suffering a stroke in February 1995. He was transferred to the retirement home in April 1995. A report dated April 13, 1995 noted his condition after the stroke. He suffered occasional periods of confusion, could not go outside on his own, needed help with meal preparation and banking, and had to be reminded to take his medication, but was able to perform all self-care tasks.

Dr. Michalski's file noted frequent contact with Mr. Skupien during his stay at the retirement home. From time to time, he was described as "depressed", "aggressive", "angry", and "paranoid". A diagnosis of paranoid psychosis was made in June 1998 and medication was prescribed. In July 1998, "some improvement in paranoia" was noted. In August 1998, he was described as "angry, hostile" and his dosage was increased. In August 1998, he was described as "confused". The possibility of dementia was first noted. In September 1998, he was diagnosed with "depression" and prescribed medication. In September 1998, improvement with the depression was noted, and although apparently "eliminated" in January 1999, depression was again noted in February 1999. The notes

vidéo les déclarations des personnes qui voulaient leur parler, dont celles de trois autres plaignants, M. Dinino, M^{me} Poliszak et M. Grocholska. Le quatrième plaignant, M. Peiszterer, n'a pas été en mesure de communiquer avec la police, mais son fils a fourni une déclaration enregistrée sur bande vidéo.

2.5 *Les dossiers médicaux*

Le 15 mai 1999, le détective Karpow s'est rendu à la maison de retraite où il a rencontré le D^r Michalski, un médecin appelé régulièrement à y soigner les résidents. Le 18 mai 1999, la police est retournée à la maison de retraite et a saisi les dossiers médicaux et un journal contenant des notes du personnel infirmier.

La documentation tirée du dossier de M. Skupien a révélé que celui-ci habitait en appartement jusqu'à ce qu'il soit victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) en février 1995. Il a été transféré à la maison de retraite en avril 1995. Un rapport daté du 13 avril 1995 fait état de sa condition après l'AVC. Il connaissait parfois des périodes de confusion, il ne pouvait sortir seul à l'extérieur et il avait besoin d'aide pour préparer ses repas, effectuer ses opérations bancaires et se rappeler de prendre ses médicaments, mais il était en mesure d'accomplir toutes les tâches en matière de soins personnels.

Le dossier du D^r Michalski faisait état de rencontres fréquentes avec M. Skupien pendant son séjour à la maison de retraite. Parfois, il était décrit comme étant [TRADUCTION] « dépressif », « agressif », « en colère » et « paranoïaque ». En juin 1998, un diagnostic de psychose paranoïaque a été établi et des médicaments ont été prescrits. En juillet 1998, « la paranoïa a diminué quelque peu ». En août 1998, M. Skupien a été décrit comme étant « en colère et agressif » et la dose a été augmentée. En août 1998, il était qualifié de « confus ». La possibilité de démence était notée pour la première fois. En septembre 1998, un diagnostic de « dépression » a été établi et des médicaments ont été prescrits. Toujours en septembre 1998, une note indique que la dépression est

19

20

21

also reflect a number of complaints of fatigue, weakness and dizziness.

2.6 *Expert Evidence on the Voir Dire*

22

Dr. Susan Lieff, a geriatric psychiatrist, was qualified to provide opinion evidence on the *voir dire* with respect to Mr. Skupien's capacity to understand the importance of telling the truth and communicate evidence. She also provided an opinion with respect to Mr. Dinino. Her opinion was based solely on her review of the videotaped interviews and medical records. With regard to Mr. Skupien, Dr. Lieff testified that the videotape did not reveal any impaired judgment, delusions or hallucinations, or intellectual pathology. He seemed to comprehend what was asked and responded appropriately. In Dr. Lieff's view, Mr. Skupien's affirmative answer "Yes", when advised of the need to be truthful, reflected a clear understanding. Dr. Lieff did not consult with Dr. Michalski but took issue with his diagnosis of "dementia". In her opinion, the symptoms observed by Dr. Michalski were more likely side-effects of the anti-psychotic medication he was taking at the time. Dr. Lieff concluded that Mr. Skupien understood that it was important to tell the truth and that he had the capacity to communicate evidence.

3. Trial Judge's Ruling on Admissibility

23

As a preliminary issue, the trial judge ruled that the four complainants who had given videotaped statements were competent at the time within the meaning of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which he interpreted as requiring that "witnesses must know the importance of telling the truth and must be able to communicate the evidence". In support of this finding, the trial judge relied on his own viewing of the videotapes and on Dr. Lieff's opinion evidence. (The

atténuée et, même si elle était apparemment « éliminée » en janvier 1999, la dépression a de nouveau été notée en février 1999. Ces notes font également état d'un certain nombre de plaintes de fatigue, de faiblesse et d'étourdissements.

2.6 *Le témoignage d'expert lors du voir-dire*

La D^{re} Susan Lieff, une psychiatre gériatrique, a été autorisée à présenter, lors du voir-dire, un témoignage d'opinion sur la capacité de M. Skupien de comprendre l'importance de dire la vérité et de communiquer les faits dans son témoignage. Elle a également exprimé une opinion au sujet de M. Dinino. Son opinion était fondée uniquement sur son examen des entretiens enregistrés sur bande vidéo et des dossiers médicaux. En ce qui concerne M. Skupien, la D^{re} Lieff a témoigné que l'enregistrement ne révélait aucun affaiblissement de jugement, aucun délire, aucune hallucination ni aucune pathologie mentale. Il paraissait comprendre les questions posées et il donnait des réponses pertinentes. Selon la D^{re} Lieff, le « oui » que M. Skupien a répondu lorsqu'il a été informé de la nécessité de dire la vérité indiquait qu'il avait bien compris ce qu'on lui disait. La D^{re} Lieff n'a pas consulté le D^r Michalski, mais elle a contesté son diagnostic de « démence ». À son avis, les symptômes observés par le D^r Michalski s'apparentaient davantage à des effets secondaires du médicament antipsychotique que M. Skupien prenait à l'époque. La D^{re} Lieff a conclu que M. Skupien comprenait l'importance de dire la vérité et qu'il était capable de communiquer les faits dans son témoignage.

3. La décision du juge du procès concernant l'admissibilité

À titre préliminaire, le juge du procès a conclu que les quatre plaignants ayant fait des déclarations enregistrées sur bande vidéo avaient à l'époque la capacité requise au sens de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, qu'il a interprété comme exigeant que [TRADUCTION] « les témoins connaissent l'importance de dire la vérité et soient capables de communiquer les faits dans leur témoignage ». Il a fondé sa conclusion sur son propre visionnement des bandes vidéo et sur

mental capacity of the hearsay declarant is a relevant factor on an inquiry into the statement's admissibility as it may impact on the reliability of the hearsay statement; however, it is important to note that s. 16 has no application here. Section 16 sets out the threshold competency requirement for receiving the testimony of a witness *in court*. The threshold is a low one and the witness's testimony, if received, is then subject to cross-examination in the usual way, including on any relevant matter concerning the witness's mental state. The inquiry into the admissibility of a hearsay statement may require more extensive probing into the declarant's mental competency at the time of making the statement when there is no opportunity to cross-examine the declarant.)

After determining the s. 16 issue, the trial judge considered the necessity criterion. Although certain questions were raised at trial as to whether this criterion was met with respect to some of the complainants' statements, none of the issues concerned Mr. Skupien and hence need not be reviewed here.

Finally, the trial judge turned to the question of threshold reliability. He determined that all videotaped statements to the police met the reliability requirement. In support of this finding, he noted that there was "nothing untoward in the police procedure in taking the statements" and, although three of the complainants' statements were taken at the retirement home, rather than at the police station, he found that the "circumstances of taking the statements [were] as formal and solemn as could be expected in the situation". He noted that there was "no animosity directed at the accused" by the complainants in their statements other than voicing their complaint. The complainants "appeared forthright", they were "not evasive", and they did not "attempt to overstate their injuries". There were no "exceedingly leading" questions and, to the extent that there was leading, it went to weight rather than admissibility. All the statements were contemporaneous or made shortly after the events that they described. They knew their assailant well and there was no realistic alternative suspect. Further, both

le témoignage d'opinion de la D^{re} Lieff. (La capacité mentale du déclarant est pertinente pour examiner l'admissibilité d'une déclaration relatée étant donné qu'elle peut avoir une incidence sur la fiabilité de cette déclaration; cependant, il importe de souligner que l'art. 16 ne s'applique pas en l'espèce. Cet article établit la capacité minimale requise pour qu'un témoignage soit admis *en cour*. Ce seuil est bas et si le témoignage est reçu, il fait ensuite l'objet du contre-interrogatoire habituel qui porte notamment sur toute question pertinente concernant l'état d'esprit du témoin. L'examen de l'admissibilité d'une déclaration relatée peut requérir un examen plus approfondi de la capacité mentale du déclarant au moment où il a fait la déclaration, dans le cas où il est impossible de le contre-interroger.)

Après avoir tranché la question de l'art. 16, le juge du procès s'est penché sur le critère de la nécessité. Bien que des questions soulevées au procès aient visé à déterminer si certaines déclarations des plaignants satisfaisaient à ce critère, aucune de ces questions ne concernaient M. Skupien et c'est pourquoi il n'est pas nécessaire de les examiner en l'espèce.

Enfin, le juge du procès a examiné la question du seuil de fiabilité. Il a conclu que toutes les déclarations enregistrées sur bande vidéo qui ont été faites à la police satisfaisaient à l'exigence de fiabilité. À l'appui de cette conclusion, il a souligné qu'il n'y avait [TRADUCTION] « rien de malencontreux dans la procédure suivie par la police pour recueillir les déclarations », et il a conclu que, bien que trois des déclarations des plaignants aient été recueillies à la maison de retraite plutôt qu'au poste de police, « les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été recueillies [étaient], en l'occurrence, aussi formelles et solennelles que possible ». Le juge du procès a fait remarquer que, dans leurs déclarations, les plaignants ne faisaient que formuler leurs plaintes respectives « sans montrer de l'animosité pour l'accusé ». Les plaignants « paraissaient francs », ils n'étaient « pas évasifs » et ils « ne tentaient pas d'exagérer leurs blessures ». Les questions posées n'étaient pas « trop suggestives », et les seules questions suggestives touchaient la valeur probante plutôt que l'admissibilité. Toutes

24

25

Mr. Skupien and Mr. Dinino had corroborating injuries.

les déclarations avaient été effectuées au moment où les faits décrits étaient survenus, ou peu après. Les plaignants connaissaient bien leur agresseur et il n’y avait aucune autre possibilité réaliste de soupçonner quelqu’un d’autre. De plus, MM. Skupien et Dinino avaient tous les deux des blessures corroborantes.

26 The crux of the trial judge’s ruling, however, appears to have been his application of the decision of this Court in *U. (F.J.)* in which the complainant’s out-of-court statement was admitted on the ground of its “striking similarity” with the accused’s statement concerning the same events. Throughout his reasons, the trial judge made repeated references to the similarity between the statements and concluded that “the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the statements sufficiently distinctive to reject coincidence as a likely explanation”. While he found that the oral statements were also “sufficiently similar to fit the principle in *R. v. U. (F.J.)*”, he held, citing para. 217 in *Starr* as authority, that “to admit them would be oath-helping in that I have the video statements”.

Toutefois, la décision du juge du procès semble reposer essentiellement sur son application de l’arrêt *U. (F.J.)* de notre Cour, où la déclaration extrajudiciaire de la plaignante a été admise en preuve à cause de sa « similitude frappante » avec la déclaration de l’accusé concernant les mêmes faits. Dans ses motifs, le juge du procès a mentionné, à maintes reprises, la similitude entre les déclarations et a conclu que [TRADUCTION] « la combinaison cumulative de points semblables rend[ait] la similitude globale entre les déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme explication probable ». Tout en estimant que les déclarations orales étaient également « suffisamment similaires pour être visées par le principe de l’arrêt *R. c. U. (F.J.)* », il a conclu, en se fondant sur le par. 217 de l’arrêt *Starr*, que « les admettre en preuve équivaldrait à admettre un témoignage justificatif du fait que je suis en possession des déclarations sur bande vidéo ».

27 In the trial judge’s view, the only real hearsay danger raised by the admission of the statements was the absence of cross-examination but, citing *Smith* as authority, he concluded that reliable evidence should not be excluded for this reason alone. The public interest in “the elderly receiving good care” allowed him “to take video statements together to bolster the complainants’ credibility”. He therefore ruled the videotaped statements admissible and the oral statements inadmissible.

Selon le juge du procès, le seul véritable danger en matière de ouï-dire que comportait l’admission en preuve des déclarations était l’absence de contre-interrogatoire, mais, s’appuyant sur l’arrêt *Smith*, il a décidé qu’une preuve fiable ne devrait pas être exclue pour ce seul motif. L’intérêt public à ce que [TRADUCTION] « les personnes âgées soient bien traitées » l’autorisait à « considérer les déclarations sur bande vidéo dans leur ensemble pour renforcer la crédibilité des plaignants ». Il a donc conclu à l’admissibilité des déclarations enregistrées sur bande vidéo et à l’inadmissibilité des déclarations orales.

28 At the conclusion of the trial, Grossi J. ultimately found only two of the videotaped statements sufficiently credible to found a conviction, those of Mr. Dinino and Mr. Skupien. Since this appeal concerns the admissibility ruling only, it is

À la fin du procès, le juge Grossi a décidé, en fin de compte, que seules deux des déclarations enregistrées sur bande vidéo étaient suffisamment crédibles pour justifier une déclaration de culpabilité, à savoir celles de MM. Dinino et Skupien. Comme le présent

not necessary to review the reasons for conviction. It is common ground between the parties that if Mr. Skupien's statements are inadmissible, the convictions must be set aside and the appeal dismissed.

4. Court of Appeal for Ontario (2005), 195 O.A.C. 11

Mr. Khelawon appealed his convictions on the ground that the trial judge erred in admitting the videotaped statements. The Court of Appeal was unanimous in finding that Mr. Dinino's statement was not sufficiently reliable to warrant admission. A majority of the court found that Mr. Skupien's statement was also inadmissible due to its unreliability.

All three justices interpreted the trial judge's reasons as holding that without the similarity among the statements of the various complainants, none met the requirement of reliability and would therefore have been inadmissible (Rosenberg J.A., at para. 90; Blair J.A., at para. 29). The court therefore focussed on this aspect of the evidence and, indeed, the source of the disagreement between the majority and the dissent was whether the similarity of the statements was a permissible consideration in assessing reliability under the principled approach.

Rosenberg J.A., writing for the majority, held that the principle from *U. (F.J.)* could be applied only where the statements relate to the same event, and in most cases would be applied only where the declarant is available for cross-examination (para. 114). Here, the statements related to different incidents. Although a trier of fact might conclude, using similar fact reasoning, that the same person committed all of the crimes, this is an issue going to ultimate reliability, not threshold reliability (para. 115). Only the latter is relevant in determining admissibility. In addition, Rosenberg J.A. held that the comparator statements must also be substantively admissible, because the final decision as to the likelihood of coincidence or collusion

pourvoi ne porte que sur la décision concernant l'admissibilité, il n'est pas nécessaire d'examiner les motifs de la déclaration de culpabilité. Les parties conviennent que si les déclarations de M. Skupien sont inadmissibles, les déclarations de culpabilité doivent être annulées et le pourvoi, rejeté.

4. Cour d'appel de l'Ontario (2005), 195 O.A.C. 11

M. Khelawon a interjeté appel contre ses déclarations de culpabilité en faisant valoir que le juge du procès avait commis une erreur en admettant en preuve les déclarations enregistrées sur bande vidéo. La Cour d'appel a statué à l'unanimité que la déclaration de M. Dinino n'était pas suffisamment fiable pour être admise en preuve. Les juges majoritaires ont estimé que la déclaration de M. Skupien était également inadmissible en raison de sa non-fiabilité.

Les trois juges ont tous interprété les motifs du juge du procès comme signifiant que, n'eût été la similitude entre les déclarations des divers plaignants, aucune d'elles n'aurait satisfait à l'exigence de fiabilité, de sorte qu'elles auraient toutes été inadmissibles (le juge Rosenberg, par. 90; le juge Blair, par. 29). La cour a donc mis l'accent sur cet aspect de la preuve et, en fait, le désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident tenait à la question de savoir si la similitude entre les déclarations pouvait être prise en considération pour apprécier la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée.

Le juge Rosenberg, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que le principe de l'arrêt *U. (F.J.)* ne pouvait s'appliquer que lorsque les déclarations concernent les mêmes faits et que, dans la plupart des cas, il ne serait appliqué que s'il est possible de contre-interroger le déclarant (par. 114). En l'espèce, les déclarations concernaient des faits différents. Un juge des faits pourrait conclure, suivant le raisonnement des faits similaires, que la même personne a commis tous les crimes, mais c'est là une question de fiabilité en dernière analyse et non de seuil de fiabilité (par. 115). Seul le dernier est pertinent pour déterminer l'admissibilité. De plus, selon le juge Rosenberg, les déclarations de comparaison doivent également être admissibles quant au fond,

29

30

31

rests with the trier of fact (para. 128), and it would be odd for the trier of fact to be assessing ultimate reliability without access to “the very piece of evidence that convinced the trial judge that the statement was reliable” (para. 130). Grossi J.’s decision, therefore, was an impermissible expansion of the principle in *U. (F.J.)*. Rosenberg J.A. also held, at para. 92, that such an expansion was inconsistent with the statement of Iacobucci J. in *Starr*, at para. 217, that “corroborating . . . evidence” should not be considered in determining threshold reliability.

32

In dissent, Blair J.A. held that the central notion underpinning the *U. (F.J.)* “exception” was that absent collusion, prior knowledge, or improper influence, “striking similarities between statements belie coincidence and therefore bolster the reliability of the statement under consideration” (para. 44). While he held that the absence of cross-examination remained a factor to be weighed in assessing threshold reliability, he was of the view that its absence, in and of itself, was not an impediment to the principled application of the *U. (F.J.)* exception. He also found that the exception could apply where the statements related to different events, stating that, for the purpose of finding threshold reliability, he could see no “logical difference” between statements concerning the same accused “doing the same thing on the same occasion” and “the same accused doing the same thing on different occasions” (para. 48), drawing on the rationale for similar-fact reasoning, since both involve admitting evidence on the basis of the “improbability of coincidence” (para. 49). Finally, he found that a finding that the comparator statements are not substantively admissible should not exclude them from the reliability analysis, pointing out that otherwise reliable statements could be held inadmissible for a variety of reasons, including a finding that they were not necessary (para. 53).

parce que la décision finale concernant la probabilité de coïncidence ou de collusion appartient au juge des faits (par. 128), et il serait étrange que celui-ci apprécie la fiabilité en dernière analyse sans avoir accès à [TRADUCTION] « l’élément de preuve même qui a convaincu le juge du procès que la déclaration était fiable » (par. 130). La décision du juge Grossi constituait donc un élargissement inacceptable de la portée du principe de l’arrêt *U. (F.J.)*. Le juge Rosenberg a également décidé, au par. 92, qu’un tel élargissement était incompatible avec l’affirmation du juge Iacobucci dans l’arrêt *Starr*, au par. 217, selon laquelle il n’y a pas lieu de tenir compte d’une « preuve corroborante » pour établir le seuil de fiabilité.

Le juge Blair, dissident, a conclu que la notion fondamentale sous-tendant « l’exception » de l’arrêt *U. (F.J.)* veut que, en l’absence de collusion, de connaissance préalable ou d’influence indue, [TRADUCTION] « les similitudes frappantes entre les déclarations écartent toute coïncidence et renforcent donc la fiabilité de la déclaration examinée » (par. 44). Bien qu’il ait décidé que l’absence de contre-interrogatoire demeurerait un élément à soulever en appréciant le seuil de fiabilité, le juge Blair était d’avis que cette absence, en soi, ne faisait pas obstacle à l’application raisonnée de l’exception de l’arrêt *U. (F.J.)*. Il a également conclu que cette exception pouvait s’appliquer quand les déclarations concernaient des faits différents, ajoutant que, pour déterminer le seuil de fiabilité, il ne voyait — compte tenu de la raison d’être du raisonnement des faits similaires — aucune « différence logique » entre une déclaration voulant que le même accusé « ait accompli le même acte à la même occasion » et une déclaration voulant que « le même accusé ait accompli le même acte à différentes occasions » (par. 48), étant donné que les deux situations comportent l’admission d’un élément de preuve fondée sur « l’improbabilité d’une coïncidence » (par. 49). Enfin, il a estimé que les déclarations de comparaison jugées inadmissibles quant au fond ne devraient pas être exclues de l’analyse de la fiabilité, faisant remarquer que des déclarations par ailleurs fiables pourraient être jugées inadmissibles pour diverses raisons, dont la conclusion qu’elles n’étaient pas nécessaires (par. 53).

On the basis of these conclusions, Blair J.A. held that the trial judge had not erred in considering the similarity among the statements in determining their threshold reliability. He then went on to apply “the *U. (F.J.)* exception” to the statements at issue on appeal, and held that although the videotaped statement of Mr. Dinino was inadmissible, the videotaped statement of Mr. Skupien was.

5. Rule Against Hearsay

5.1 *General Exclusionary Rule*

The basic rule of evidence is that all relevant evidence is admissible. There are a number of exceptions to this basic rule. One of the main exceptions is the rule against hearsay: absent an exception, hearsay evidence is *not* admissible. Hearsay evidence is not excluded because it is irrelevant — there is no need for a special rule to exclude irrelevant evidence. Rather, as we shall see, it is the difficulty of testing hearsay evidence that underlies the exclusionary rule and, generally, the alleviation of this difficulty that forms the basis of the exceptions to the rule. Although hearsay evidence includes communications expressed by conduct, I will generally refer to hearsay statements only.

5.2 *Definition of Hearsay*

At the outset, it is important to determine what is and what is not hearsay. The difficulties in defining hearsay encountered by courts and learned authors have been canvassed before and need not be repeated here: see *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at pp. 40-41, *per* Dickson J. It is sufficient to note, as this Court did in *Starr*, at para. 159, that the more recent definitions of hearsay are focussed on the central concern underlying the hearsay rule: the difficulty of testing the reliability of the declarant’s assertion. See, for example, *R. v. O’Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, at pp. 593-94. Our adversary system puts a premium on the calling of witnesses, who testify under oath or solemn affirmation, whose

Compte tenu de ces conclusions, le juge Blair a statué que le juge du procès n’avait commis aucune erreur en tenant compte de la similitude des déclarations pour en déterminer le seuil de fiabilité. Il a ensuite appliqué [TRADUCTION] « l’exception de l’arrêt *U. (F.J.)* » aux déclarations visées par l’appel et a conclu que, même si la déclaration de M. Dinino enregistrée sur bande vidéo était inadmissible, celle de M. Skupien aussi enregistrée sur bande vidéo était par ailleurs admissible.

5. La règle interdisant le ouï-dire

5.1 *Une règle d’exclusion générale*

La règle de preuve fondamentale veut que tous les éléments de preuve pertinents soient admissibles. Cette règle fondamentale comporte un certain nombre d’exceptions. L’une des principales exceptions est la règle interdisant le ouï-dire : sauf exception, la preuve par ouï-dire *n’est pas* admissible. La preuve par ouï-dire n’est pas exclue parce qu’elle n’est pas pertinente — une règle spéciale n’est pas nécessaire pour exclure une preuve non pertinente. Comme nous le verrons, c’est plutôt la difficulté de vérifier la preuve par ouï-dire qui sous-tend la règle d’exclusion et, en général, l’atténuation de cette difficulté qui constitue le fondement des exceptions à la règle. Bien que la preuve par ouï-dire comprenne la conduite expressive, je m’en tiendrai généralement aux déclarations relatées.

5.2 *Définition du ouï-dire*

Au départ, il importe de déterminer ce qui constitue du ouï-dire et ce qui n’en constitue pas. Les difficultés que les tribunaux et les auteurs de doctrine ont eues à définir le ouï-dire ont déjà fait l’objet d’un examen approfondi et il n’est pas nécessaire de les reprendre en l’espèce : voir *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 40-41, le juge Dickson. Il suffit de noter, comme notre Cour l’a fait au par. 159 de l’arrêt *Starr*, que les plus récentes définitions du ouï-dire sont axées sur la préoccupation majeure qui sous-tend cette règle du ouï-dire, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de l’affirmation du déclarant. Voir, par exemple, l’arrêt *R. c. O’Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, p. 593-594. Notre

33

34

35

demeanour can be observed by the trier of fact, and whose testimony can be tested by cross-examination. We regard this process as the optimal way of testing testimonial evidence. Because hearsay evidence comes in a different form, it raises particular concerns. The general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and who has not been subject to the test of cross-examination. The fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves. The essential defining features of hearsay are therefore the following: (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. I will deal with each defining feature in turn.

5.2.1 Statements Adduced for Their Truth

36

The purpose for which the out-of-court statement is tendered matters in defining what constitutes hearsay because it is only when the evidence is tendered to prove the truth of its contents that the need to test its reliability arises. Consider the following example. At an accused's trial on a charge for impaired driving, a police officer testifies that he stopped the accused's car because he received information from an unidentified caller that the car was driven by a person who had just left a local tavern in a "very drunk" condition. If the statement about the inebriated condition of the driver is introduced for the sole purpose of establishing the police officer's grounds for stopping the vehicle, it does not matter whether the unidentified caller's statement was accurate, exaggerated, or even false. Even if the statement is totally unfounded, that fact does not take away from the officer's explanation of his actions. If, on the other hand, the statement is tendered as proof that the accused was in fact impaired, the trier of fact's inability to test the

système accusatoire attache une grande importance à l'assignation de témoins qui déposent sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et dont le comportement peut être observé par le juge des faits, et le témoignage, vérifié au moyen d'un contre-interrogatoire. Nous considérons que ce processus représente la meilleure façon de vérifier la preuve testimoniale. Parce qu'elle se présente sous une forme différente, la preuve par oui-dire suscite des préoccupations particulières. La règle d'exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d'apprécier le poids à donner, s'il y a lieu, à une déclaration d'une personne qui n'a été ni vue ni entendue et qui n'a pas eu à subir un contre-interrogatoire. On craint que la preuve par oui-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite. Les caractéristiques déterminantes essentielles du oui-dire sont donc les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. J'examinerai chacune de ces caractéristiques déterminantes à tour de rôle.

5.2.1 Déclarations présentées pour établir la véracité de leur contenu

Le but dans lequel la déclaration extrajudiciaire est présentée revêt de l'importance lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue du oui-dire, car c'est seulement lorsque la preuve est présentée pour établir la véracité de son contenu qu'il devient nécessaire d'en vérifier la fiabilité. Prenons l'exemple suivant. Au procès d'un accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies, un policier témoigne qu'il a intercepté l'automobile de l'accusé à la suite d'un appel d'un inconnu l'informant que le véhicule était conduit par une personne en état d'« ébriété avancée » qui venait tout juste de quitter une taverne de quartier. Si la déclaration concernant l'état d'ébriété du conducteur est présentée dans le seul but d'établir les motifs que le policier avait d'intercepter le véhicule, il importe peu de savoir si la déclaration de l'auteur inconnu de l'appel était exacte, exagérée ou même fausse. Même si la déclaration est totalement dénuée de fondement, cela n'enlève rien à l'explication que le policier a donnée au sujet de ses actes. Si, par contre, la déclaration est présentée

reliability of the statement raises real concerns. Hence, only in the latter circumstance is the evidence about the caller's statement defined as hearsay and subject to the general exclusionary rule.

5.2.2 Absence of Contemporaneous Cross-Examination

The previous example, namely where the witness tells the court what A told him, is the more obvious form of hearsay evidence. A is not before the court to be seen, heard and cross-examined. However, the traditional law of hearsay also extends to out-of-court statements made by the witness who does testify in court when that out-of-court statement is tendered to prove the truth of its contents. This extended definition of hearsay has been adopted in Canada: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 763-64; *Starr*, at para. 158. It is important to understand the rationale for treating a witness's out-of-court statements as hearsay.

When the witness repeats or adopts an earlier out-of-court statement, in court, under oath or solemn affirmation, of course no hearsay issue arises. The statement itself is not evidence, the testimony is the evidence and it can be tested in the usual way by observing the witness and subjecting him or her to cross-examination. The hearsay issue does arise, however, when the witness does not repeat or adopt the information contained in the out-of-court statement and the statement itself is tendered for the truth of its contents. Consider the following example to illustrate the concerns raised by this evidence.

In an out-of-court statement, W identifies the accused as her assailant. At the trial of the accused on a charge of assault, W testifies that the accused is *not* her assailant. The Crown seeks to tender the out-of-court statement as proof of the fact that the

dans le but de prouver que l'accusé avait effectivement les facultés affaiblies, l'incapacité du juge des faits d'en vérifier la fiabilité suscite des préoccupations réelles. Ce n'est donc que dans ce dernier cas que la preuve relative à la déclaration de l'auteur de l'appel constitue du ouï-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale.

5.2.2 L'impossibilité de contre-interroger au moment précis où la déclaration est faite

L'exemple précédent, à savoir lorsque le témoin raconte au tribunal ce que A lui a dit, est la forme la plus évidente de preuve par ouï-dire. A n'est pas devant le tribunal de manière à pouvoir être vu, entendu et contre-interrogé. Toutefois, la règle traditionnelle du ouï-dire s'applique également à la déclaration extrajudiciaire du témoin qui dépose en cour lorsque cette déclaration extrajudiciaire est présentée pour établir la véracité de son contenu. Cette définition élargie du ouï-dire a été adoptée au Canada : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 763-764; *Starr*, par. 158. Il est important de comprendre pourquoi les déclarations extrajudiciaires d'un témoin sont considérées comme étant du ouï-dire.

Lorsque, devant le tribunal, le témoin réitère ou adopte — sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle — une déclaration extrajudiciaire antérieure, il va de soi qu'aucune question de ouï-dire ne se pose. Ce n'est pas la déclaration elle-même qui constitue un élément de preuve, mais plutôt le témoignage, qui peut être vérifié de la façon habituelle en observant le témoin et en lui faisant subir un contre-interrogatoire. Toutefois, la question du ouï-dire se pose lorsque le témoin ne réitère pas ou n'adopte pas le contenu de la déclaration extrajudiciaire, et que la déclaration elle-même est présentée pour établir la véracité de son contenu. Prenons l'exemple suivant pour illustrer les préoccupations suscitées par cet élément de preuve.

Dans une déclaration extrajudiciaire, W désigne l'accusé comme étant son agresseur. Au procès de l'accusé pour voies de fait, W témoigne que l'accusé *n'est pas* son agresseur. Le ministère public cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire

37

38

39

accused did assault W. In these circumstances, the trier of fact is asked to accept the out-of-court statement over the sworn testimony of the witness. Given the usual premium placed on the value of in-court testimonial evidence, a serious issue arises as to whether it is at all necessary to introduce the statement. In addition, the reliability of that statement becomes crucial. How trustworthy is it? In what circumstances did W make that statement? Was it made casually to friends at a social function, or rather, to the police as a formal complaint? Was W aware of the potential consequences of making that statement, did she intend that it be acted upon? Did she have a motive to lie? In what condition was W at the time she made the statement? Many more questions can come to mind on matters that relate to the reliability of that out-of-court statement. When the trier of fact is asked to consider the out-of-court statement as proof that the accused in fact assaulted W, assessing its reliability may prove to be difficult.

40 Concerns over the reliability of the statement also arise where W does not recant the out-of-court statement but testifies that she has no memory of making the statement, or worse still, no memory of the assault itself. The trier of fact does not see or hear the witness making the statement and, because there is no opportunity to cross-examine the witness *contemporaneously* with the making of the statement, there may be limited opportunity for a meaningful testing of its truth. In addition, an issue may arise as to whether the prior statement is fully and accurately reproduced.

41 Hence, although the underlying rationale for the general exclusionary rule may not be as obvious when the declarant is available to testify, it is the same — the difficulty of testing the reliability of the out-of-court statement. The difficulty of assessing W's out-of-court statement is the reason why it falls within the definition of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. As one may readily appreciate, however, the degree of difficulty

pour prouver que l'accusé a effectivement agressé W. Dans ces circonstances, on demande au juge des faits de retenir la déclaration extrajudiciaire plutôt que le témoignage sous serment du témoin. Compte tenu de l'importance habituellement accordée au témoignage devant le tribunal, une question sérieuse se pose, soit celle de savoir s'il est absolument nécessaire de présenter la déclaration. De plus, la fiabilité de cette déclaration devient déterminante. Jusqu'à quel point est-elle fiable? Dans quelles circonstances W a-t-elle fait cette déclaration? L'a-t-elle faite à brûle-pourpoint à des amis lors d'une activité sociale, ou plutôt à la police à titre de plainte formelle? W était-elle consciente des conséquences que pouvait avoir cette déclaration, voulait-elle qu'on y donne suite? Avait-elle une raison de mentir? Dans quel état était W au moment où elle a fait la déclaration? Bien d'autres questions peuvent venir à l'esprit au sujet de la fiabilité de cette déclaration extrajudiciaire. Lorsqu'on demande au juge des faits de considérer que la déclaration extrajudiciaire prouve que l'accusé a effectivement agressé W, il peut se révéler difficile d'apprécier la fiabilité de cette preuve.

Des préoccupations concernant la fiabilité de la déclaration naissent également lorsque W ne revient pas sur sa déclaration extrajudiciaire, mais témoigne qu'elle ne se souvient pas l'avoir faite, ou pis encore, qu'elle n'a aucun souvenir de l'agression elle-même. Le juge des faits ne voit pas ou n'entend pas le témoin faire la déclaration et, puisque qu'il n'y a aucune possibilité de contre-interroger le témoin *au moment précis* où il fait sa déclaration, la possibilité de vérifier utilement la véracité de cette déclaration peut être limitée. De plus, il peut y avoir lieu de se demander si la déclaration antérieure est reproduite intégralement et fidèlement.

Ainsi, bien qu'il se puisse que la raison d'être de la règle d'exclusion générale ne soit pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle reste la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. La difficulté d'apprécier la déclaration extrajudiciaire de W explique pourquoi elle est visée par la définition du oui-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale. Toutefois, on le comprendra aisément, la

may be substantially alleviated in cases where the declarant is available for cross-examination on the earlier statement, particularly where an accurate record of the statement can be tendered in evidence. I will come back to that point later. My point here is simply to explain why, by definition, hearsay extends to out-of-court statements tendered for their truth even when the declarant is before the court.

5.3 Hearsay Exceptions: A Principled Approach

It has long been recognized that a rigid application of the exclusionary rule would result in the unwarranted loss of much valuable evidence. The hearsay statement, because of the way in which it came about, may be inherently reliable, or there may be sufficient means of testing it despite its hearsay form. Hence, a number of common law exceptions were gradually created. A rigid application of these exceptions, in turn, proved problematic leading to the needless exclusion of evidence in some cases, or its unwarranted admission in others. Wigmore urged greater flexibility in the application of the rule based on the two guiding principles that underlie the traditional common law exceptions: necessity and reliability (*Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, § 1420, at p. 153). This Court first accepted this approach in *Khan* and later recognized its primacy in *Starr*. The governing framework, based on *Starr*, was recently summarized in *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15:

- (a) Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under an exception to the hearsay rule. The traditional exceptions to the hearsay rule remain presumptively in place.
- (b) A hearsay exception can be challenged to determine whether it is supported by indicia of necessity and reliability, required by the principled approach. The exception can be modified as necessary to bring it into compliance.

difficulté peut être atténuée substantiellement lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, en particulier lorsqu'il est possible de déposer en preuve un compte rendu exact de la déclaration. Je reviendrai sur cette question plus loin. Je ne tiens ici qu'à expliquer pourquoi, par définition, le ouï-dire englobe les déclarations extrajudiciaires présentées pour établir la véracité de leur contenu, et ce, même lorsque le déclarant est devant le tribunal.

5.3 Les exceptions à la règle du ouï-dire : une méthode d'analyse raisonnée

On reconnaît depuis longtemps qu'une application rigide de la règle d'exclusion entraînerait la perte injustifiée d'éléments de preuve très précieux. La déclaration relatée peut, en raison de la manière dont elle a été faite, être intrinsèquement fiable, ou il peut exister suffisamment de moyens de la vérifier en dépit du fait qu'elle est relatée. Partant, un certain nombre d'exceptions de common law ont peu à peu fait leur apparition. Une application rigide de ces exceptions s'est révélée, à son tour, problématique et a donné lieu, dans certains cas, à l'exclusion inutile d'éléments de preuve ou, dans d'autres cas, à leur admission injustifiée. Wigmore a préconisé une application plus souple de la règle, fondée sur les deux principes directeurs qui sous-tendent les exceptions de common law traditionnelles, à savoir la nécessité et la fiabilité (*Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, § 1420, p. 153). Notre Cour a d'abord retenu cette approche dans l'arrêt *Khan* et en a, par la suite, reconnu la primauté dans l'arrêt *Starr*. Le cadre d'analyse applicable selon l'arrêt *Starr* a été résumé récemment dans l'arrêt *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15 :

- a) La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception à la règle du ouï-dire. Les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer.
- b) Il est possible de contester une exception à l'exclusion du ouï-dire au motif qu'elle ne présenterait pas les indices de nécessité et de fiabilité requis par la méthode d'analyse raisonnée. On peut la modifier au besoin pour la rendre conforme à ces exigences.

- (c) In “rare cases”, evidence falling within an existing exception may be excluded because the indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case.
- (d) If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*.
- c) Dans de « rares cas », la preuve relevant d’une exception existante peut être exclue parce que, dans les circonstances particulières de l’espèce, elle ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis.
- d) Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d’une exception à la règle d’exclusion, elle peut tout de même être admissible si l’existence d’indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d’un voir-dire.

43

In this case, we are concerned with the admission of evidence under item (d). In particular, the courts below were divided over two main questions: (1) what factors must be considered in deciding whether the evidence is sufficiently reliable to be admitted; and (2) whether the “exception” recognized by this Court in *U. (F.J.)* can be extended to the facts of this case. I will comment first on the second question.

Dans la présente affaire, il est question d’admission de preuve selon l’al. d). En particulier, les tribunaux d’instance inférieure étaient partagés quant à deux questions principales : (1) Quels facteurs doit-on considérer pour décider si la preuve est suffisamment fiable pour être admise? (2) L’« exception » reconnue par notre Cour dans l’arrêt *U. (F.J.)* peut-elle s’appliquer aux faits de la présente affaire? Je vais d’abord commenter la deuxième question.

44

In my view, the discussion over whether the “*U. (F.J.)* exception” applies here exemplifies the concern expressed in *U. (F.J.)* itself, that the “new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis” (para. 35). In *U. (F.J.)*, there was a similar debate over whether the “*B. (K.G.)* exception” to the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements extended to circumstances where the reliability of the complainant’s statement was based, not so much on the circumstances in which it came about as was the case in *B. (K.G.)*, but on its striking similarity to a statement made by the accused. Lamer C.J. explained how his decision in *B. (K.G.)* was an application of the principled approach to hearsay, and how “[i]n addition . . . 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” (para. 40). He concluded his analysis by anticipating that yet other situations may arise. He stated the following (at para. 45):

À mon avis, le débat entourant la question de savoir si « l’exception de l’arrêt *U. (F.J.)* » s’applique en l’espèce illustre le souci exprimé dans l’arrêt *U. (F.J.)* lui-même, à savoir que la « nouvelle façon d’aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories » (par. 35). Dans l’arrêt *U. (F.J.)*, un débat semblable a porté sur la question de savoir si « l’exception de l’arrêt *B. (K.G.)* » à la règle interdisant l’admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles s’appliquait dans le cas où la fiabilité de la déclaration du plaignant tenait non pas tant aux circonstances dans lesquelles elle avait été faite, comme l’affaire dans *B. (K.G.)*, mais plutôt à sa similitude frappante avec une déclaration de l’accusé. Le juge en chef Lamer a expliqué comment sa décision dans l’affaire *B. (K.G.)* était une application de la méthode d’analyse raisonnée au ouï-dire et comment en outre « 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 » (par. 40). Il a conclu son analyse en prévoyant que d’autres situations peuvent encore se présenter. Voici ce qu’il a affirmé (par. 45) :

I anticipate that instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare.

Je m’attends à ce que soient rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d’étayer

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.

As I will discuss later, both *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* highlight the particular concerns raised in cases of prior inconsistent statements. However, following Lamer C.J.'s own words of caution against "rigid pigeon-holing analysis", it is my view that neither *B. (K.G.)* nor *U. (F.J.)* should be interpreted as creating categorical exceptions to the rule against hearsay based on fixed criteria. The majority judgment in *B. (K.G.)* itself leaves room for appropriate substitutes for the criteria it sets out. Further, to interpret these cases as creating new categories of exceptions would not be in keeping with the flexible case-by-case principled approach. We would simply be replacing the traditional set of exceptions with a new and (for the time being) less ossified one. Rather, these cases provide guidance — not fixed categories — on the application of the principled case-by-case approach by identifying the relevant concerns and the factors to be considered in determining admissibility.

I will review *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* in this light as well as some other relevant decisions from this Court. Since the issues raised on this appeal relate to the assessment of reliability, my analysis will be focussed on that criterion. However, as I will explain, necessity and reliability should not be considered in isolation. One criterion may impact on the other. For example, as we shall see, in some cases the need for the evidence may, in large part, be based on the fact that the hearsay statement is highly reliable and the fact-finding process would be distorted without it. However, before I discuss the factors relating to reliability, I want to

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.

Comme je l'expliquerai plus loin, les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* font tous les deux ressortir les préoccupations particulières suscitées dans des cas de déclaration antérieure incompatible. Toutefois, compte tenu de la mise en garde du juge en chef Lamer contre une « analyse rigide de catégories », j'estime que ni l'arrêt *B. (K.G.)* ni l'arrêt *U. (F.J.)* ne devraient être interprétés comme créant des catégories d'exceptions — fondées sur des critères fixes — à la règle interdisant le ouï-dire. Le jugement majoritaire dans l'affaire *B. (K.G.)* permet lui-même de remplacer par des substituts adéquats les critères qu'il énonce. De plus, interpréter ces arrêts comme créant de nouvelles catégories d'exceptions ne serait pas conforme à la méthode souple d'analyse raisonnée applicable cas par cas. Nous nous trouverions simplement à remplacer la série d'exceptions traditionnelles par une nouvelle série moins sclérosée (pour l'instant). Au lieu d'établir des catégories fixes, ces arrêts donnent plutôt des indications sur l'application cas par cas de la méthode d'analyse raisonnée en décrivant les préoccupations pertinentes et les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité.

J'examinerai sous cet angle les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)*, de même que certains autres arrêts pertinents de notre Cour. Puisque les questions soulevées dans le présent pourvoi concernent l'appréciation de la fiabilité, mon analyse portera sur ce critère. Toutefois, comme je l'expliquerai, la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément. Un critère peut influencer sur l'autre. Par exemple, comme nous le verrons, la nécessité de la preuve peut, dans certains cas, découler en grande partie du fait que la déclaration relatée est très fiable et que le processus de constatation des faits serait faussé sans elle. Toutefois, avant d'analyser

say a word on the overarching principle of trial fairness.

5.4 *Constitutional Dimension: Trial Fairness*

47

Prior to admitting hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule, the trial judge must determine on a *voir dire* that necessity and reliability have been established. The onus is on the person who seeks to adduce the evidence to establish these criteria on a balance of probabilities. In a criminal context, the inquiry may take on a constitutional dimension, because difficulties in testing the evidence, or conversely the inability to present reliable evidence, may impact on an accused's ability to make full answer and defence, a right protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. The right to make full answer and defence in turn is linked to another principle of fundamental justice, the right to a fair trial: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262. The concern over trial fairness is one of the paramount reasons for rationalizing the traditional hearsay exceptions in accordance with the principled approach. As stated by Iacobucci J. in *Starr*, at para. 200, in respect of Crown evidence: "It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception."

48

As indicated earlier, our adversary system is based on the assumption that sources of untrustworthiness or inaccuracy can best be brought to light under the test of cross-examination. It is mainly because of the inability to put hearsay evidence to that test, that it is presumptively inadmissible. However, the constitutional right guaranteed under s. 7 of the *Charter* is not the right to confront or cross-examine adverse witnesses in itself. The adversarial trial process, which includes

les facteurs liés à la fiabilité, je tiens à dire un mot sur le principe dominant de l'équité du procès.

5.4 *La dimension constitutionnelle : l'équité du procès*

Avant d'admettre les déclarations relatées en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire, le juge du procès doit décider, lors d'un voir-dire, que la nécessité et la fiabilité ont été établies. Il incombe à la personne qui cherche à présenter la preuve d'établir ces critères selon la prépondérance des probabilités. En matière criminelle, l'examen peut comporter une dimension constitutionnelle parce que la difficulté de vérifier la preuve ou, à l'inverse, l'impossibilité de présenter une preuve fiable peut compromettre la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, qui est un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés : Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. Le droit de présenter une défense pleine et entière est, à son tour, lié à un autre principe de justice fondamentale, à savoir le droit à un procès équitable : *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262. La préoccupation relative à l'équité du procès est l'une des raisons primordiales de rationaliser les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire conformément à la méthode d'analyse raisonnée. Comme l'a précisé le juge Iacobucci, au par. 200 de l'arrêt *Starr*, quant à la preuve du ministère public, « [s]i on permettait au ministère public de présenter une preuve par oui-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. »

Comme je l'ai indiqué précédemment, notre système accusatoire repose sur l'hypothèse voulant que le contre-interrogatoire représente le meilleur moyen de révéler les causes d'inexactitude ou de manque de fiabilité. C'est principalement en raison de l'incapacité de la vérifier de cette façon que la preuve par oui-dire est présumée inadmissible. Toutefois, le droit constitutionnel garanti par l'art. 7 de la *Charte* n'est pas en soi le droit de confronter ou contre-interroger des témoins opposés. Le

cross-examination, is but the means to achieve the end. Trial fairness, as a principle of fundamental justice, is the end that must be achieved. Trial fairness embraces more than the rights of the accused. While it undoubtedly includes the right to make full answer and defence, the fairness of the trial must also be assessed in the light of broader societal concerns: see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 69-76. In the context of an admissibility inquiry, society's interest in having the trial process arrive at the truth is one such concern.

The broader spectrum of interests encompassed in trial fairness is reflected in the twin principles of necessity and reliability. The criterion of necessity is founded on society's interest in getting at the truth. Because it is not always possible to meet the optimal test of contemporaneous cross-examination, rather than simply losing the value of the evidence, it becomes necessary in the interests of justice to consider whether it should nonetheless be admitted in its hearsay form. The criterion of reliability is about ensuring the integrity of the trial process. The evidence, although needed, is not admissible unless it is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it. As we shall see, the reliability requirement will generally be met on the basis of two different grounds, neither of which excludes consideration of the other. In some cases, because of the circumstances in which it came about, the contents of the hearsay statement may be so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process. In other cases, the evidence may not be so cogent but the circumstances will allow for sufficient testing of evidence by means other than contemporaneous cross-examination. In these circumstances, the admission of the evidence will rarely undermine trial fairness. However, because trial fairness may encompass factors beyond the strict inquiry into necessity and reliability, even if the two criteria are met, the trial judge has the discretion to exclude hearsay evidence where its

processus judiciaire accusatoire, qui comprend le contre-interrogatoire, n'est que le moyen de parvenir à la fin recherchée. L'équité du procès, en tant que principe de justice fondamentale, est la fin qui doit être atteinte. L'équité du procès englobe plus que les droits de l'accusé. Bien qu'elle comprenne indubitablement le droit de présenter une défense pleine et entière, l'équité du procès doit aussi être évaluée à la lumière de préoccupations sociales plus globales : voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69-76. Dans le contexte d'un examen de l'admissibilité, l'une de ces préoccupations est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire permette de découvrir la vérité.

La gamme plus vaste d'intérêts compris dans l'équité du procès se reflète dans le double principe de la nécessité et de la fiabilité. Le critère de la nécessité repose sur l'intérêt qu'a la société à découvrir la vérité. Étant donné qu'il n'est pas toujours possible de satisfaire au critère optimal du contre-interrogatoire effectué au moment précis où la déclaration est faite, au lieu de simplement perdre la valeur de la preuve en question, il devient nécessaire dans l'intérêt de la justice de se demander si cette preuve devrait néanmoins être admise sous sa forme relatée. Le critère de la fiabilité vise à assurer l'intégrité du processus judiciaire. Bien qu'elle soit nécessaire, la preuve n'est pas admissible, sauf si elle est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier. Comme nous le verrons, deux motifs différents, qui ne s'excluent pas mutuellement, permettent généralement de satisfaire à l'exigence de fiabilité. Dans certains cas, il se peut que, en raison des circonstances dans lesquelles la déclaration relatée a été faite, le contenu de cette déclaration soit si fiable qu'il aurait été peu ou pas utile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s'est exprimé. Dans d'autres cas, il peut arriver que la preuve ne soit pas aussi convaincante, mais les circonstances permettront de la vérifier suffisamment autrement qu'au moyen d'un contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est présentée. Dans ces circonstances, l'admission de la preuve compromettra rarement l'équité du procès. Toutefois, vu que l'équité du procès peut englober des facteurs allant

probative value is outweighed by its prejudicial effect.

6. The Admissibility Inquiry

6.1 *Distinction Between Threshold and Ultimate Reliability: A Source of Confusion*

50 As stated earlier, the trial judge only decides whether hearsay evidence is admissible. Whether the hearsay statement will or will not be ultimately relied upon in deciding the issues in the case is a matter for the trier of fact to determine at the conclusion of the trial based on a consideration of the statement in the context of the entirety of the evidence. It is important that the trier of fact's domain not be encroached upon at the admissibility stage. If the trial is before a judge and jury, it is crucial that questions of ultimate reliability be left for the jury — in a criminal trial, it is constitutionally imperative. If the judge sits without a jury, it is equally important that he or she not prejudge the ultimate reliability of the evidence before having heard all of the evidence in the case. Hence, a distinction must be made between “ultimate reliability” and “threshold reliability”. Only the latter is inquired into on the admissibility *voir dire*.

51 The distinction between threshold and ultimate reliability has been made in a number of cases (see, for example, *B. (K.G.)* and *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043), but we are mainly concerned here with the elaboration of this principle in *Starr*. In particular, the following excerpt from the Court's analysis has been the subject of much of the discussion and commentary (at paras. 215 and 217):

In this connection, it is important when examining the reliability of a statement under the principled approach to distinguish between threshold and ultimate reliability. Only the former is relevant to admissibility: see *Hawkins, supra*, at p. 1084. Again, it is

au-delà de l'examen rigoureux de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve par ouï-dire lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, et ce, même si les deux critères sont respectés.

6. L'examen de l'admissibilité

6.1 *La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse : source de confusion*

Comme nous l'avons vu, le juge du procès décide uniquement si la preuve par ouï-dire est admissible. Il appartient au juge des faits de décider, à l'issue du procès, s'il s'en remettra, en fin de compte, à la déclaration relatée pour trancher les questions en litige, après l'avoir examinée en fonction de l'ensemble de la preuve. Au stade de l'admissibilité, il importe de ne pas empiéter sur la compétence du juge des faits. Si le procès a lieu devant un juge et un jury, il est essentiel que les questions de fiabilité en dernière analyse soient laissées au jury — dans un procès criminel, c'est un impératif constitutionnel. Si le juge siège sans jury, il importe tout autant qu'il ne préjuge pas de la fiabilité en dernière analyse de la preuve avant d'avoir entendu l'ensemble de la preuve au dossier. Il faut donc établir une distinction entre « fiabilité en dernière analyse » et « seuil de fiabilité ». Lors d'un voir-dire portant sur l'admissibilité, l'examen se limite au seuil de fiabilité.

La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse (ou fiabilité ultime ou absolue) a été établie dans un certain nombre d'arrêts (voir, par exemple, *B. (K.G.)* et *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043). Cependant, nous nous intéressons surtout en l'espèce à l'explication de ce principe contenue dans l'arrêt *Starr*. Une bonne partie des discussions et des commentaires a porté notamment sur l'extrait suivant de l'analyse de la Cour (par. 215 et 217) :

À cet égard, lorsque la fiabilité d'une déclaration est examinée selon la méthode fondée sur des principes, il importe d'établir une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue. Seul le seuil de fiabilité est pertinent relativement à l'admissibilité : voir

not appropriate in the circumstances of this appeal to provide an exhaustive catalogue of the factors that may influence threshold reliability. However, our jurisprudence does provide some guidance on this subject. Threshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not; that is a question of ultimate reliability. Instead, it is concerned with whether or not the circumstances surrounding the statement itself provide circumstantial guarantees of trustworthiness. This could be because the declarant had no motive to lie (see *Khan, supra; Smith, supra*), or because there were safeguards in place such that a lie could be discovered (see *Hawkins, supra; U. (F.J.), supra; B. (K.G.), supra*).

At the stage of hearsay admissibility the trial judge should not consider the declarant's general reputation for truthfulness, nor any prior or subsequent statements, consistent or not. These factors do not concern the circumstances of the statement itself. Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). In summary, under the principled approach a court must not invade the province of the trier of fact and condition admissibility of hearsay on whether the evidence is ultimately reliable. However, it will need to examine whether the circumstances in which the statement was made lend sufficient credibility to allow a finding of threshold reliability. [Underlining added.]

The Court's statement that "[t]hreshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not" has created some uncertainty. While it is clear that the trial judge does not determine whether the statement will ultimately be relied upon as true, it is not so clear that in every case threshold reliability is *not* concerned with whether the statement is true or not. Indeed, in *U. (F.J.)*, the rationale for admitting the complainant's hearsay statement was based on the fact that "the only likely explanation" for its striking similarity with the independent statement of the accused was that "they were both telling the truth" (para. 40).

Hawkins, précité, à la p. 1084. Là encore, il ne convient pas, dans les circonstances du présent pourvoi, de fournir une liste détaillée des facteurs qui peuvent influencer sur le seuil de fiabilité. Toutefois, notre jurisprudence est utile dans une certaine mesure à ce sujet. Le seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non; c'est une question de fiabilité absolue. Il concerne plutôt la question de savoir si les circonstances ayant entouré la déclaration elle-même offrent des garanties circonstancielles de fiabilité. Ces garanties pourraient découler du fait que le déclarant n'avait aucune raison de mentir (voir *Khan* et *Smith*, précités) ou du fait qu'il y avait des mesures de protection qui permettaient de déceler les mensonges (voir *Hawkins, U. (F.J.)* et *B. (K.G.)*, précités).

À l'étape de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, le juge du procès ne devrait pas tenir compte de la réputation générale de sincérité du déclarant, ni d'aucune déclaration antérieure ou ultérieure, compatible ou incompatible. Ces facteurs n'ont pas trait aux circonstances de la déclaration elle-même. De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). En résumé, en vertu de la méthode fondée sur des principes, le tribunal ne doit pas empiéter sur la compétence du juge des faits ni subordonner l'admissibilité de la preuve par oui-dire à la question de savoir si la preuve est absolument fiable. Il devra cependant examiner si les circonstances ayant entouré la déclaration confèrent suffisamment de crédibilité pour pouvoir conclure que le seuil de fiabilité est atteint. [Je souligne.]

L'affirmation de la Cour selon laquelle « [l]e seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non » a créé une certaine incertitude. Même s'il est évident que le juge du procès ne décide pas si la déclaration sera tenue pour véridique en définitive, il n'est pas aussi évident que, dans toute affaire, le seuil de fiabilité *ne* concerne *pas* la question de savoir si la déclaration est véridique ou non. En fait, dans l'arrêt *U. (F.J.)*, on a justifié l'admission de la déclaration relatée de la plaignante par le fait que « la seule explication probable » de la similitude frappante entre cette déclaration et la déclaration faite de façon indépendante par l'accusé était que « tous les deux disaient la vérité » (par. 40).

53 Further, it is not easy to discern what is or is not a circumstance “surrounding the statement itself”. For example, in *Smith*, the fact that the deceased may have had a motive to lie was considered by the Court in determining threshold admissibility. As both Rosenberg J.A. and Blair J.A. point out in their respective reasons, “in determining whether the declarant had a motive to lie, the judge will necessarily be driven to consider factors outside the statement itself or the immediately surrounding circumstances” (para. 97).

54 Much of the confusion in this area of the law has arisen from this attempt to categorically label some factors as going only to ultimate reliability. The bar against considering “corroborating or conflicting evidence”, because it is only relevant to the question of ultimate reliability, is a further example. Quite clearly, the corroborative nature of the semen stain in *Khan* played an important part in establishing the threshold reliability of the child’s hearsay statement in that case.

55 This part of the analysis in *Starr* therefore requires clarification and, in some respects, reconsideration. I will explain how the relevant factors to be considered on an admissibility inquiry cannot invariably be categorized as relating either to threshold or ultimate reliability. Rather, the relevance of any particular factor will depend on the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them. I will then return to the impugned passage in *Starr*, dealing more specifically with the question of supporting evidence since that reference appears to have raised the most controversy.

6.2 *Identifying the Relevant Factors: A Functional Approach*

6.2.1 Recognizing Hearsay

56 The first matter to determine before embarking on a hearsay admissibility inquiry, of course, is whether the proposed evidence is hearsay. This

De plus, il n’est pas facile de discerner ce qui est et ce qui n’est pas une circonstance « ayant entouré la déclaration elle-même ». Par exemple, lorsqu’elle s’est prononcée sur le seuil d’admissibilité dans l’affaire *Smith*, la Cour a tenu compte du fait que la victime pouvait avoir eu une raison de mentir. Comme l’ont souligné les juges Rosenberg et Blair dans leurs motifs respectifs, [TRADUCTION] « pour décider si le déclarant avait une raison de mentir, le juge sera nécessairement amené à considérer des facteurs extérieurs à la déclaration elle-même ou aux circonstances immédiates qui l’ont entourée » (par. 97).

La confusion qui règne dans ce domaine du droit tient en grande partie à cette tentative de classer certains facteurs comme touchant uniquement la fiabilité en dernière analyse. Un autre exemple est l’interdiction de tenir compte d’une « preuve corroborante ou contradictoire » parce qu’elle n’est pertinente qu’en ce qui concerne la question de la fiabilité en dernière analyse. De toute évidence, la nature corroborante de la tache de sperme, dans l’affaire *Khan*, a joué un rôle important dans l’établissement du seuil de fiabilité de la déclaration relatée de l’enfant.

Cette partie de l’analyse de l’arrêt *Starr* a donc besoin d’être clarifiée et, à certains égards, d’être reconsidérée. J’expliquerai comment les facteurs à considérer lors de l’examen de l’admissibilité ne peuvent pas toujours être classés comme ayant trait soit au seuil de fiabilité, soit à la fiabilité en dernière analyse. La pertinence d’un facteur dépendra plutôt des dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du ouï-dire, et des moyens possibles, s’il en est, de les écarter. Je reviendrai ensuite au passage contesté de l’arrêt *Starr*, en m’attardant plus précisément à la question de la preuve à l’appui étant donné que cette mention paraît avoir soulevé le plus de controverse.

6.2 *Détermination des facteurs pertinents : une approche fonctionnelle*

6.2.1 Reconnaissance du ouï-dire

La première question à trancher avant de procéder à l’examen de l’admissibilité d’une preuve par ouï-dire est bien sûr celle de savoir si la preuve

may seem to be a rather obvious matter, but it is an important first step. Misguided objections to the admissibility of an out-of-court statement based on a misunderstanding of what constitutes hearsay are not uncommon. As discussed earlier, not all out-of-court statements will constitute hearsay. Recall the defining features of hearsay. An out-of-court statement will be hearsay when: (1) it is adduced to prove the truth of its contents *and* (2) there is no opportunity for a contemporaneous cross-examination of the declarant.

Putting one's mind to the defining features of hearsay at the outset serves to better focus the admissibility inquiry. As we have seen, the first identifying feature of hearsay calls for an inquiry into the purpose for which it is adduced. Only when the evidence is being tendered for its truth will it constitute hearsay. The fact that the out-of-court statement is adduced for its *truth* should be considered in the context of the issues in the case so that the court may better assess the potential impact of introducing the evidence in its hearsay form.

Second, by putting one's mind, at the outset, to the second defining feature of hearsay — the absence of an opportunity for contemporaneous cross-examination of the declarant, the admissibility inquiry is immediately focussed on the dangers of admitting hearsay evidence. Iacobucci J. in *Starr* identified the inability to test the evidence as the “central concern” underlying the hearsay rule. Lamer C.J. in *U. (F.J.)* expressed the same view but put it more directly by stating: “Hearsay is inadmissible as evidence because its reliability cannot be tested” (para. 22).

6.2.2 Presumptive Inadmissibility of Hearsay Evidence

Once the proposed evidence is identified as hearsay, it is presumptively *inadmissible*. I stress the

proposée constitue du ouï-dire. Cela peut paraître assez évident, mais c'est une première étape importante. Les objections malencontreuses à l'admissibilité d'une déclaration extrajudiciaire, qui tiennent à une méprise sur ce qui constitue du ouï-dire, ne sont pas rares. Comme nous l'avons vu, les déclarations extrajudiciaires ne constituent pas toutes du ouï-dire. Rappelons-nous les caractéristiques déterminantes du ouï-dire. Une déclaration extrajudiciaire constituera du ouï-dire, premièrement, si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu *et*, deuxièmement, s'il y a impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration.

S'arrêter au départ aux caractéristiques déterminantes du ouï-dire permet de mieux orienter l'examen de l'admissibilité. Comme nous l'avons vu, la première caractéristique particulière du ouï-dire oblige à examiner le but dans lequel la preuve est présentée. Ce n'est que si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu que la preuve constitue du ouï-dire. Le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour établir la *vérité* de son contenu devrait être examiné dans le contexte des questions en litige afin que le tribunal soit mieux en mesure d'évaluer l'effet potentiel de la présentation de cette preuve relatée.

Deuxièmement, si on s'arrête au départ à la seconde caractéristique déterminante du ouï-dire, soit l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait sa déclaration, l'examen de l'admissibilité porte aussitôt sur les dangers d'admettre la preuve par ouï-dire. Dans l'arrêt *Starr*, le juge Iacobucci a décrit l'impossibilité de vérifier la preuve comme étant la « préoccupation majeure » qui sous-tend la règle du ouï-dire. Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, le juge en chef Lamer a exprimé le même point de vue, mais plus directement en ces termes : « Le ouï-dire n'est pas admissible comme preuve parce que sa fiabilité ne peut être vérifiée » (par. 22).

6.2.2 La présomption d'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire

Dès que la preuve proposée est désignée comme étant du ouï-dire, elle est présumée

57

58

59

nature of the hearsay rule as a general exclusionary rule because the increased flexibility introduced in the Canadian law of evidence in the past few decades has sometimes tended to blur the distinction between admissibility and weight. Modifications have been made to a number of rules, including the rule against hearsay, to bring them up to date and to ensure that they facilitate rather than impede the goals of truth seeking, judicial efficiency and fairness in the adversarial process. However, the traditional rules of evidence reflect considerable wisdom and judicial experience. The modern approach has built upon their underlying rationale, not discarded it. In *Starr* itself, where this Court recognized the primacy of the principled approach to hearsay exceptions, the presumptive exclusion of hearsay evidence was reaffirmed in strong terms. Iacobucci J. stated as follows (at para. 199):

By excluding evidence that might produce unfair verdicts, and by ensuring that litigants will generally have the opportunity to confront adverse witnesses, the hearsay rule serves as a cornerstone of a fair justice system.

6.2.3 Traditional Exceptions

60

The Court in *Starr* also reaffirmed the continuing relevance of the traditional exceptions to the hearsay rule. More recently, this Court in *Mapara* reiterated the continued application of the traditional exceptions in setting out the governing analytical framework, as noted in para. 42 above. Therefore, if the trial judge determines that the evidence falls within one of the traditional common law exceptions, this finding is conclusive and the evidence is ruled admissible, unless, in a rare case, the exception itself is challenged as described in both those decisions.

6.2.4 Principled Approach: Overcoming the Hearsay Dangers

61

Since the central underlying concern is the inability to test hearsay evidence, it follows that under

inadmissible. J'insiste sur le fait que la règle du ouï-dire est par nature une règle d'exclusion générale, car l'assouplissement accru du droit canadien de la preuve au cours des dernières décennies a parfois eu tendance à estomper la distinction entre admissibilité et valeur probante. Des modifications ont été apportées à un certain nombre de règles — dont la règle interdisant le ouï-dire — afin de les mettre à jour et d'assurer qu'elles favorisent la réalisation des objectifs de recherche de la vérité, d'efficacité du système judiciaire et d'équité du processus accusatoire, au lieu de l'entraver. Toutefois, les règles de preuve traditionnelles témoignent d'une sagesse et d'une expérience judiciaire considérables. L'approche moderne a consolidé, et non écarté, leur raison d'être fondamentale. Dans l'arrêt *Starr* lui-même, où notre Cour a reconnu la primauté de la méthode d'analyse raisonnée des exceptions à la règle du ouï-dire, la présomption d'exclusion de la preuve par ouï-dire a été réaffirmée de manière non équivoque. Le juge Iacobucci s'est ainsi exprimé (par. 199) :

En écartant les éléments de preuve susceptibles de donner lieu à des verdicts inéquitables et en assurant que les parties aient généralement la possibilité de confronter des témoins opposés, la règle du ouï-dire est une pierre angulaire d'un système de justice équitable.

6.2.3 Les exceptions traditionnelles

Dans l'arrêt *Starr*, la Cour a aussi réaffirmé que les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire sont toujours pertinentes. Plus récemment, dans l'arrêt *Mapara*, notre Cour a confirmé le maintien des exceptions traditionnelles en établissant le cadre d'analyse applicable, exposé plus haut au par. 42. Par conséquent, si le juge du procès conclut que la preuve relève de l'une des exceptions de common law traditionnelles, cette conclusion est définitive et la preuve est jugée admissible sauf si, dans de rares cas, l'exception elle-même est contestée, comme le précisent ces deux arrêts.

6.2.4 La méthode d'analyse raisonnée : écarter les dangers du ouï-dire

Étant donné que la préoccupation majeure sous-jacente est l'impossibilité de vérifier la preuve par

the principled approach the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this difficulty is sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. As some courts and commentators have expressly noted, the reliability requirement is usually met in two different ways: see, for example, *R. v. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (Ont. C.A.); D. M. Paciocco, “The Hearsay Exceptions: A Game of ‘Rock, Paper, Scissors’”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (2004), 17, at p. 29.

One way is to show that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about. Common sense dictates that if we can put sufficient trust in the truth and accuracy of the statement, it should be considered by the fact finder regardless of its hearsay form. Wigmore explained it this way:

There are many situations in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished. If a statement has been made under such circumstances that even a sceptical caution would look upon it as trustworthy (in the ordinary instance), in a high degree of probability, it would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured. [§ 1420, p. 154]

Another way of fulfilling the reliability requirement is to show that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested. Recall that the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination. This preferred method is not just a vestige of past traditions. It remains a tried and true method, particularly when credibility issues must be resolved. It is one thing for a person to make a damaging

ouï-dire, il s’ensuit que, selon la méthode d’analyse raisonnée, l’exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où cette difficulté est suffisamment surmontée pour justifier l’admission de la preuve à titre d’exception à la règle d’exclusion générale. Comme certains tribunaux et commentateurs ont pris soin de le souligner, il y a deux manières de satisfaire à l’exigence de fiabilité : voir, par exemple, *R. c. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (C.A. Ont.); D. M. Paciocco, « The Hearsay Exceptions : A Game of “Rock, Paper, Scissors” », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence* (2004), 17, p. 29.

Une manière consiste à démontrer qu’il n’y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite. Le bon sens veut que, si on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l’exactitude de la déclaration, le juge des faits devrait en tenir compte indépendamment du fait qu’elle est relatée. À cet égard, Wigmore a donné l’explication suivante :

[TRADUCTION] Dans de nombreux cas, on peut facilement voir qu’une telle épreuve requise [c’est-à-dire le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont en grande partie déjà été atteints. Si une déclaration a été faite dans des circonstances où même un sceptique prudent la considérerait comme très probablement fiable (en temps normal), il serait trop pointilleux d’insister sur une épreuve dont l’objet principal est déjà atteint. [§ 1420, p. 154]

Une autre manière de satisfaire à l’exigence de fiabilité consiste à démontrer que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées. Rappelons-nous que, dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve est de faire témoigner le déclarant sous serment devant le tribunal, tout en lui faisant subir un contre-interrogatoire minutieux. Cette méthode privilégiée n’est pas seulement un vestige de traditions passées. Elle demeure une méthode éprouvée et fiable, particulièrement

statement about another in a context where it may not really matter. It is quite another for that person to repeat the statement in the course of formal proceedings where he or she must commit to its truth and accuracy, be observed and heard, and be called upon to explain or defend it. The latter situation, in addition to providing an accurate record of what was actually said by the witness, gives us a much higher degree of comfort in the statement's trustworthiness. However, in some cases it is not possible to put the evidence to the optimal test, but the circumstances are such that the trier of fact will nonetheless be able to sufficiently test its truth and accuracy. Again, common sense tells us that we should not lose the benefit of the evidence when there are adequate substitutes for testing the evidence.

64

These two principal ways of satisfying the reliability requirement can also be discerned in respect of the traditional exceptions to the hearsay rule. Iacobucci J. notes this distinction in *Starr*, stating as follows:

For example, testimony in former proceedings is admitted, at least in part, because many of the traditional dangers associated with hearsay are not present. As pointed out in *Sopinka, Lederman and Bryant*, *supra*, at pp. 278-79:

... a statement which was earlier made under oath, subjected to cross-examination and admitted as testimony at a former proceeding is received in a subsequent trial *because the dangers underlying hearsay evidence are absent.*

Other exceptions are based not on negating traditional hearsay dangers, but on the fact that the statement provides circumstantial guarantees of reliability. This approach is embodied in recognized exceptions such as dying declarations, spontaneous utterances, and statements against pecuniary interest. [Emphasis added by Iacobucci J.; para. 212.]

65

Some of the traditional exceptions stand on a different footing, such as admissions from parties

lorsqu'il faut résoudre des questions de crédibilité. C'est une chose de faire une déclaration préjudiciable à propos d'autrui dans un contexte où il se peut que cette déclaration n'ait pas vraiment d'importance; c'est une toute autre chose que le déclarant répète sa déclaration dans le cadre de procédures formelles où il doit en garantir la véracité et l'exactitude, être observé et entendu, et être appelé à l'expliquer ou à la défendre. Cette dernière situation, en plus de fournir un compte rendu exact de ce qu'a réellement dit le témoin, nous rassure beaucoup plus quant à la fiabilité de la déclaration. Toutefois, dans certains cas, il n'est pas possible de vérifier la preuve de la meilleure façon, mais les circonstances sont telles que le juge des faits sera néanmoins en mesure d'en vérifier suffisamment la véracité et l'exactitude. Là encore, le bon sens nous indique qu'il ne faudrait pas perdre l'avantage de cette preuve lorsqu'il existe d'autres façons adéquates de la vérifier.

Il est également possible de distinguer ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité dans le cas des exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. Le juge Iacobucci note ainsi cette distinction dans l'arrêt *Starr* :

Par exemple, le témoignage fait dans le cadre d'une instance antérieure est admis, du moins en partie, parce que bien des dangers qui se rattachent traditionnellement à la preuve par oui-dire ne se posent pas. Comme il a été souligné dans *Sopinka, Lederman et Bryant*, *op. cit.*, aux pp. 278 et 279 :

[TRADUCTION] ... une déclaration qui a été faite antérieurement sous la foi du serment, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qui a été admise en tant que preuve testimoniale lors d'une instance antérieure est admise lors d'un procès ultérieur *parce que les dangers que comporte la preuve par oui-dire ne se posent pas.*

D'autres exceptions sont fondées non pas sur la suppression des dangers traditionnels de la preuve par oui-dire, mais sur le fait que la déclaration offre des garanties circonstancielles de fiabilité. Cette méthode se retrouve dans des exceptions reconnues comme les déclarations de mourants, les déclarations spontanées et les déclarations au détriment des intérêts financiers de leur auteur. [Souligné par le juge Iacobucci; par. 212.]

Certaines exceptions traditionnelles ont une assise différente, tels les aveux de parties

(confessions in the criminal context) and co-conspirators' statements: see *Mapara*, at para. 21. In those cases, concerns about reliability are based on considerations other than the party's inability to test the accuracy of his or her own statement or that of his or her co-conspirators. Hence, the criteria for admissibility are not established in the same way. However, in cases where the exclusionary rule is based on the usual hearsay dangers, this distinction between the two principal ways of satisfying the reliability requirement, although not by any means one that creates mutually exclusive categories, may assist in identifying what factors need to be considered on the admissibility inquiry.

Khan is an example where the reliability requirement was met because the circumstances in which the statement came about provided sufficient comfort in its truth and accuracy. Similarly in *Smith*, the focus of the admissibility inquiry was also on those circumstances that tended to show that the statement was true. On the other hand, the admissibility of the hearsay statement in *B. (K.G.)* and *Hawkins* was based on the presence of adequate substitutes for testing the evidence. As we shall see, the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes. In *U. (F.J.)*, the Court considered both those circumstances tending to show that the statement was true and the presence of adequate substitutes for testing the evidence. *U. (F.J.)* underscores the heightened concern over reliability in the case of prior inconsistent statements where the trier of fact is invited to accept an out-of-court statement over the sworn testimony from the same declarant. I will briefly review how the analysis of the Court in each of those cases was focussed on overcoming the particular hearsay dangers raised by the evidence.

6.2.4.1 *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531

As stated earlier, *Khan* is an example where the reliability requirement was met because the circumstances in which the statement came about

(confessions en matière criminelle) et les déclarations de coconspirateurs : voir l'arrêt *Mapara*, par. 21. Dans ces cas, les préoccupations relatives à la fiabilité tiennent à des considérations autres que l'incapacité de la partie en question de vérifier l'exactitude de sa propre déclaration ou de celles de ses coconspirateurs. Partant, les critères d'admissibilité ne sont pas établis de la même façon. Toutefois, dans les cas où la règle d'exclusion repose sur les dangers habituels du oui-dire, la distinction entre les deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité — bien qu'elle ne crée aucunement des catégories mutuellement exclusives — peut aider à reconnaître les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité.

L'affaire *Khan* est un exemple où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite étaient suffisamment rassurantes quant à sa véracité et à son exactitude. De même, dans l'affaire *Smith*, l'examen de l'admissibilité était aussi axé sur les circonstances qui tendaient à démontrer la véracité de la déclaration. Par contre, dans les affaires *B. (K.G.)* et *Hawkins*, l'admissibilité de la déclaration relatée reposait sur l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. Comme nous le verrons, la possibilité de contre-interroger le déclarant permet dans une large mesure de satisfaire à l'exigence de substituts adéquats. Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour a pris en considération tant les circonstances tendant à démontrer la véracité de la déclaration que l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'arrêt *U. (F.J.)* souligne que la préoccupation relative à la fiabilité augmente dans le cas de déclarations antérieures incompatibles, où le juge des faits est invité à retenir une déclaration extrajudiciaire au lieu du témoignage sous serment du même déclarant. J'examinerai brièvement comment, dans chacune de ces affaires, l'analyse de la Cour était axée sur la possibilité d'écartier les dangers particuliers du oui-dire soulevés par la preuve.

6.2.4.1 *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531

Comme je l'ai déjà dit, l'arrêt *Khan* est un exemple où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait

provided sufficient comfort in its truth and accuracy. The facts are well known. *Khan* involved a sexual assault on a very young child by her doctor. The child was incompetent to testify. The child's statements to her mother about the incident were inadmissible under any of the traditional hearsay exceptions. However, the child's statement had several characteristics that suggested the statement was true. Those characteristics answered many of the concerns that one would expect would be inquired into in testing the evidence, had it been available for presentation in open court in the usual way. McLachlin J., in the following oft-quoted statement, summarized them in this way:

I conclude that the mother's statement in the case at bar should have been received. It was necessary, the child's viva voce evidence having been rejected. It was also reliable. The child had no motive to falsify her story, which emerged naturally and without prompting. Moreover, the fact that she could not be expected to have knowledge of such sexual acts imbues her statement with its own peculiar stamp of reliability. Finally, her statement was corroborated by real evidence. [p. 548]

The facts also revealed that the statement was made almost immediately after the event. That feature removed any concern about inaccurate memory. The fact that the child had no reason to lie alleviated the concern about sincerity. Because the statement was made naturally and without prompting, there was no real danger that it came about because of the mother's influence. Most importantly, as stated in the above excerpt, the event described was one that would ordinarily be outside the experience of a child of her age giving it a "peculiar stamp of reliability". Finally, the statement was confirmed by a semen stain on the child's clothing. These characteristics each went to the truth and accuracy of the statement and, taken together, amply justified its admission. The criterion of reliability was met. There is nothing controversial about the factors considered in *Khan*, except for the supportive evidence of the semen stain. I will come back to that point later.

été faite étaient suffisamment rassurantes quant à sa véracité et à son exactitude. Les faits sont bien connus. Il y était question d'une agression sexuelle commise par un médecin sur une très jeune enfant. L'enfant était inhabile à témoigner. Les déclarations que l'enfant avait faites à sa mère au sujet de l'épisode n'étaient pas admissibles en application des exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire. Toutefois, la déclaration de l'enfant présentait plusieurs caractéristiques qui donnaient à penser que la déclaration était véridique. Ces caractéristiques répondaient à de nombreuses préoccupations qui auraient été censées être examinées à l'étape de la vérification de la preuve si celle-ci avait pu être présentée en cour de la façon habituelle. La juge McLachlin les a ainsi résumées dans un énoncé souvent cité :

Je conclus qu'en l'espèce la déclaration de la mère aurait dû être reçue en preuve. Elle était nécessaire puisque le témoignage de vive voix de l'enfant avait été rejeté. Elle était également fiable. L'enfant n'avait aucune raison d'inventer son histoire qu'elle a racontée naturellement sans être incitée à le faire. En outre, le fait qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'enfant connaisse ce genre d'acte sexuel confère à sa déclaration une fiabilité toute particulière. Enfin, sa déclaration a été corroborée par une preuve matérielle. [p. 548]

Les faits révélaient aussi que la déclaration avait suivi presque immédiatement les faits reprochés. Cette caractéristique écartait toute crainte de souvenir inexact. Le fait que l'enfant n'avait aucune raison de mentir atténuait la préoccupation relative à la sincérité. Puisque la déclaration avait été faite naturellement et sans avoir été provoquée, il n'y avait pas de véritable danger qu'elle ait été faite sous l'influence de la mère. Qui plus est, comme l'indique la citation précédente, les faits décrits dépassaient l'expérience normale d'un enfant de son âge, ce qui conférait à la déclaration une « fiabilité toute particulière ». Enfin, la déclaration était confirmée par la présence d'une tache de sperme sur les vêtements de l'enfant. Chacune de ces caractéristiques touchait la véracité et l'exactitude de la déclaration et, ensemble, elles justifiaient amplement son admission. Le critère de fiabilité était rempli. À l'exception de la preuve à l'appui constituée de la tache de sperme, les facteurs considérés dans l'affaire *Khan* n'avaient rien de controversé. Je reviendrai plus loin sur cette question.

6.2.4.2 *R. v. Smith, [1992] 2 S.C.R. 915*

In *Smith*, this Court's inquiry into the circumstantial guarantees of reliability was also focussed on those circumstances that tended to show that the statement was true.

Smith was charged with the murder of K. The Crown's evidence included the testimony of K's mother about four telephone calls K made to her on the night of the murder. Defence counsel did not object to this evidence. Smith was convicted at trial. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial on the ground that the phone calls were hearsay, and only the first two were admissible for the purpose of establishing K's state of mind. In refusing to apply the curative proviso, the Court of Appeal found that the hearsay had been used to place Smith with K at the time of her death, thereby "buttressing certain identification evidence of questionable reliability" (pp. 922-23). The Crown appealed to this Court.

After ruling that the state of mind, or "present intentions" exception did not apply to the phone calls, Lamer C.J. went on to elaborate on and then apply the approach outlined in *Khan*. After quoting extensively from Wigmore on the underlying rationale for the hearsay rule and its exceptions, he elaborated on the reliability prong of the principled analysis and stated as follows (at p. 933):

If a statement sought to be adduced by way of hearsay evidence is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken, the hearsay evidence may be said to be "reliable", i.e., a circumstantial guarantee of trustworthiness is established. [Emphasis added.]

In determining whether the phone calls were reliable, Lamer C.J. held that the first two were, but the third was not (the fourth was not in issue on appeal to this Court). With respect to the first two, there was no reason to doubt K's veracity — "[s]he had no known reason to lie" — and the traditional dangers associated with hearsay — perception, memory and

6.2.4.2 *R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915*

Dans l'arrêt *Smith*, l'examen des garanties circonstanciennes de fiabilité effectué par notre Cour était axé également sur les circonstances tendant à démontrer la véracité de la déclaration.

M. Smith était accusé du meurtre de K. La preuve du ministère public incluait le témoignage de la mère de K au sujet de quatre appels téléphoniques que K lui avait faits la nuit du meurtre. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve. M. Smith a été déclaré coupable en première instance. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les appels téléphoniques constituaient du oui-dire et que seuls les deux premiers appels étaient admissibles pour établir l'état d'esprit de K. En refusant d'appliquer la disposition réparatrice, la Cour d'appel a conclu que le oui-dire avait servi à établir que K était avec M. Smith au moment de son décès, ce qui avait eu pour effet « de renforcer une certaine preuve d'identification d'une fiabilité douteuse » (p. 922-923). Le ministère public s'est pourvu devant notre Cour.

Après avoir décidé que l'exception de l'état d'esprit ou des « intentions existantes » ne s'appliquait pas aux appels téléphoniques, le juge en chef Lamer a explicité puis appliqué la méthode exposée dans l'arrêt *Khan*. Après avoir cité longuement Wigmore au sujet de la raison d'être de la règle du oui-dire et de ses exceptions, il s'est attardé au volet « fiabilité » de la méthode d'analyse raisonnée et a déclaré ce qui suit (p. 933) :

Si une déclaration qu'on veut présenter par voie de preuve par oui-dire a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur, on peut dire que la preuve est « fiable », c'est-à-dire qu'il y a une garantie circonstancielle de fiabilité. [Je souligne.]

Au sujet de la fiabilité des appels téléphoniques, le juge en chef Lamer a décidé que les deux premiers appels étaient fiables, mais que le troisième ne l'était pas (le quatrième n'étant pas en cause devant notre Cour). Dans le cas des deux premiers appels, il n'y avait aucune raison de douter de la véracité des propos de K — « [e]lle n'avait aucune raison connue

68

69

70

71

credibility — “were not present to any significant degree” (p. 935). As we can see, the Court looked at factors that would likely have been inquired into during the course of cross-examination if the declarant had been available to testify and found that these usual concerns were largely alleviated because of the way in which the statements came about. Hence, the Court concluded that the absence of the ability to cross-examine K should go to the weight given to this evidence, not its admissibility.

72

With respect to the third phone call, however, Lamer C.J. held that “the conditions under which the statement was made do not . . . provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify its admission without the possibility of cross-examination” (p. 935). First, he held that she may have been mistaken about Smith returning to the hotel, or about his purpose in returning (p. 936). Second, he held that she might have lied to prevent her mother from sending another man to pick her up. With respect to this second possibility, Lamer C.J. held that the fact that K had been travelling under an assumed name with a credit card which she knew was either stolen or forged demonstrated that she was “at least capable of deceit” (p. 936). Again, the Court looked at factors that would likely have been inquired into during the course of cross-examination if the declarant had been available to testify and concluded that these “hypotheses” showed that the circumstances of the statement were not such as to “justify the admission of its contents” since it was impossible to say that the evidence was unlikely to change under cross-examination (p. 937). It is important to note that the Court did not go on to determine whether, on its view of the evidence, the declarant was mistaken or whether she had lied — those would be matters for the ultimate trier of fact to decide. On the admissibility inquiry, it sufficed that the circumstances in which the statement was made gave rise to these issues to bar its admission.

de mentir » — et les dangers traditionnellement associés au oui-dire, à savoir les problèmes de perception, de mémoire et de crédibilité, « étaient dans une large mesure inexistantes » (p. 935). Comme nous pouvons le constater, la Cour a pris en considération des facteurs qui auraient vraisemblablement été examinés en contre-interrogatoire si la déclarante avait été disponible pour témoigner, et a conclu que ces préoccupations habituelles étaient grandement atténuées en raison de la façon dont les déclarations avaient été faites. La Cour a donc conclu que l’incapacité de contre-interroger K devait influencer sur le poids accordé à cette preuve et non sur son admissibilité.

Toutefois, en ce qui a trait au troisième appel téléphonique, le juge en chef Lamer a statué que « les conditions dans lesquelles la déclaration a été faite ne fournissent pas la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans possibilité de contre-interroger » (p. 935). Premièrement, il a conclu que K a pu se tromper quant au retour de M. Smith à l’hôtel ou quant à la raison de son retour (p. 936). Deuxièmement, il a décidé qu’elle pouvait avoir menti pour empêcher sa mère d’envoyer un autre homme la chercher. Quant à cette seconde possibilité, le juge en chef Lamer a estimé que le fait que K voyageait sous un nom d’emprunt en utilisant une carte de crédit qu’elle savait volée ou contrefaite démontrait qu’elle était « à tout le moins capable de tromper » (p. 936). Là encore, la Cour a pris en considération des facteurs qui auraient vraisemblablement été examinés en contre-interrogatoire si la déclarante avait été disponible pour témoigner, et a conclu que ces « hypothèses » démontraient que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite n’étaient pas de nature à « justifie[r] l’admission de son contenu » puisqu’il était impossible de dire que cette preuve ne serait pas susceptible de changer lors d’un contre-interrogatoire (p. 937). Il importe de noter que la Cour n’a pas ensuite décidé si, selon sa perception de la preuve, la déclarante était dans l’erreur ou avait menti — ce sont là des questions qui devaient être tranchées en fin de compte par le juge des faits. Lors de l’examen de l’admissibilité, il suffisait que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite aient soulevé ces questions pour en empêcher l’admission.

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

B. (K.G.) provides an example where threshold reliability was essentially based on the presence of adequate substitutes for the traditional safeguards relied upon to test the evidence.

The issue in *B. (K.G.)* was the substantive admissibility of prior inconsistent statements made by three of B's friends, in which they told the police that B was responsible for stabbing and killing the victim in the course of a fight. The three recanted their statements at trial. (They subsequently plead guilty to perjury.) The Crown sought to admit the prior statements to police for the truth of their contents. Although the trial judge had no doubt the recantations were false, he followed the traditional common law ("orthodox") rule that the statements could be used only to impeach the witnesses. In light of the doubtfulness of the other identification evidence, the trial judge acquitted B.

The issue before this Court was whether the orthodox rule in respect of prior inconsistent statements should be maintained. In reviewing its history, Lamer C.J. noted that, although the prohibition on hearsay was not always recognized as the basis for the rule, similar "dangers" were cited as reasons against admission, namely absence of an oath or affirmation, inability of the trier of fact to assess demeanour, and lack of contemporaneous cross-examination (pp. 763-64). After reviewing the academic criticism, the views of law reform commissioners, legislative changes in Canada and elsewhere, and developments in the law of hearsay, Lamer C.J. concluded that it was the province and duty of the Court to formulate a new rule (p. 777). He held 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*" with the requirements of reliability and necessity "adapted and refined in this

6.2.4.3 *R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740*

L'arrêt *B. (K.G.)* est un exemple où le seuil de fiabilité reposait essentiellement sur l'existence de substituts adéquats aux garanties traditionnelles invoquées pour vérifier la preuve.

La question litigieuse dans l'arrêt *B. (K.G.)* portait sur l'admissibilité quant au fond de déclarations antérieures incompatibles de trois amis de B, dans lesquelles ceux-ci avaient dit à la police que B avait poignardé à mort la victime au cours d'une bagarre. Les trois sont revenus sur leurs déclarations au procès. (Ils ont, par la suite, plaidé coupable à des accusations de parjure.) Le ministère public sollicitait l'admission des déclarations antérieures faites à la police pour établir la véracité de leur contenu. Bien qu'il n'ait aucunement douté de la fausseté des rétractations, le juge du procès a suivi la règle de common law traditionnelle (« orthodoxe ») selon laquelle les déclarations ne pouvaient servir qu'à attaquer la crédibilité des témoins. Vu le caractère douteux des autres éléments de preuve d'identification, le juge du procès a acquitté B.

La question soumise à notre Cour était de savoir s'il y avait lieu de maintenir l'application de la règle orthodoxe à l'égard des déclarations antérieures incompatibles. En faisant l'historique, le juge en chef Lamer a constaté que, bien que l'interdiction du ouï-dire n'ait pas toujours été reconnue comme étant le fondement de la règle, des « dangers » semblables avaient été évoqués pour interdire l'admission d'une déclaration, à savoir l'absence de serment ou d'affirmation solennelle, l'incapacité du juge des faits d'apprécier le comportement et l'absence de contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration avait été faite (p. 763-764). Après avoir examiné les critiques d'auteurs de doctrine, les opinions de membres de commissions de réforme du droit, les changements apportés par le législateur au Canada et ailleurs, ainsi que l'évolution de la règle du ouï-dire, le juge en chef Lamer a conclu qu'il était du ressort et du devoir de la Cour de formuler une nouvelle règle (p. 777). Il a estimé que « la preuve des déclarations antérieures incompatibles

73

74

75

particular context, given the particular problems raised by the nature of such statements” (p. 783).

d’un témoin, autre que l’accusé, doit être admissible quant au fond, d’après l’analyse fondée sur les principes élaborée dans les arrêts de notre Cour, *Khan et Smith* », et que les exigences de fiabilité et de nécessité « doivent être adapté[e]s et raffiné[e]s dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations » (p. 783).

76

The most important contextual factor in *B. (K.G.)* is the availability of the declarant. Unlike the situation in *Khan* or *Smith*, the trier of fact is in a much better position to assess the reliability of the evidence because the declarant is available to be cross-examined on his or her prior inconsistent statement. The admissibility inquiry into threshold reliability, therefore, is not so focussed on the question whether there is reason to believe the statement is true, as it is on the question whether the trier of fact will be in a position to rationally evaluate the evidence. The search is for adequate substitutes for the process that would have been available had the evidence been presented in the usual way, namely through the witness, under oath or affirmation, and subject to the scrutiny of contemporaneous cross-examination.

Le facteur contextuel le plus important dans l’arrêt *B. (K.G.)* est la disponibilité du déclarant. Contrairement à la situation dans l’affaire *Khan* ou l’affaire *Smith*, le juge des faits est beaucoup mieux en mesure d’apprécier la fiabilité de la preuve parce que le déclarant est disponible pour être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure incompatible. Par conséquent, l’examen du seuil de fiabilité applicable en matière d’admissibilité ne porte pas tant sur la question de savoir s’il y a un motif de croire que la déclaration est véridique que sur celle de savoir si le juge des faits sera en mesure d’apprécier rationnellement la preuve. Il faut chercher des substituts adéquats au processus qui aurait été disponible si la preuve avait été présentée de la façon habituelle, à savoir par l’entremise du témoin qui vient déposer sous la foi du serment ou d’une affirmation solennelle et qui subit un contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration est faite.

77

Since the declarant testifies in court, under oath or affirmation, and is available for cross-examination, the question becomes why there is any remaining concern over the reliability of the prior statement. As I have indicated earlier, necessity and reliability should not be considered in isolation. One criterion may have an impact on the other. The situation in *B. (K.G.)* is one example. As noted by Lamer C.J., “[p]rior inconsistent statements present vexing problems for the necessity criterion” (p. 796). Indeed, the declarant is available as a witness. Why should not the usual rule apply and the recanting witness’s sworn testimony alone go to the truth of the matter? After all, is that not the optimal test on reliability — that the witness come forth to be seen and heard, swear or affirm to tell the truth in the formal context of court proceedings, and be subjected to

Étant donné que le déclarant témoigne en cour sous la foi du serment ou d’une affirmation solennelle et qu’il est possible de le contre-interroger, la question est alors de savoir pourquoi se préoccupe-t-on encore de la fiabilité de la déclaration antérieure. Comme je l’ai indiqué précédemment, la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément. Un critère peut influencer sur l’autre. La situation dans l’affaire *B. (K.G.)* en est un exemple. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Lamer, « [l]es déclarations antérieures incompatibles posent des problèmes embarrassants par rapport au critère de la nécessité » (p. 796). En fait, le déclarant est disponible pour témoigner. Pourquoi la règle habituelle ne devrait-elle pas s’appliquer, et pourquoi le témoignage sous serment du témoin qui se rétracte ne devrait-il pas seul permettre de découvrir la vérité? Après

cross-examination? If a witness recants a prior statement and denies its truth, the default position is to conclude that the trial process has worked as intended — untruthful or inaccurate information will have been weeded out. There must be good reason to present the prior inconsistent statement as substantive proof over the sworn testimony given in court.

As we know, the Court ultimately ruled in *B. (K.G.)*, and the principle is now well established, that necessity is not to be equated with the unavailability of the witness. The necessity criterion is given a flexible definition. In some cases, such as in *B. (K.G.)* where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the *testimony*, not the witness. Notwithstanding the fact that the necessity criterion can be met on varied bases, the context giving rise to the need for the evidence in its hearsay form may well impact on the *degree* of reliability required to justify its admission. As stated by Lamer C.J. in *B. (K.G.)*, where the hearsay evidence is a prior inconsistent statement, reliability is a “key concern” (at pp. 786-87):

The reliability concern is sharpened in the case of prior inconsistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence.

tout, n'est-ce pas là le critère optimal en matière de fiabilité — à savoir que le témoin se présente pour être vu et entendu, pour promettre, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, de dire la vérité dans le cadre formel de procédures judiciaires, et pour faire l'objet d'un contre-interrogatoire? Si un témoin revient sur une déclaration antérieure et en nie la véracité, la solution par défaut consiste à conclure que le procès a eu les résultats escomptés : les renseignements faux ou inexacts ont été éliminés. Il doit y avoir une bonne raison de présenter la déclaration antérieure incompatible comme preuve quant au fond de préférence au témoignage sous serment devant le tribunal.

Comme nous le savons, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a statué en fin de compte — et ce principe est maintenant bien établi — que la nécessité ne saurait être assimilée à la non-disponibilité du témoin. Le critère de la nécessité reçoit une définition souple. Dans certains cas, comme dans l'affaire *B. (K.G.)* où un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du *témoignage* et non du témoin. Malgré le fait qu'il peut être satisfait de diverses manières au critère de la nécessité, le contexte qui engendre la nécessité de la preuve par ouï-dire peut bien avoir une incidence sur le *degré* de fiabilité exigé pour en justifier l'admission. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *B. (K.G.)*, lorsque la preuve par ouï-dire est une déclaration antérieure incompatible, la fiabilité est une « préoccupation fondamentale » (p. 787) :

Cette préoccupation s'accroît dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de ouï-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond.

79

Lamer C.J. went on to describe the general attributes of in-court testimony that provide the usual safeguards for reliability. He reviewed at some length the compelling reasons to prefer statements made under oath or affirmation, the value of seeing and hearing the witness in assessing credibility, the importance of having an accurate record of what was actually said, and the value of contemporaneous cross-examination. In considering what would constitute an adequate substitute in respect of the prior inconsistent statement, he concluded (at pp. 795-96) that there will be “sufficient circumstantial guarantees of reliability” to render such statements substantively admissible where

(i) the statement is made under oath or solemn affirmation following a warning as to the existence of sanctions and the significance of the oath or affirmation, (ii) the statement is videotaped in its entirety, and (iii) the opposing party . . . has a full opportunity to cross-examine the witness respecting the statement Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

80

To say that a statement is sufficiently reliable because it is made under oath, in person, and the maker is cross-examined is somewhat of a misnomer. A lot of courtroom testimony proves to be totally unreliable. However, therein lies the safeguard — in the *process* that has uncovered its untrustworthiness. Hence, the presence of adequate substitutes for that process establishes a threshold of reliability and makes it safe to admit the evidence.

81

Lamer C.J. also added an important proviso, to which I will return later, on the trial judge’s discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement, even where the criteria outlined above are satisfied when there is any concern that the statement may be the product of some form of investigatory misconduct (pp. 801-2). Here, although the statements were videotaped, and the

Le juge en chef Lamer a ensuite décrit les caractéristiques générales d’un témoignage en cour qui offre les garanties habituelles de fiabilité. Il a examiné longuement les raisons impérieuses de préférer les déclarations faites sous la foi du serment ou d’une affirmation solennelle, l’utilité de voir et d’entendre le témoin pour apprécier la crédibilité, l’importance d’avoir un compte rendu exact de ce qui a réellement été dit, et l’avantage du contre-interrogatoire effectué au moment précis où la déclaration est faite. En étudiant ce qui constituerait un substitut adéquat à l’égard de la déclaration antérieure incompatible, il a conclu, aux p. 795-796, qu’il y aura des « garanties circonstanciées de fiabilité suffisantes » pour rendre de telles déclarations admissibles quant au fond

(i) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation solennelle après une mise en garde quant à l’existence de sanctions et à l’importance du serment ou de l’affirmation solennelle, (ii) si elle est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (iii) si la partie adverse [. . .] a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration [. . .] Subsidiairement, il se peut que d’autres garanties circonstanciées de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement.

Il n’est pas tout à fait juste d’affirmer qu’une déclaration est suffisamment fiable parce qu’elle est faite en personne et sous serment, et que le déclarant est contre-interrogé. Maints témoignages en cour s’avèrent tout à fait indignes de foi. Toutefois, c’est là que se situe la garantie — dans le *processus* qui en a révélé le manque de fiabilité. L’existence de substituts adéquats à ce processus établit donc un seuil de fiabilité et permet d’admettre sans risque la preuve.

Le juge en chef Lamer a également assujéti à une réserve importante — sur laquelle je reviendrai plus loin — le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond même dans le cas où les critères susmentionnés sont respectés, s’il y a quelque crainte que la déclaration soit le produit d’une forme d’inconduite de la part des enquêteurs

witnesses were cross-examined, the statements were not made under oath. Whether there was a sufficient substitute to warrant substantive admission was sent back to be determined by the trial judge (p. 805). The appeal was allowed and a new trial ordered. Cory J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) agreed with the result but for different reasons that, for the purpose of our analysis, need not be reviewed here.

6.2.4.4 *R. v. U. (F.J.), [1995] 3 S.C.R. 764*

U. (F.J.) brought back to the Court the issue of admissibility of prior inconsistent statements. In an interview with police, the complainant, J.U., told the interviewing officer that the accused, her father, was having sex with her “almost every day” (para. 4). She gave considerable details about the sexual activity and also described two physical assaults. The interviewing police officer later testified that he had attempted to tape the interview, but that the tape recorder had malfunctioned. He subsequently prepared a summary, based partly on notes and partly on his memory.

Immediately after interviewing J.U., the same officer interviewed the accused. Again, the interview was not taped. The accused admitted to having sex with J.U. “many times”, describing similar sexual acts and the two physical assaults that J.U. had described (para. 5). At trial, J.U. recanted the allegations of sexual abuse. She claimed to have lied at the behest of her grandmother. The accused denied having told police that he had engaged in sexual activity with J.U.

The focus of the discussion before this Court was whether the “rule” in *B. (K.G.)* applied to this case. Although the criteria in *B. (K.G.)* were based on the principled approach in *Khan* and *Smith*, it was not clear whether *B. (K.G.)* established a distinct “rule”

(p. 801-802). En l’espèce, bien que les déclarations aient été enregistrées sur bande vidéo et que les témoins aient été contre-interrogés, ces déclarations n’ont pas été faites sous serment. La question de savoir s’il y avait un substitut suffisant pour justifier l’admission quant au fond a été renvoyée au juge du procès pour qu’il la tranche (p. 805). Le pourvoi a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. Le juge Cory (avec l’appui de la juge L’Heureux-Dubé) était d’accord avec le résultat, mais pour des motifs différents qui, pour les besoins de notre analyse, n’ont pas à être examinés ici.

6.2.4.4 *R. c. U. (F.J.), [1995] 3 R.C.S. 764*

Dans l’affaire *U. (F.J.)*, la question de l’admissibilité des déclarations antérieures incompatibles a de nouveau été soumise à la Cour. Au cours d’un entretien avec la police, la plaignante, J.U., a déclaré au policier qui l’interrogeait que l’accusé, son père, avait eu des rapports sexuels avec elle [TRADUCTION] « presque chaque jour » (par. 4). Elle a donné de nombreux détails concernant ces activités sexuelles et a également fait état de deux agressions physiques. Le policier qui l’a interrogée a témoigné plus tard qu’il avait tenté d’enregistrer l’entretien, mais que le magnéscope avait mal fonctionné. Il a, par la suite, préparé un résumé en se fondant en partie sur les notes qu’il avait prises et en partie sur ce qu’il avait retenu.

Immédiatement après avoir interrogé J.U., le même policier a interrogé l’accusé. Là encore, l’entretien n’a pas été enregistré. L’accusé a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec J.U. [TRADUCTION] « bien des fois », décrivant des actes sexuels similaires et les deux agressions physiques dont elle avait fait état (par. 5). Au procès, J.U. est revenue sur ses allégations d’abus sexuel. Elle a soutenu avoir menti à la demande de sa grand-mère. L’accusé a nié avoir dit à la police qu’il avait eu des rapports sexuels avec J.U.

Le débat devant la Cour portait sur la question de savoir si la « règle » de l’arrêt *B. (K.G.)* s’appliquait à l’affaire. Bien que les critères de l’arrêt *B. (K.G.)* aient été fondés sur la méthode d’analyse raisonnée adoptée dans les arrêts *Khan* et *Smith*, il

82

83

84

for admitting prior inconsistent statements. Lamer C.J. sought to clarify the relationship between these cases, stating as follows (at para. 35):

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.

85

Lamer C.J. went on to determine how the indicia of reliability could be founded on different criteria than those set out in *B. (K.G.)*. The complainant's statement to the police was not made under oath. Nor was it videotaped. Most importantly, however, the declarant was available for cross-examination, thereby significantly alleviating the usual dangers arising from the introduction of hearsay evidence. Yet, the same concerns about the reliability of the prior inconsistent statement arose in this case. The complainant had recanted her earlier allegations. In the usual course of the trial process, this should be the end of the matter. Consider, for example, if the complainant had made the earlier allegations about being sexually assaulted by her father to some girlfriends in the context of playing a game of "Truth or Dare" where each player was being encouraged to outdo the previous one by saying or doing something outrageous. It would be difficult

n'était pas évident que l'arrêt *B. (K.G.)* établissait une « règle » distincte applicable à l'admission des déclarations antérieures incompatibles. Le juge en chef Lamer a cherché à clarifier en ces termes le lien entre ces affaires (par. 35) :

Il ressort des arrêts *Khan* et *Smith* que la preuve par oui-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 oui-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 oui-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.

Le juge en chef Lamer a ensuite déterminé comment les indices de fiabilité pouvaient reposer sur d'autres critères que ceux énoncés dans l'arrêt *B. (K.G.)*. La déclaration de la plaignante à la police n'avait pas été faite sous serment et n'avait pas non plus été enregistrée sur bande vidéo. Qui plus est cependant, la déclarante pouvait être contre-interrogée, ce qui atténuait considérablement les dangers habituels découlant de la présentation d'une preuve par oui-dire. Pourtant, cette affaire suscitait les mêmes préoccupations quant à la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La plaignante était revenue sur ses allégations antérieures. Dans le cours normal du processus judiciaire, cela devrait mettre un terme à l'affaire. Supposons, par exemple, qu'en jouant avec certaines de ses amies au jeu de la vérité « Truth or Dare », dans lequel chaque joueur est encouragé à surpasser le joueur précédent en disant ou faisant quelque chose qui

to find justification for introducing her casual statement as substantive proof over her sworn testimony that the events never happened. Hence, the focus must turn on the reliability of the prior inconsistent statement.

In *B. (K.G.)*, the Court held that a prior inconsistent statement is sufficiently reliable for substantive admission if it is made in circumstances comparable to the giving of in-court testimony. In *U. (F.J.)*, the reliability requirement was met rather by showing that there was no real concern about whether the complainant was speaking the truth in her statement to the police. The striking similarities between her statement and the independent statement made by her father were so compelling that the only likely explanation was that they were both telling the truth. Again here, the criteria of necessity and reliability intersect. In the interest of seeking the truth, the very high reliability of the statement rendered its substantive admission necessary.

Again here, Lamer C.J. added the following proviso (at para. 49):

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 investigatory misconduct.

6.2.4.5 *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043

This Court's decision in *Hawkins* was concerned mainly with the issue of spousal incompetency. However, it is also instructive on the application of the principled approach to the hearsay rule. My remarks here are confined to the latter aspect of the case. It exemplifies how, in some circumstances, the reliability requirement may be established solely by the presence of adequate substitutes

choque, la plaignante aurait allégué avoir été agressée sexuellement par son père. L'utilisation, à titre de preuve quant au fond, de la déclaration qu'elle a faite à brûle-pourpoint — de préférence à son témoignage sous serment voulant que ces faits ne se soient jamais produits — serait difficilement justifiable. L'accent doit donc être mis sur la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible.

Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a conclu qu'une déclaration antérieure incompatible est suffisamment fiable pour être admise quant au fond si elle est faite dans des circonstances comparables à celles d'un témoignage devant le tribunal. Dans l'affaire *U. (F.J.)*, on a satisfait à l'exigence de fiabilité en démontrant plutôt que la question de savoir si la plaignante avait dit la vérité dans sa déclaration à la police n'était pas vraiment un sujet de préoccupation. Les similitudes frappantes entre sa déclaration et celle faite de façon indépendante par son père étaient si convaincantes que la seule explication vraisemblable était qu'ils disaient tous les deux la vérité. Là encore, les critères de la nécessité et de la fiabilité se recourent. Par souci de recherche de la vérité, il était nécessaire d'admettre quant au fond la déclaration en raison de sa très grande fiabilité.

Là encore, le juge en chef Lamer a ajouté la condition suivante (par. 49) :

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.

6.2.4.5 *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043

L'arrêt *Hawkins* de notre Cour portait surtout sur la question de l'incapacité à témoigner du conjoint. Toutefois, cet arrêt est également intéressant en ce qui concerne l'application de la méthode d'analyse raisonnée à la règle du oui-dire. Mes remarques ne visent ici que ce dernier aspect de l'arrêt. Il illustre comment, dans certaines circonstances, seule l'existence de substituts adéquats aux garanties

86

87

88

for the safeguards traditionally relied upon to test trial testimony. As we shall see, again here, the opportunity to cross-examine the declarant was a crucial factor. Because there were sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement, the Court concluded that the trial judge erred in excluding the statement based on its perceived lack of probative value.

89

Hawkins, a police officer, was charged with obstructing justice and corruptly accepting money. His then girlfriend, G, testified at his preliminary inquiry. After testifying the first time, G brought an application to testify again and recanted much of what she had said, with explanations. By the time of the trial, Hawkins and G were married and therefore G was incompetent to testify under s. 4 of the *Canada Evidence Act*. After ruling that the common law rule of spousal incompetency applied, and that G's testimony at the preliminary inquiry could not be read in at trial under s. 715 of the *Criminal Code*, the trial judge held that the evidence was not admissible under the principled approach because it was not sufficiently reliable. Hawkins was acquitted. The verdict was overturned by majority decision of the Court of Appeal for Ontario. On further appeal to this Court, the appeal was dismissed but for different reasons. This Court refused to modify the common law rule of spousal incompetency as it was invited to do. The Court agreed with the trial judge that the common law rule applied, and the testimony could not be read in under s. 715. However, a majority of the Court held that the preliminary inquiry testimony could be read in at trial under the principled approach to the admission of hearsay. The three dissenting judges held that this violated the policy underlying s. 4 and should not be permitted.

traditionnelles invoquées pour vérifier le témoignage au procès peut permettre de satisfaire à l'exigence de fiabilité. Comme nous le verrons, là encore, la possibilité de contre-interroger la déclarante était un facteur crucial. Parce qu'il y avait suffisamment d'indices de fiabilité pour que le juge des faits dispose d'une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration, la Cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la déclaration parce qu'il la croyait dépourvue de valeur probante.

M. Hawkins, un policier, a été accusé d'avoir entravé la justice et d'avoir par corruption accepté de l'argent. G, qui était sa petite amie à l'époque, a témoigné à l'enquête préliminaire. Après avoir témoigné la première fois, G a demandé à témoigner de nouveau, et elle est revenue, en s'expliquant, sur une grande partie de ce qu'elle avait dit. Au moment du procès, M. Hawkins et G étaient mariés, et G était, de ce fait, inhabile à témoigner en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Après avoir décidé que la règle de common law de l'inhabilité du conjoint à témoigner s'appliquait et que le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire ne pouvait pas être lu au procès en application de l'art. 715 du *Code criminel*, le juge du procès a conclu que la preuve n'était pas admissible selon la méthode d'analyse raisonnée parce qu'elle n'était pas suffisamment fiable. M. Hawkins a été acquitté. Le verdict a été écarté par une décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi formé par la suite devant notre Cour a été rejeté, mais pour des motifs différents. La Cour a refusé de se rendre à l'invitation de modifier la règle de common law de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Elle a convenu avec le juge du procès que la règle de common law s'appliquait et que le témoignage ne pouvait pas être lu en application de l'art. 715. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour ont décidé que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire pouvait être lu au procès suivant la méthode d'analyse raisonnée applicable à l'admission du oui-dire. Les trois juges dissidents ont estimé que cela dérogeait à la politique sous-jacente de l'art. 4 et ne devait pas être permis.

After determining that the necessity criterion was met, Lamer C.J. and Iacobucci J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) addressed reliability. In the circumstances of this case, it could hardly be said that the complainant's testimony was inherently trustworthy. She had given contradictory versions, all under oath. Rather, the Court looked for the presence of a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement, stating as follows, at para. 75:

The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact. [Emphasis added.]

The Court held that, generally, a witness's testimony before a preliminary inquiry will satisfy the test for threshold reliability, since the fact that it was given under oath and subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving the same parties and mainly the same issues will provide sufficient guarantees of its trustworthiness (para. 76). In addition, the accuracy of the statement is certified by a written transcript which is signed by the judge, and the party against whom the hearsay evidence is tendered has the power to call the declarant as a witness. The inability of the trier of fact to observe demeanour was found to be "more than compensated by the circumstantial guarantees of trustworthiness inherent in the adversarial, adjudicative process of a preliminary inquiry" (para. 77). The fact that the early common law was prepared to admit former testimony under certain circumstances indicated an implicit acceptance of its reliability notwithstanding the lack of the declarant's presence (para. 78). Therefore, Lamer C.J. and Iacobucci J. concluded (at para. 79):

Après avoir déterminé que le critère de la nécessité était rempli, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (avec l'appui des juges Gonthier et Cory) ont abordé la question de la fiabilité. Dans les circonstances de cette affaire, on ne pouvait guère affirmer que le témoignage de la plaignante était en soi digne de foi. Les versions qu'elle avait toutes présentées sous serment étaient contradictoires. La Cour a plutôt vérifié s'il existait une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration, affirmant ceci (par. 75) :

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du oui-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder. [Je souligne.]

La Cour a statué qu'en général un témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait au critère du seuil de fiabilité puisque le fait qu'il a été présenté sous serment et que le témoin a alors été contre-interrogé dans le cadre d'une audience mettant en cause les mêmes parties et essentiellement les mêmes questions en litige fournit suffisamment de garanties de fiabilité de ce témoignage (par. 76). De plus, l'exactitude de la déclaration est certifiée par une transcription signée par le juge, et la partie contre laquelle la preuve par oui-dire est présentée a le pouvoir d'assigner le déclarant à témoigner. L'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement a été qualifiée de « plus que contrebalancé[e] par les garanties circonstancielles de fiabilité propres à la procédure décisionnelle de nature accusatoire que constitue l'enquête préliminaire » (par. 77). Le fait qu'à l'origine on était disposé en common law à admettre en preuve un témoignage antérieur dans certaines circonstances indiquait qu'on en reconnaissait implicitement la fiabilité malgré l'absence du déclarant (par. 78). Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont donc conclu ceci (par. 79) :

For these reasons, we find that a witness's recorded testimony before a preliminary inquiry bears sufficient hallmarks of trustworthiness to permit the trier of fact to make substantive use of such statements at trial. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact's inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility.

Applying this reasoning to the statement at issue, it was found to be reliable (para. 80).

92

Lamer C.J. and Iacobucci J. added that the trial judge had erred in considering the internal contradictions contained in the testimony because these considerations properly related to the ultimate assessment of the actual probative value of the testimony, a matter for the trier of fact. Although some of the analysis on this last point is couched in terms of categorizing factors as relevant to either threshold or ultimate reliability, an approach which should no longer be adopted, the Court's conclusion on this point exemplifies where the line should be drawn on an inquiry into threshold reliability. When the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact and the trial judge is exceeding his or her role by inquiring into the likely truth of the statement. When reliability is dependent on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge must inquire into those factors tending to show that the statement is true or not — recall *U. (F.J.)*.

6.3 *Revisiting Paragraphs 215 and 217 in Starr*

93

As I trust it has become apparent from the preceding discussion, whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the

Pour ces motifs, nous sommes d'avis qu'un témoignage enregistré lors d'une enquête préliminaire comporte suffisamment de garanties de fiabilité pour permettre au juge des faits d'en faire une utilisation quant au fond au cours du procès. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l'existence d'un serment ou d'une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin en cour. L'absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l'admissibilité du témoignage.

Appliquant ce raisonnement à la déclaration en cause, la Cour a estimé qu'elle était fiable (par. 80).

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont ajouté que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte des contradictions internes du témoignage parce que ces considérations se rapportaient, à juste titre, à l'appréciation en dernière analyse de la valeur probante même du témoignage, qui doit être faite par le juge des faits. Bien qu'une partie de l'analyse relative à ce dernier point consiste à classer des facteurs comme se rapportant soit au seuil de fiabilité soit à la fiabilité en dernière analyse — méthode qui ne devrait plus être suivie —, la conclusion de la Cour à cet égard illustre où doit être tracée la ligne de démarcation en matière d'examen du seuil de fiabilité. Lorsque l'exigence de fiabilité est remplie parce que le juge des faits dispose d'une base suffisante pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de vérifier davantage si la déclaration est susceptible d'être véridique. Cette question relève alors entièrement, en dernière analyse, du juge des faits et le juge du procès outrepassé son rôle en vérifiant si la déclaration est susceptible d'être véridique. Lorsque la fiabilité dépend de la fiabilité inhérente de la déclaration, le juge du procès doit examiner les facteurs tendant à démontrer que la déclaration est véridique ou non — qu'on se rappelle l'arrêt *U. (F.J.)*.

6.3 *Réexamen des par. 215 et 217 de l'arrêt Starr*

Comme le révèle, je l'espère, l'analyse qui précède, la question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse

context. Hence, some of the comments at paras. 215 and 217 in *Starr* should no longer be followed. Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional approach as discussed above and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. In addition, the trial judge must remain mindful of the limited role that he or she plays in determining admissibility — it is crucial to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be predetermined on the admissibility *voir dire*.

I want to say a few words on one factor identified in *Starr*, namely “the presence of corroborating or conflicting evidence” since it is that comment that appears to have raised the most controversy. I repeat it here for convenience:

Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal’s decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). [para. 217]

I will briefly review the two cases relied upon in support of this statement. The first does not really provide assistance on this question and the second, in my respectful view, should not be followed.

In *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608 (C.A.), the trial judge, in convicting the accused, had used a co-accused’s statement as evidence in support of the complainant’s testimony. The Court of Appeal held that this constituted an error. While a statement made by a co-accused was admissible for its truth against the co-accused, it remained hearsay as against the accused. The co-accused had recanted his statement at trial. His statement was not shown to be reliable so as to be admitted as an exception to the hearsay rule against the accused.

dépendra du contexte. Partant, certains des commentaires formulés aux par. 215 et 217 de l’arrêt *Starr* ne devraient plus être suivis. Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle, comme nous l’avons vu précédemment, et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire qu’on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. De plus, le juge du procès doit demeurer conscient du rôle limité qu’il joue lorsqu’il se prononce sur l’admissibilité — il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits que la question de la fiabilité en dernière analyse ne soit pas préjugée lors du voir-dire portant sur l’admissibilité.

Je tiens à dire quelques mots sur un facteur décrit dans l’arrêt *Starr*, à savoir « la présence d’une preuve corroborante ou contradictoire », puisqu’il semble que ce soit ce commentaire qui a soulevé le plus de controverse. Pour des raisons de commodité, je reproduis le commentaire en question :

De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d’une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d’accord avec l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). [par. 217]

J’examinerai brièvement les deux décisions invoquées à l’appui de cet énoncé. La première n’est pas vraiment utile à cet égard et la seconde, selon moi, ne devrait pas être suivie.

Dans l’affaire *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608 (C.A.), en déclarant l’accusé coupable, le juge du procès avait utilisé la déclaration d’un coaccusé comme preuve étayant le témoignage de la plaignante. La Cour d’appel a conclu que cela constituait une erreur. Alors que la déclaration d’un coaccusé était admissible contre lui comme preuve de sa véracité, elle restait du ouï-dire à l’égard de l’accusé. Le coaccusé était revenu sur sa déclaration au procès. Il n’a pas été démontré que sa déclaration était suffisamment fiable pour être admise

94

95

96

Therefore, this case is of no assistance on the question of whether supporting evidence should be considered or not in determining hearsay admissibility. It simply reaffirms the well-established rule that an accused's statement is only admissible against its maker, not the co-accused.

contre l'accusé à titre d'exception à la règle du oui-dire. Cette affaire n'est donc d'aucun secours pour ce qui est de savoir s'il y a lieu de considérer une preuve à l'appui pour décider de l'admissibilité d'un oui-dire. On y réaffirme simplement la règle bien établie selon laquelle la déclaration d'un accusé n'est admissible que contre lui et non contre un coaccusé.

97

Idaho v. Wright, 497 U.S. 805 (1990), is more on point. In that case, five of the nine justices of the United States Supreme Court were not persuaded that "evidence corroborating the truth of a hearsay statement may properly support a finding that the statement bears 'particularized guarantees of trustworthiness'" (p. 822). In the majority's view, the use of corroborating evidence for that purpose "would permit admission of a presumptively unreliable statement by bootstrapping on the trustworthiness of other evidence at trial, a result we think at odds with the requirement that hearsay evidence admitted under the Confrontation Clause be so trustworthy that cross-examination of the declarant would be of marginal utility" (p. 823). By way of example, the majority observed that a statement made under duress may happen to be true, but evidence tending to corroborate the truth of the statement would be no substitute for cross-examination of the declarant at trial. The majority also raised the concern, arising mostly in child sexual abuse cases, that a jury may rely on the partial corroboration provided by medical evidence to mistakenly infer the trustworthiness of the entire allegation.

L'arrêt *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990), est plus à propos. Dans cette affaire, cinq des neuf juges de la Cour suprême des États-Unis n'étaient pas convaincus que [TRADUCTION] « la preuve corroborant la véracité d'une déclaration relatée puisse étayer, à juste titre, la conclusion que la déclaration comporte "des garanties particulières de fiabilité" » (p. 822). Selon les juges majoritaires, l'utilisation d'une preuve corroborante à cette fin « permettrait d'admettre une déclaration présumée peu fiable en se fondant sur la fiabilité d'un autre élément de preuve au procès, résultat que nous croyons contraire à l'exigence que la preuve par oui-dire admise en vertu de la clause de confrontation des témoins soit à ce point digne de foi qu'il serait peu utile de contre-interroger le déclarant » (p. 823). Par exemple, les juges majoritaires ont fait observer qu'une déclaration faite sous la contrainte peut se révéler véridique, mais qu'une preuve tendant à corroborer la véracité de cette déclaration ne saurait être substituée au contre-interrogatoire du déclarant au procès. Les juges majoritaires ont aussi exprimé la crainte, surtout dans les affaires d'abus sexuels d'enfants, qu'un jury s'appuie sur la corroboration partielle fournie par la preuve médicale pour inférer à tort la fiabilité de toute l'allégation.

98

In his dissenting opinion, Kennedy J., with whom the remaining three justices concurred, strongly disagreed with the position of the majority on the potential use of supporting or conflicting evidence. In my view, his reasons echo much of the criticism that has been voiced about this Court's position in *Starr*. He said the following:

Dans ses motifs dissidents, le juge Kennedy, avec l'appui des trois autres juges, s'est dit en profond désaccord avec le point de vue des juges majoritaires concernant l'utilisation potentielle d'un élément de preuve à l'appui ou contradictoire. À mon avis, ses motifs reprennent une bonne partie des critiques formulées au sujet de la position de notre Cour dans l'arrêt *Starr*. Il a affirmé ceci :

I see no constitutional justification for this decision to prescind corroborating evidence from consideration of the question whether a child's statements are reliable.

[TRADUCTION] Je ne vois rien qui justifie constitutionnellement cette décision de dissocier la preuve corroborante de l'examen de la question de savoir si les

It is a matter of common sense for most people that one of the best ways to determine whether what someone says is trustworthy is to see if it is corroborated by other evidence. In the context of child abuse, for example, if part of the child's hearsay statement is that the assailant tied her wrists or had a scar on his lower abdomen, and there is physical evidence or testimony to corroborate the child's statement, evidence which the child could not have fabricated, we are more likely to believe that what the child says is true. Conversely, one can imagine a situation in which a child makes a statement which is spontaneous or is otherwise made under circumstances indicating that it is reliable, but which also contains undisputed factual inaccuracies so great that the credibility of the child's statements is substantially undermined. Under the Court's analysis, the statement would satisfy the requirements of the Confrontation Clause despite substantial doubt about its reliability. [pp. 828-29]

Kennedy J. also strongly disagreed with the majority's view that only circumstances surrounding the making of the statement should be considered:

The [majority] does not offer any justification for barring the consideration of corroborating evidence, other than the suggestion that corroborating evidence does not bolster the "inherent trustworthiness" of the statements. But for purposes of determining the reliability of the statements, I can discern no difference between the factors that the Court believes indicate "inherent trustworthiness" and those, like corroborating evidence, that apparently do not. Even the factors endorsed by the Court will involve consideration of the very evidence the Court purports to exclude from the reliability analysis. The Court notes that one test of reliability is whether the child "use[d] . . . terminology unexpected of a child of similar age." But making this determination requires consideration of the child's vocabulary skills and past opportunity, or lack thereof, to learn the terminology at issue. And, when all of the extrinsic circumstances of a case are considered, it may be shown that use of a particular word or vocabulary in fact supports the inference of prolonged contact with the defendant, who was known to use the vocabulary in question. As a further example, the Court notes that motive to fabricate is an index of reliability. But if the suspect charges that a third person concocted a false case against him and coached the child, surely it is relevant to show that the third person had no contact with the child or no opportunity to suggest false testimony. Given the contradictions inherent in the Court's

déclarations d'un enfant sont fiables. Il va de soi pour la plupart des gens que l'un des meilleurs moyens de savoir si quelqu'un est digne de foi consiste à vérifier si ses propos sont corroborés par une autre preuve. Par exemple, dans un cas de violence envers une enfant, si une partie de la déclaration relatée de l'enfant veut que l'assaillant lui ait lié les poignets ou qu'il ait eu une cicatrice au bas de l'abdomen, et qu'une preuve matérielle ou un témoignage corrobore cette déclaration — preuve que l'enfant n'aurait pas pu fabriquer —, nous serons probablement plus enclins à croire que l'enfant dit la vérité. À l'inverse, on peut penser à la déclaration qu'un enfant fait de manière spontanée ou, par ailleurs dans des circonstances indiquant qu'elle est fiable, mais qui contient aussi des inexactitudes factuelles incontestées si énormes que la crédibilité de ses déclarations s'en trouve considérablement minée. Selon l'analyse de la Cour, la déclaration satisferait aux exigences de la clause de confrontation des témoins malgré un doute inconsiderable quant à sa fiabilité. [p. 828-829]

Le juge Kennedy était aussi en profond désaccord avec le point de vue des juges majoritaires selon lequel seules les circonstances entourant la déclaration doivent être considérées :

[TRADUCTION] L[es juges majoritaires] n'offre[nt] aucune justification pour écarter l'examen de la preuve corroborante, si ce n'est qu'[ils] indique[nt] que celle-ci ne renforce pas la « fiabilité inhérente » des déclarations. Mais pour déterminer la fiabilité des déclarations, je ne vois aucune différence entre les facteurs qui, selon la Cour, indiquent l'existence de « fiabilité inhérente » et ceux qui, comme la preuve corroborante, ne paraissent pas le faire. Même les facteurs retenus par la Cour obligeront à examiner la preuve même que celle-ci entend soustraire à l'analyse de la fiabilité. La Cour note que l'un des critères de fiabilité est de savoir si l'enfant a « utilis[é] [. . .] un vocabulaire inattendu de la part d'un enfant de son âge ». Mais pour se prononcer sur ce point, il faut examiner les connaissances de l'enfant sur le plan du vocabulaire et la possibilité qu'il a eu ou non d'apprendre le vocabulaire en cause. Et lorsque toutes les circonstances extrinsèques d'une affaire sont prises en compte, il peut se révéler que l'usage d'un mot ou d'un vocabulaire particulier étaye en fait l'inférence d'un contact prolongé avec le défendeur, qui était connu pour son utilisation du vocabulaire en question. Comme autre exemple, la Cour note qu'un motif d'inventer une histoire est significatif en ce qui concerne la question de la fiabilité. Mais si le suspect accuse un tiers d'avoir inventé une fausse preuve contre lui et d'avoir préparé l'enfant, il est sûrement utile de démontrer que ce tiers n'a eu aucun contact avec l'enfant ni aucune possibilité

test when measured against its own examples, I expect its holding will soon prove to be as unworkable as it is illogical.

The short of the matter is that both the circumstances existing at the time the child makes the statements and the existence of corroborating evidence indicate, to a greater or lesser degree, whether the statements are reliable. If the Court means to suggest that the circumstances surrounding the making of a statement are the best indicators of reliability, I doubt this is so in every instance. And, if it were true in a particular case, that does not warrant ignoring other indicators of reliability such as corroborating evidence, absent some other reason for excluding it. If anything, I should think that corroborating evidence in the form of testimony or physical evidence, apart from the narrow circumstances in which the statement was made, would be a preferred means of determining a statement's reliability for purposes of the Confrontation Clause, for the simple reason that, unlike other indicators of trustworthiness, corroborating evidence can be addressed by the defendant and assessed by the trial court in an objective and critical way. [References omitted; pp. 833-34.]

100

In my view, the opinion of Kennedy J. better reflects the Canadian experience on this question. It has proven difficult and at times counterintuitive to limit the inquiry to the circumstances surrounding the making of the statement. This Court itself has not always followed this restrictive approach. Further, I do not find the majority's concern over the "bootstrapping" nature of corroborating evidence convincing. On this point, I agree with Professor Paciocco who commented on the reasoning of the majority in *Idaho v. Wright* as follows (at p. 36):

The final rationale offered is that it would involve "bootstrapping" to admit evidence simply because it is shown by other evidence to be reliable. In fact, the "bootstrapping" label is usually reserved to circular arguments in which a questionable piece of evidence "picks itself up by its own bootstraps" to fit within an exception. For example, a party claims it can rely on a hearsay statement because the statement was made under such pressure or involvement that the prospect of concoction can fairly be disregarded, but then relies on the contents of the hearsay statement to prove the existence of that pressure or involvement [*Ratten v. R.*, [1972] A.C. 378 (P.C.)]. Or, a party claims it can rely on the truth of the contents of a statement because it

de proposer un faux témoignage. Vu les contradictions inhérentes du critère de la Cour qui se dégage de ses propres exemples, je pense que sa conclusion se révélera rapidement aussi inapplicable qu'illogique.

Bref, tant les circonstances entourant les déclarations de l'enfant que l'existence d'une preuve corroborante indiquent plus ou moins si les déclarations sont fiables. Si la Cour veut donner à entendre que les circonstances entourant une déclaration sont les meilleurs indices de fiabilité, je doute qu'il en soit ainsi dans tous les cas. Et, si cela était vrai dans une affaire donnée, cela ne justifie pas de passer sous silence d'autres indices de fiabilité comme la preuve corroborante, s'il n'y a aucune autre raison de les écarter. D'ailleurs, je crois que la preuve corroborante sous forme de témoignage ou de preuve matérielle, outre les circonstances bien précises entourant la déclaration, serait un moyen privilégié de déterminer la fiabilité d'une déclaration pour les besoins de la clause de confrontation, pour la simple raison que, contrairement aux autres indices de fiabilité, la preuve corroborante peut être étudiée par le défendeur et appréciée de façon objective et critique par le tribunal de première instance. [Renvois omis; p. 833-834.]

À mon avis, l'opinion du juge Kennedy reflète mieux l'expérience canadienne sur cette question. Il s'est révélé difficile et parfois paradoxal de limiter l'enquête aux circonstances entourant la déclaration. Notre Cour elle-même n'a pas toujours adopté cette approche restrictive. De plus, je ne juge pas convaincante la préoccupation des juges majoritaires quant au caractère « autocorroborant » de la preuve corroborante. À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires suivants du professeur Paciocco concernant le raisonnement majoritaire de l'arrêt *Idaho c. Wright* (p. 36) :

[TRADUCTION] Le raisonnement final proposé veut qu'admettre une preuve simplement parce qu'une autre preuve établit qu'elle est fiable en ferait une preuve « autocorroborante ». En fait, on réserve généralement cette étiquette aux arguments circulaires selon lesquels un élément de preuve douteux « s'appuie sur lui-même » pour s'ériger en exception. Par exemple, une partie soutient qu'elle peut s'appuyer sur une déclaration relatée parce qu'elle a été faite sous une pression ou contrainte telle que la possibilité d'invention peut être écartée à juste titre, mais s'appuie ensuite sur le contenu de cette même déclaration pour prouver l'existence de cette pression ou contrainte [*Ratten c. R.*, [1972] A.C. 378 (P.C.)]. Ou encore, une partie affirme

was a statement made by an opposing party litigant, but then relies on the contents of the statement to prove it was made by an opposing party litigant: see *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. Looking to *other* evidence to confirm the reliability of evidence, the thing *Idaho v. Wright* purports to prevent, is the very antithesis of “bootstrapping”.

7. Application to This Case

Mr. Skupien’s statements to the cook, Ms. Stangrat, to the doctor and to the police constituted hearsay. The Crown sought to introduce the statements for the truth of their contents. In the context of this trial, the evidence was very important — indeed the two charges against Mr. Khelawon in respect of this complainant were entirely based on the truthfulness of the allegations contained in his statements.

Mr. Skupien’s hearsay statements were presumptively inadmissible. None of the traditional hearsay exceptions could assist the Crown in proving its case. The evidence could only be admitted under the principled exception to the hearsay rule.

Mr. Skupien’s death before the trial made it necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien’s evidence in its hearsay form. It was conceded throughout that the necessity requirement had been met. The case therefore turned on whether the evidence was sufficiently reliable to warrant admission.

Since Mr. Skupien had died before the trial, he was no longer available to be seen, heard and cross-examined in court. There was no opportunity for contemporaneous cross-examination. Nor had there been an opportunity for cross-examination at any other hearing. Although Mr. Skupien was elderly and frail at the time he made the allegations, there is no evidence that the Crown attempted to preserve his evidence by application under ss. 709 to 714 of the *Criminal Code*. He did not testify at the preliminary hearing. The record does not disclose if he had died by that time. In making these comments, I

qu’elle peut compter sur la véracité d’une déclaration parce qu’elle a été faite par une partie opposée, mais s’appuie ensuite sur le contenu de la déclaration pour prouver qu’elle a été faite par une partie opposée : voir *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. S’en remettre à un *autre* élément de preuve pour confirmer la fiabilité d’une preuve, ce que l’arrêt *Idaho c. Wright* vise à prévenir, est l’antithèse même de la preuve « autocorroborante ».

7. Application à la présente affaire

Les déclarations que M. Skupien a faites à la cuisinière, M^{me} Stangrat, au médecin et à la police constituaient du ouï-dire. Le ministère public cherchait à présenter ces déclarations pour établir la véracité de leur contenu. Dans le contexte du présent procès, cette preuve était très importante — en fait, les deux accusations portées contre M. Khelawon relativement à ce plaignant reposaient entièrement sur la véracité des allégations contenues dans les déclarations de ce dernier.

Les déclarations relatées de M. Skupien étaient présumées inadmissibles. Aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ne pouvait aider le ministère public à établir sa preuve. La preuve ne pouvait être admise qu’en application de l’exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

Le décès de M. Skupien avant le procès a forcé le ministère public à recourir à son témoignage sous sa forme relatée. Il a été concédé dans toutes les cours que l’on avait satisfait à l’exigence de nécessité. Il s’agissait donc de savoir si le témoignage était suffisamment fiable pour être admis en preuve.

Comme M. Skupien était décédé avant le procès, il ne pouvait plus être vu, entendu et contre-interrogé en cour. Il ne pouvait pas être contre-interrogé au moment précis de sa déclaration. Il n’y avait pas eu non plus d’autre possibilité de le contre-interroger à aucune autre audience. Même si M. Skupien était âgé et frêle au moment de ses allégations, rien ne prouve que le ministère public a tenté de préserver son témoignage en application des art. 709 à 714 du *Code criminel*. M. Skupien n’a pas témoigné à l’enquête préliminaire. Le dossier n’indique pas s’il était décédé à cette époque. En

101

102

103

104

do not question the fact that it was necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien's evidence in hearsay form. Necessity is conceded. However, in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. That issue is not raised here.

105 The fact remains however that the absence of any opportunity to cross-examine Mr. Skupien has a bearing on the question of reliability. The central concern arising from the hearsay nature of the evidence is the inability to test his allegations in the usual way. The evidence is not admissible unless there is a sufficient substitute basis for testing the evidence or the contents of the statement are sufficiently trustworthy.

106 Obviously, there was no case to be made here on the presence of adequate substitutes for testing the evidence. This is not a *Hawkins* situation where the difficulties presented by the unavailability of the declarant were easily overcome by the availability of the preliminary hearing transcript where there had been an opportunity to cross-examine the complainant in a hearing that dealt with essentially the same issues. Nor is this a *B. (K.G.)* situation where the presence of an oath and a video were coupled with the availability of the declarant at trial. There are no adequate substitutes here for testing the evidence. There is the police video — nothing more. The principled exception to the hearsay rule does not provide a vehicle for founding a conviction on the basis of a police statement, videotaped or otherwise, without more. In order to meet the reliability requirement in this case, the Crown could only rely on the inherent trustworthiness of the statement.

107 In my respectful view, there was no case to be made on that basis either. This was not a situation

faisant ces commentaires, je ne mets pas en question la nécessité pour le ministère public de recourir au témoignage sous forme relatée de M. Skupien. Je reconnais que c'était nécessaire. Toutefois, dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l'autre partie. Cette question ne se pose pas en l'espèce.

Il reste toutefois que l'absence de possibilité de contre-interroger M. Skupien a une incidence sur la question de la fiabilité. La préoccupation majeure que suscite le caractère relaté de la preuve est l'incapacité de vérifier de la manière habituelle les allégations que cette preuve comporte. La preuve est inadmissible à moins qu'il y ait un autre motif suffisant de la vérifier ou que le contenu de la déclaration soit suffisamment fiable.

De toute évidence, il n'y avait aucune preuve à faire en l'espèce au sujet de l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. Il ne s'agit pas d'une situation comme celle dans l'affaire *Hawkins* où les difficultés présentées par la non-disponibilité de la déclarante pouvaient facilement être surmontées par le fait que l'on disposait de la transcription de l'audience préliminaire où on avait eu l'occasion de contre-interroger la plaignante dans le cadre d'une audience portant essentiellement sur les mêmes questions en litige. Il ne s'agit pas non plus d'une situation comme celle dans l'affaire *B. (K.G.)* où un serment et une bande vidéo s'ajoutaient à la disponibilité du déclarant au procès. Il n'y a en l'espèce aucun autre moyen adéquat de vérifier la preuve. Il y a la bande vidéo de la police — rien d'autre. L'exception raisonnée à la règle du ouï-dire ne constitue pas un moyen de fonder une déclaration de culpabilité sur une déclaration faite à la police sur bande vidéo ou autrement, sans plus. Pour satisfaire à l'exigence de fiabilité en l'espèce, le ministère public ne pouvait se fonder que sur la fiabilité inhérente de la déclaration.

À mon avis, il n'y avait aucune preuve à faire sur ce fondement non plus. Il ne s'agissait pas d'une

as in *Khan* where the cogency of the evidence was such that, in the words of Wigmore, it would be “pedantic to insist on a test whose chief object is already secured” (§ 1420, at p. 154). To the contrary, much as in the case of the third statement ruled inadmissible in *Smith*, the circumstances raised a number of serious issues such that it would be impossible to say that the evidence was unlikely to change under cross-examination. Mr. Skupien was elderly and frail. His mental capacity was at issue — the medical records contained repeated diagnoses of paranoia and dementia. There was also the possibility that his injuries were caused by a fall rather than an assault — the medical records revealed a number of complaints of fatigue, weakness and dizziness and the examining physician, Dr. Pietraszek, testified that the injuries could have resulted from a fall (A.R., vol. II, at p. 259). The evidence of the garbage bags filled with Mr. Skupien’s possessions provided little assistance in assessing the likely truth of his statement — he could have filled those bags himself. Ms. Stangrat’s obvious motive to discredit Mr. Khelawon presented further difficulties. The initial allegations were made to her — Dr. Pietraszek acknowledged in his evidence that when he saw Mr. Skupien, Ms. Stangrat was present and may have helped him by giving some indication of what happened. The extent to which Mr. Skupien may have been influenced in making his statement by this disgruntled employee was a live issue. Mr. Skupien had issues of his own with the way the retirement home was managed. This is apparent from his rambling complaints on the police video itself. The absence of an oath and the simple “yes” in answer to the police officer’s question as to whether he understood that it was important to tell the truth do not give much insight on whether he truly understood the consequences for Mr. Khelawon of making his statement. In these circumstances, Mr. Skupien’s unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused’s ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact’s ability to properly assess its worth.

situation comme celle dans l’arrêt *Khan* où la force probante de la preuve était telle que, comme l’a affirmé Wigmore, il serait [TRADUCTION] « trop pointilleux d’insister sur une épreuve dont l’objet principal est déjà atteint » (§ 1420, p. 154). Au contraire, tout comme dans le cas de la troisième déclaration jugée inadmissible dans l’arrêt *Smith*, les circonstances soulevaient un certain nombre de questions sérieuses de sorte qu’il était impossible de dire que cette preuve ne serait pas susceptible de changer lors d’un contre-interrogatoire. M. Skupien était âgé et frêle. Sa capacité mentale était en cause — les dossiers médicaux faisaient état de diagnostics répétés de paranoïa et de démence. Il y avait également la possibilité que ses blessures aient résulté d’une chute plutôt que d’une agression — les dossiers médicaux révélaient un certain nombre de plaintes de fatigue, de faiblesse et d’étourdissements et le médecin traitant, le D^r Pietraszek, a témoigné que les blessures pouvaient être dues à une chute (d.a., vol. II, p. 259). Les sacs à ordures remplis d’effets personnels de M. Skupien étaient peu utiles pour déterminer si la déclaration était susceptible d’être véridique — **il pouvait avoir rempli ces sacs lui-même**. D’autres difficultés résultaient du motif évident que M^{me} Stangrat avait de discréditer M. Khelawon. Les premières allégations ont été formulées devant elle — dans son témoignage, le D^r Pietraszek a reconnu que M^{me} Stangrat était présente lorsqu’il a rencontré M. Skupien et qu’elle pouvait avoir aidé ce dernier en fournissant des indices sur ce qui s’était produit. Il fallait déterminer dans quelle mesure cette employée mécontente pouvait avoir influencé M. Skupien lorsqu’il a fait sa déclaration. M. Skupien avait lui-même certaines récriminations au sujet de la façon dont la maison de retraite était gérée. Cela ressort de ses plaintes incohérentes contenues dans l’enregistrement vidéo de la police. L’absence de serment et le simple « oui » répondu lorsque le policier lui a demandé s’il comprenait qu’il était important de dire la vérité n’aident pas beaucoup à déterminer s’il saisissait vraiment les conséquences de sa déclaration pour M. Khelawon. Dans ces circonstances, l’impossibilité de contre-interroger M. Skupien limitait considérablement la capacité de l’accusé de vérifier la preuve et, partant, la capacité du juge des faits d’en déterminer correctement la valeur.

108 As indicated earlier, the crux of the trial judge's finding that the evidence was sufficiently trustworthy was based on the "striking similarities" between the statements of the five complainants. As Rosenberg J.A., I too would not reject the possibility that the presence of a striking similarity between statements from different complainants could well provide sufficient cogency to warrant the admission of hearsay evidence in an appropriate case. However, the statements made by the other complainants in this case posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of Mr. Skupien's allegations. For example, the videotaped interview with Mr. Dinino which formed the basis of the second conviction against Mr. Khelawon was nine minutes in length. It was preceded by a 30-minute interview with the police. The police officer had no notes of the initial interview. Constable Pietroniro acknowledged that it "was very difficult" to get Mr. Dinino to answer questions and that much of the videotape is inaudible. Constable Pietroniro would generally put to Mr. Dinino what he thought Mr. Dinino was saying and Mr. Dinino would respond "yes" or "yeah". Constable Pietroniro agreed that he was making an educated guess as to what Mr. Dinino was saying and that there were some things said by Mr. Dinino that he did not understand. Quite apart from these difficulties, it is also far from clear on the record on precisely what features the trial judge based his finding that there was a "striking similarity" between the various statements. However, I do not find it necessary to elaborate on this point. The admissibility of the other statements is no longer in issue. The Court of Appeal unanimously ruled them inadmissible.

109 I conclude that the evidence did not meet the reliability requirement. The majority of the Court of Appeal was correct to rule it inadmissible.

8. Conclusion

110 For these reasons, I would dismiss the appeal.

Comme nous l'avons vu, la conclusion du juge du procès que la preuve était suffisamment fiable reposait essentiellement sur les « similitudes frappantes » entre les déclarations des cinq plaignants. À l'instar du juge Rosenberg, je suis moi aussi d'avis de ne pas écarter le fait que l'existence d'une similitude frappante entre les déclarations de divers plaignants pourrait bien être suffisamment probante pour justifier l'admission d'une preuve par oui-dire dans un cas approprié. Toutefois, les déclarations des autres plaignants en l'espèce présentaient des difficultés encore plus grandes et ne pouvaient être admises quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de M. Skupien. Par exemple, l'entretien enregistré sur bande vidéo de M. Dinino, sur lequel reposait la deuxième déclaration de culpabilité de M. Khelawon, durait neuf minutes et avait été précédé d'un entretien de 30 minutes avec la police. Le policier ne possédait aucune note de l'entretien initial. L'agent Pietroniro a reconnu qu'il était [TRADUCTION] « très difficile » d'obtenir des réponses de M. Dinino et qu'une grande partie de l'enregistrement était inaudible. Il répétait généralement à M. Dinino ce qu'il croyait que celui-ci avait dit, et M. Dinino répondait par « oui » ou « ouais ». L'agent Pietroniro a reconnu qu'il faisait des suppositions éclairées au sujet de ce que M. Dinino disait et qu'il n'avait pas saisi certains propos de ce dernier. Outre ces difficultés, le dossier est loin d'indiquer clairement sur quelles caractéristiques précises le juge du procès s'est fondé pour conclure à l'existence d'une « similitude frappante » entre les diverses déclarations. Toutefois, je ne juge pas nécessaire de m'étendre sur cette question. L'admissibilité des autres déclarations n'est plus en cause. La Cour d'appel a décidé, à l'unanimité, qu'elles étaient inadmissibles.

Je conclus que la preuve ne satisfait pas à l'exigence de fiabilité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de la déclarer inadmissible.

8. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fleming, Breen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos and Associate, and Di Luca Barristers, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Fleming, Breen, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Louis P. Strezos and Associate, et Di Luca Barristers, Toronto.