

**Abdullah Khan** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. V. KHAN

File No.: 20963.

1989: November 3; 1990: September 13.

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Evidence — Witnesses — Evidence of children — Evidence Act permitting child of tender years to give unsworn evidence — Whether trial judge erred in ruling that four-and-a-half-year-old child incompetent to give such testimony in sexual assault case — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16.*

*Evidence — Exceptions to hearsay rule — Spontaneous declarations — Child making statements to her mother fifteen minutes after alleged sexual assault — Whether such statements admissible as an exception to the hearsay rule.*

Appellant, a medical doctor, was charged with sexually assaulting a 3½ year-old girl. At trial, the Crown sought to introduce statements made by the child to her mother some 15 minutes after the alleged assault, arguing that they were admissible under the spontaneous declaration exception to the hearsay rule. The trial judge refused to admit the statements on the basis that they were not contemporaneous with the event. He also held that the child, who was 4½ years old at the time of trial, was not competent to give unsworn evidence under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. He acquitted appellant. The Court of Appeal found that the trial judge had erred in applying the more strenuous test for admission of sworn testimony when considering the admission of the child's unsworn evidence, and had erred when considering the admissibility of the spontaneous statements in not allowing greater latitude with respect to the lapse of time between the event and the declaration. It set aside the acquittal and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Abdullah Khan** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. KHAN

N° du greffe: 20963.

1989: 3 novembre; 1990: 13 septembre.

b

Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

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

c

*Preuve — Témoins — Témoignage d'enfant — Loi sur la preuve permettant à un enfant en bas âge de témoigner sans être assermenté — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant qu'une enfant de quatre ans et demi était inhabile à témoigner dans une affaire d'agression sexuelle? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16.*

*Preuve — Exceptions à la règle du oui-dire — Déclarations spontanées — L'enfant a fait des déclarations à sa mère quinze minutes après l'agression sexuelle alléguée — Ces déclarations sont-elles recevables comme exception à la règle du oui-dire?*

L'appelant, un médecin, a été accusé d'agression sexuelle sur une enfant de trois ans et demi. Au procès, le ministère public a voulu produire les déclarations faites par l'enfant à sa mère quelque quinze minutes après l'agression alléguée, soutenant qu'elles étaient recevables en vertu de l'exception que constituent les déclarations spontanées à la règle du oui-dire. Le juge du procès a refusé d'admettre les déclarations parce qu'elles n'étaient pas contemporaines de l'événement. Il a également décidé que l'enfant, qui était âgée de quatre ans et demi au moment du procès, était inhabile à témoigner sans être assermentée selon l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il a acquitté l'appelant. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès, dans son examen de l'admission du témoignage de l'enfant non assermentée, avait commis une erreur en utilisant le critère plus sévère applicable à l'admission d'un témoignage sous serment et, dans son examen de la recevabilité des déclarations spontanées, en n'accordant pas une plus grande latitude quant au laps de temps écoulé entre l'événement et la déclaration. Elle a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

\* Juge en chef à la date du jugement.

j

The trial judge erred in refusing to admit the child's unsworn testimony. He erred first in applying the test in *Bannerman* to s. 16 of the *Canada Evidence Act* and emphasizing that the child did not understand what it meant to lie "to the court". While the distinction between the ability to testify under oath and the ability to give unsworn evidence under s. 16 has been narrowed by rejection of the need for a religious understanding of the oath, it has not been eliminated. Before a person can give evidence under oath, it must be established that the oath in some way gets a hold on his conscience. Under section 16 the only two requirements for reception of the evidence are sufficient intelligence and an understanding of the duty to tell the truth. The trial judge also erred in placing critical weight on the child's young age. Having found that the two requirements for reception of the evidence under s. 16 had been fulfilled, the trial judge erred in letting himself be swayed by the young age of the child. Were that a determinative consideration, there would be danger that offences against very young children could never be prosecuted.

The mother's evidence as to the statements the child had made to her should also have been admitted. While the trial judge correctly rejected the mother's statement applying the traditional tests for spontaneous declarations, the strictures of the hearsay rule should be relaxed in the case of children's testimony. Courts in recent years have adopted a more flexible approach, rooted in the principle and policy underlying the rule rather than the strictures of traditional exceptions. Despite the need for caution, hearsay evidence of a child's statement may be received where the two general requirements of necessity and reliability are met. The child's statement to the mother in this case 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, and the fact she could not be expected to have knowledge of such sexual acts imbues her statement with its own peculiar stamp of reliability.

In determining the admissibility of the evidence, the judge must have regard to the need to safeguard the interests of the accused. In most cases a right of cross-examination would not be available, and the concerns as to credibility will remain to be addressed by submissions

Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre le témoignage que l'enfant a donné sans être assermenté. Sa première erreur a été d'appliquer le critère de l'arrêt *Bannerman* à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de souligner que l'enfant ne comprenait pas ce que signifiait mentir «à la cour». Bien qu'on ait restreint la distinction entre l'habilité à témoigner sous serment et l'habilité à témoigner sans être assermenté en vertu de l'art. 16 en rejetant la nécessité de comprendre le caractère religieux du serment, elle n'a pas été supprimée. Pour qu'une personne puisse témoigner sous serment, il faut établir que le serment fait en quelque sorte appel à sa conscience. En vertu de l'art. 16, les deux seules exigences applicables à l'admission du témoignage sont l'intelligence suffisante et une compréhension du devoir de dire la vérité. Le juge du procès a également commis une erreur en accordant une importance capitale au jeune âge de l'enfant. Ayant conclu que les deux exigences applicables à l'admission du témoignage en vertu de l'art. 16 avaient été respectées, le juge du procès a commis une erreur en se laissant influencer par le jeune âge de l'enfant. S'il s'agissait d'un facteur déterminant, il y aurait un risque que des infractions commises contre de très jeunes enfants ne puissent jamais faire l'objet de poursuites.

Le témoignage de la mère quant aux déclarations que l'enfant lui avait faites aurait dû être admis également. Bien que le juge du procès ait correctement rejeté la déclaration de la mère en appliquant les critères traditionnels des déclarations spontanées, les restrictions de la règle du oui-dire devraient être assouplies dans le cas du témoignage d'enfants. Au cours des dernières années, les tribunaux ont adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles. Malgré la nécessité d'agir avec prudence, la preuve par oui-dire de la déclaration d'un enfant peut être reçue lorsque les deux exigences générales de nécessité et de fiabilité sont respectées. En l'espèce, la déclaration de l'enfant à sa mère 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. 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.

Pour déterminer la recevabilité de la preuve, le juge doit tenir compte de la nécessité de sauvegarder les intérêts de l'accusé. Dans la plupart des cas, on ne pourra se prévaloir du droit au contre-interrogatoire et les préoccupations de l'accusé quant à la crédibilité

as to the weight to be accorded to the evidence and as to the quality of any corroborating evidence.

### Cases Cited

**Considered:** *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; **referred to:** *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, aff'd [1966] S.C.R. v; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191; *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181; *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16.

### Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West, 1984.  
Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Evidence*, 13th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Publishing Co., 1972.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 42 C.C.C. (3d) 197, 64 C.R. (3d) 281, 27 O.A.C. 142, allowing the Crown's appeal from appellant's acquittal on a charge of sexual assault. Appeal dismissed.

*Robert J. Carter, Q.C.*, and *Larry B. O'Brien*, for the appellant.

*Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises the question of the admissibility of a child's unsworn evidence and statements made by a child to an adult concerning sexual assault.

### The Facts

On March 26, 1985, Mrs. O. and her daughter T., who was three and a half years old, attended at the office of their family doctor, Dr. Khan, for a

devront être traitées au moyen d'arguments quant à la valeur à accorder au témoignage et quant à la qualité de toute preuve corroborante.

### Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; **arrêts mentionnés:** *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, conf. par [1966] R.C.S. v; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191; *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181; *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

### Lois et règlements cités

*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16.

### d Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West, 1984.  
Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Evidence*, 13th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Publishing Co., 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 42 C.C.C. (3d) 197, 64 C.R. (3d) 281, 27 O.A.C. 142, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'appelant sur l'accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

*Robert J. Carter, c.r.*, et *Larry B. O'Brien*, pour l'appelant.

*Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi porte sur l'admissibilité du témoignage sans serment d'une enfant et des déclarations qu'elle a faites à un adulte au sujet d'une agression sexuelle.

### Les faits

Le 26 mars 1985, M<sup>me</sup> O. et sa fille de trois ans et demi, T., se sont présentées au cabinet de leur

general examination of the mother and a routine immunization of T.

Dr. Khan examined T. first, in the presence of her mother. He then told her to wait in his private office while he conducted the examination of her mother. Dr. Khan and T. were alone in his private office for a period of five to seven minutes while the mother undressed and put on a hospital gown. T. was alone in the office for the following fifteen minutes while her mother's examination was being conducted. T. did not come into contact with any other male person during this period.

When the mother rejoined T., she noticed the child picking at a wet spot on her sleeve. They left and went to a nearby drugstore. Upon leaving the store, approximately fifteen minutes after leaving Dr. Khan's office, mother and child had essentially the following conversation.

Mrs. O. So you were talking to Dr. Khan, were you? What did he say?

T. He asked me if I wanted a candy. I said yes. And do you know what?

Mrs. O. What?

T. He said "open your mouth". And do you know what? He put his birdie in my mouth, shook it and peed in my mouth.

Mrs. O. Are you sure?

T. Yes.

Mrs. O. You're not lying to me, are you?

T. No. He put his birdie in my mouth. And he never did give me my candy.

The mother testified that the word 'birdie' meant penis to T. As a result of the police investigation T.'s jogging suit was examined and the spot on the sleeve was determined to have been produced by a deposit of semen and, in some areas, a mixture of semen and saliva that had soaked through the fabric before it dried. The concentration of the substances suggested to the forensic biologist that the substances were probably mixed before they were applied to the material.

The appellant was charged with sexual assault. At trial he elected to call no evidence. With respect to the Crown's case, the trial judge made

médecin de famille, le Dr Khan, pour l'examen général de la mère et le vaccin de routine de T.

Le Dr Khan a d'abord examiné T. en présence de sa mère. Il lui a dit ensuite d'attendre dans son bureau privé pendant l'examen de sa mère. Le Dr Khan et T. ont été seuls dans son bureau privé durant cinq à sept minutes pendant que la mère se changeait pour revêtir une chemise d'hôpital. T. est restée seule dans le bureau au cours des quinze minutes suivantes pendant lesquelles sa mère était examinée. T. n'a rencontré aucun autre homme pendant cette période.

Lorsque la mère a retrouvé T., elle a remarqué que l'enfant tâtait une tache mouillée sur sa manche. Elles sont parties et se sont rendues à une pharmacie avoisinante. Au moment de quitter la pharmacie, environ quinze minutes après avoir quitté le cabinet du Dr Khan, la mère et l'enfant ont eu essentiellement la conversation suivante:

[TRANSDUCTION]

M<sup>me</sup> O. Alors tu as parlé avec le Dr Khan, n'est-ce pas? Qu'est-ce qu'il a dit?

T. Il m'a demandé si je voulais un bonbon. J'ai dit oui. Et tu sais quoi?

M<sup>me</sup> O. Quoi?

T. Il a dit «ouvre ta bouche». Et tu sais quoi? Il a mis son zizi dans ma bouche, l'a secoué et a fait pipi dans ma bouche.

M<sup>me</sup> O. Es-tu sûre?

T. Oui.

M<sup>me</sup> O. Tu n'es pas en train de me mentir?

T. Non. Il a mis son zizi dans ma bouche. Et il ne m'a jamais donné mon bonbon.

La mère a témoigné que pour T. le terme [TRANSDUCTION] «zizi» désignait le pénis. Par suite de l'enquête policière, la tenue molletonnée de T. a été examinée et on a conclu que la tache sur la manche était un dépôt de sperme et, en certains endroits, un mélange de sperme et de salive qui avait imbibé le tissu avant de sécher. Selon le biologiste légal, la concentration du mélange indiquait que les substances avaient probablement été mélangées avant d'avoir été appliquées sur le tissu.

L'appelant a été accusé d'agression sexuelle. Au procès, il a choisi de ne présenter aucune preuve. Quant à la preuve présentée par le ministère

two significant rulings. The trial judge held that T. was not competent to give unsworn evidence and also refused to admit the evidence of the mother as to the above noted conversation on the basis that the statement was not contemporaneous with the event. The trial judge acquitted the appellant of the charges. The Crown appealed the acquittal to the Court of Appeal for Ontario, which allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial: (1988), 42 C.C.C. (3d) 197.

### Relevant Statutory Provision

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16 (since repealed and replaced by S.C. 1987, c. 24, s. 18):

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

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

### Judgments

#### *District Court of Ontario*

Locke Dist. Ct. J. did not admit the testimonial evidence of the child, T. He also rejected the argument that the statements T. made to her mother were admissible as an exception to the hearsay rule because they were "spontaneous statements". Therefore, Locke Dist. Ct. J. did not admit the evidence of the mother with regard to the conversation that took place shortly after leaving the doctor's office. He concluded:

In all of the circumstances, and however suspicious I remain to this moment, the Crown has fallen just short of proof of the accused's guilt beyond a reasonable doubt.

public, le juge du procès a tiré deux conclusions importantes. Le juge du procès a conclu que T. était inhabile à témoigner sans être assermentée et il a également refusé d'admettre le témoignage de la mère quant à la conversation précitée parce que la déclaration n'était pas contemporaine de l'événement. Le juge du procès a acquitté l'appelant des accusations. Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement devant la Cour d'appel de l'Ontario, laquelle a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1988), 42 C.C.C. (3d) 197.

### La disposition législative pertinente

*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16 (abrogé depuis et remplacé par L.C. 1987, ch. 24, art. 18):

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

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

### Les décisions des juridictions inférieures

#### *La Cour de district de l'Ontario*

Le juge Locke de la Cour de district n'a pas admis le témoignage de l'enfant T. Il a également rejeté l'argument selon lequel les déclarations de T. à sa mère étaient admissibles comme exception à la règle du oui-dire parce qu'elles étaient [TRADUCTION] «des déclarations spontanées». Par conséquent, le juge Locke n'a pas admis le témoignage de la mère quant à la conversation qui a eu lieu peu de temps après avoir quitté le cabinet du médecin. Il a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes les circonstances, et quels que soient les soupçons que je puisse continuer d'avoir, le ministère public n'a pas réussi à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

*Court of Appeal*

Robins J.A., writing for the court, found that the trial judge erred when considering the admission of the child's testimony. He found that the trial judge applied the more strenuous test for admission of sworn testimony when he should have applied the less strenuous test applicable to unsworn testimony. Robins J.A. also held that the trial judge erred when considering the admissibility of the spontaneous statements. In his opinion because the child was of tender years and because a sexual event was alleged greater latitude should have been given in respect of the lapse of time between the event and the declaration.

Issues

1. Did the Court of Appeal err in concluding that the trial judge misdirected himself in ruling that the child witness was incompetent to give unsworn testimony?
2. Did the Court of Appeal err in holding, contrary to the ruling of the trial judge, that a "spontaneous declaration" allegedly made by the child to her mother after the alleged sexual assault was admissible?

Analysis

1. *Did the Trial Judge Err in Law in Holding That the Child Was Incompetent to Give Unsworn Evidence?*

T. was called as a witness at the trial. She was four years and eight months old. Questioning revealed that she did not understand what the Bible was and did not understand the nature of telling the truth "in court". The Crown did not contend that she was competent to give evidence under oath. It submitted, however, that her unsworn evidence should be received under s. 16 of the *Canada Evidence Act*:

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

*La Cour d'appel*

Le juge Robins a conclu, au nom de la Cour d'appel, que le juge du procès a commis une erreur en examinant la question de l'admission du témoignage de l'enfant. Il a conclu que le juge du procès a utilisé le critère plus sévère applicable à l'admission d'un témoignage sous serment alors qu'il aurait dû utiliser le critère moins sévère applicable au témoignage d'une personne non assermentée. Le juge Robins a également conclu que le juge du procès a commis une erreur en examinant l'admissibilité des déclarations spontanées. Selon lui, parce qu'il s'agissait d'un enfant en bas âge et parce que l'on prétend qu'il s'agit d'un événement sexuel, une plus grande latitude aurait dû être accordée quant au laps de temps écoulé entre l'événement et la déclaration.

Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès s'est trompé en décidant que l'enfant était inhabile à témoigner sans être assermentée?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant, contrairement à la décision du juge du procès, qu'une «déclaration spontanée» que l'enfant aurait faite à sa mère après l'agression sexuelle reprochée était admissible?

L'analyse

1. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en décidant que l'enfant était inhabile à témoigner sans être assermentée?*

T. a été appelée à témoigner au procès. Elle avait quatre ans et huit mois. L'interrogatoire a révélé qu'elle ne comprenait pas ce qu'était la Bible et ne comprenait pas ce que signifiait dire la vérité [TRADUCTION] «à la cour». Le ministère public n'a pas prétendu qu'elle était habile à témoigner sous serment. Il a cependant soutenu que son témoignage, même si elle n'était pas assermentée, devrait être reçu en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*:

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

presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

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

The trial judge refused to receive T.'s unsworn evidence on the ground that while she possessed sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, he was not satisfied that she understood the duty of speaking the truth.

The Court of Appeal, *per* Robins J.A., concluded that the trial judge had erred in rejecting T.'s testimony. It found he made two errors.

The first error, in the view of the Court of Appeal, was to apply the test in *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), *aff'd* [1966] S.C.R. v, a case where the issue was the reception of evidence under oath, and in particular the statement of Dickson J. that "[t]he object of the law in requiring an oath is to get at the truth relative to the matters in dispute by getting a hold on the conscience of the witness" (p. 138). Robins J.A. stated, at p. 206:

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity to tell the truth, and promises to do so. It is to be borne in mind that under s. 16(2) the child's unsworn evidence must be corroborated by some other material evidence. Any frailties that may be inherent in the child's testimony go to the weight to be given the testimony rather than its admissibility.

The second error, the Court of Appeal concluded, was to place too much weight on the fact that the child was very young, in effect drawing a distinction between children of very tender years and older children. It is clear that the trial judge

fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

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

Le juge du procès a refusé de recevoir le témoignage que T. a rendu sans être assermentée parce que, bien qu'elle soit douée d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, il n'était pas convaincu qu'elle comprenait le devoir de dire la vérité.

Le juge Robins, au nom de la Cour d'appel, a conclu que le juge du procès avait eu tort de rejeter le témoignage de T. Il a conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs.

De l'avis de la Cour d'appel, la première erreur a été d'appliquer le critère de l'arrêt *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), *conf. par* [1966] R.C.S. v, où la question portait sur la réception d'un témoignage sous serment, et en particulier la déclaration du juge Dickson que [TRADUCTION] «la loi qui exige le serment a pour objet de découvrir la vérité relativement aux questions contestées en faisant appel à la conscience du témoin» (p. 138). Le juge Robins a affirmé, à la p. 206:

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n'est pas donné sous serment, il suffit que l'enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l'enfant comprend la différence entre la vérité et le mensonge, s'il sait qu'il n'est pas bien de mentir, s'il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. Il convient de rappeler qu'en vertu du par. 16(2), le témoignage que l'enfant a rendu sans être assermenté doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel. Toute faiblesse qui peut être inhérente au témoignage d'un enfant influe sur le poids à lui accorder plutôt que sur son admissibilité.

La Cour d'appel a conclu que la deuxième erreur a été d'accorder trop d'importance au très jeune âge de l'enfant, ce qui a eu pour effet d'établir une distinction entre les enfants en très bas âge et les enfants plus vieux. Il est clair que le

was concerned by the very young age of the witness. He pointed out that most of the cases concerned children of ten to thirteen years and that he could find no case of the evidence of a child under five being received. While acknowledging that theoretically a child of any age could be proffered in court, he noted in his concluding comments:

T. . . ., however intelligent she may be to this day, is still very much an infant who is just beginning to embark upon childhood. She is still mentally and physically normal but very immature.

I agree with the Court of Appeal that the trial judge made the two errors to which it referred. He erred first in applying the *Bannerman* test to s. 16 of the *Canada Evidence Act* and emphasizing that T. did not understand what it meant to lie "to the court". While the distinction between the ability to testify under oath and the ability to give unsworn evidence under s. 16 has been narrowed by rejection in cases such as *Bannerman* of the need for a religious understanding of the oath, it has not been eliminated. Before a person can give evidence under oath, it must be established that the oath in some way gets a hold on his conscience, that there is an appreciation of the significance of testifying in court under oath. It was wrong to apply this test, which T. clearly did not meet, to s. 16, where the only two requirements for reception of the evidence are sufficient intelligence and an understanding of the duty to tell the truth.

The trial judge also erred in placing critical weight on the child's young age. The Act makes no distinction between children of different ages. The trial judge in effect found that T. met the two requirements for permitting a child to testify under s. 16, but, emphasizing her immaturity, rejected her evidence. He found that T. had sufficient intelligence, and conceded that she "seemed to be aware at least of the consequences of telling

juge du procès était préoccupé par le très jeune âge du témoin. Il a souligné que la plupart des décisions concernaient des enfants de dix à treize ans et qu'il n'en a trouvé aucune où le témoignage d'un enfant de moins de cinq ans avait été reçu. Tout en reconnaissant que, théoriquement, un enfant de n'importe quel âge pourrait être appelé à témoigner devant la cour, il a souligné dans sa conclusion:

[TRADUCTION] T. . . ., aussi intelligente soit-elle aujourd'hui, est encore très petite et n'est qu'à l'aube de son enfance. Elle est normale mentalement et physiquement, mais elle est très jeune.

Je partage l'avis de la Cour d'appel que le juge du procès a commis les deux erreurs précitées. Il a d'abord commis une erreur en appliquant le critère de l'arrêt *Bannerman* à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et en soulignant que T. ne comprenait pas ce que signifiait mentir «à la cour». Bien qu'on ait restreint la distinction entre l'habilité à témoigner sous serment et l'habilité à témoigner sans être assermenté en vertu de l'art. 16 en rejetant, dans des décisions comme l'arrêt *Bannerman*, la nécessité de comprendre le caractère religieux du serment, elle n'a pas été supprimée. Pour qu'une personne puisse témoigner sous serment, il faut établir que le serment fait en quelque sorte appel à sa conscience, qu'elle apprécie l'importance de témoigner sous serment devant le tribunal. Il était incorrect d'appliquer à l'art. 16 cette norme à laquelle ne satisfaisait clairement pas T., alors que les deux seules exigences applicables à la réception du témoignage sont l'intelligence suffisante et une compréhension du devoir de dire la vérité.

Le juge du procès a également commis une erreur en accordant une importance capitale au jeune âge de l'enfant. La Loi n'établit aucune distinction entre les enfants d'âges différents. En réalité, le juge du procès a conclu que T. satisfaisait aux deux exigences permettant à un enfant de témoigner en vertu de l'art. 16, mais, soulignant son manque de maturité, il a rejeté son témoignage. Il a conclu que T. était douée d'une intelligence suffisante et il a reconnu qu'elle [TRADUCTION] «semblait être consciente au moins des conséquences de dire un mensonge». Cela ressort



a lie". This is clear from T.'s evidence, as revealed by the following portions of the transcript:

Q. Yes, and do you know what it is to tell the truth? You're sort of shrugging your shoulders there and smiling. Do you know what it is to tell a lie?

A. U-hmm.

Q. What's a lie?

A. If you say you cleaned up the room and you didn't, and your mother and your father went to see it and it's messy, that's a lie.

Q. I see. What happens when you tell a lie?

A. The parent spank their bum.

Q. I see. You're doing just fine. Tell me, what else happens to you if you tell a lie?

A. I get spanked and I get sent in my room and I get cleaned up and I cry and I come back out and I not cry, and that's okay.

Q. And then everything is fine, is it?

A. (Nod)

Having found that the two requirements for reception of the evidence under s. 16 had been fulfilled, the trial judge erred in letting himself be swayed by the young age of the child. Were that a determinative consideration, there would be danger that offences against very young children could never be prosecuted.

2. *Did the Trial Judge Err in Rejecting the Mother's Statement of What the Child Told Her After the Incident?*

Fifteen minutes after leaving Dr. Khan's office, in response to her mother's query, "So you were talking to Dr. Khan, were you?", T. told her mother about the sexual act the doctor had performed on her. The issue is whether the mother's statement of what she was told is admissible in evidence. The trial judge rejected the statement, holding that it was hearsay and did not fall within any of the established exceptions to the hearsay rule, and in particular the spontaneous declaration exception. The Court of Appeal held that the statement should have been received on the ground that the inherent reliability of the child's statement was such that the usual requirements for spontane-

clairement du témoignage de T., comme l'indiquent les extraits suivants de la transcription:

[TRADUCTION]

Q. Oui, et sais-tu ce que c'est que de dire la vérité? On dirait que tu hausses les épaules et que tu souris. Sais-tu ce que c'est que de mentir?

R. U-hmm.

Q. Qu'est-ce qu'un mensonge?

R. Si tu dis que tu a rangé ta chambre et que tu ne l'as pas fait et si ta mère et ton père vont voir et s'aperçoivent qu'elle est en désordre, c'est un mensonge.

Q. Je vois. Qu'arrive-t-il quand tu dis un mensonge?

R. Les parents te tapent les fesses.

Q. Je vois. C'est très bien. Dis-moi, qu'est-ce qui arrive encore si tu dis un mensonge?

R. On me tape et on m'envoie dans ma chambre et je dois nettoyer et je pleure et je ressors de ma chambre et je ne pleure plus et c'est correct.

Q. Et alors tout est parfait n'est-ce pas?

R. (Signe de tête)

Ayant conclu que les deux exigences applicables à la réception du témoignage en vertu de l'art. 16 avaient été respectées, le juge du procès a commis une erreur en se laissant influencer par le jeune âge de l'enfant. S'il s'agissait d'un facteur déterminant, il y aurait alors un risque que les infractions commises contre de très jeunes enfants ne puissent jamais faire l'objet de poursuites.

2. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en rejetant la déclaration de la mère sur ce que l'enfant lui avait dit après l'incident?*

Quinze minutes après avoir quitté le cabinet du Dr Khan, en réponse à la question de la mère «Alors, tu as parlé avec le Dr Khan, n'est-ce pas?», T. a raconté à sa mère l'acte sexuel auquel le médecin s'était livré sur elle. La question est de savoir si la déclaration de la mère sur ce que l'enfant lui a dit est admissible en preuve. Le juge du procès a rejeté la déclaration en décidant qu'il s'agissait de oui-dire et que la déclaration ne relevait d'aucune exception établie à la règle du oui-dire, et en particulier de l'exception des déclarations spontanées. La Cour d'appel a conclu que la déclaration aurait dû être reçue pour le motif que la fiabilité inhérente de la déclaration de l'enfant

ous declarations of contemporaneity and intensity or pressure should be relaxed.

I am satisfied that applying the traditional tests for spontaneous declarations, the trial judge correctly rejected the mother's statement. The statement was not contemporaneous, being made fifteen minutes after leaving the doctor's office and probably one-half hour after the offence was committed. Nor was it made under pressure or emotional intensity which would give the guarantee of reliability upon which the spontaneous declaration rule has traditionally rested. The question then is the extent to which, if at all, the strictures of the hearsay rule should be relaxed in the case of children's testimony. The issue is one of great importance in view of the increasing number of prosecutions for sexual offences against children and the hardships that often attend requiring children to retell and relive the frequently traumatic events surrounding the episode in a long series of encounters with parents, social workers, police and finally different levels of courts.

The hearsay rule has traditionally been regarded as an absolute rule, subject to various categories of exceptions, such as admissions, dying declarations, declarations against interest and spontaneous declarations. While this approach has provided a degree of certainty to the law on hearsay, it has frequently proved unduly inflexible in dealing with new situations and new needs in the law. This has resulted in courts in recent years on occasion adopting a more flexible approach, rooted in the principle and the policy underlying the hearsay rule rather than the strictures of traditional exceptions.

This Court took such an approach in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. The plaintiff was suing for medical malpractice which had resulted in amputation of his leg for gangrene. He wanted to introduce hospital records containing entries by

était telle que les exigences habituelles de contemporanéité et d'intensité ou de contrainte en matière de déclarations spontanées devraient être assouplies.

<sup>a</sup> Je suis convaincue qu'en appliquant les critères traditionnels des déclarations spontanées le juge du procès a rejeté à juste titre la déclaration de la mère. La déclaration n'était pas contemporaine <sup>b</sup> puisqu'elle a été faite quinze minutes après leur départ du cabinet du médecin et probablement une demi-heure après la perpétration de l'infraction. Elle n'a pas été faite non plus sous la contrainte ou l'intensité émotive qui fournirait la garantie de <sup>c</sup> fiabilité sur laquelle se fonde traditionnellement la règle des déclarations spontanées. La question est donc de savoir dans quelle mesure, le cas échéant, les restrictions de la règle du oui-dire devraient être assouplies dans le cas d'un témoignage d'enfant. <sup>d</sup> La question est très importante compte tenu du nombre de plus en plus élevé de poursuites relatives à des infractions de nature sexuelle perpétrées contre des enfants et des difficultés que <sup>e</sup> comporte souvent l'obligation pour les enfants de raconter et de revivre des événements souvent traumatisants entourant l'épisode, au cours d'une longue série de rencontres avec les parents, les travailleurs sociaux, les policiers et enfin les différents paliers judiciaires. <sup>f</sup>

Traditionnellement, la règle du oui-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations de mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de oui-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et <sup>g</sup> de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, <sup>h</sup> plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles.

C'est l'attitude retenue par notre Cour dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608. Le demandeur avait intenté une poursuite pour faute médicale à la suite de l'amputation de sa jambe gangreneuse. Il voulait produire les dossiers de

nurses as evidence of the onset of symptoms which the doctor should have noticed and treated. He was met with the objection that the records were hearsay and he should call the nurses who made the notations. But he could not prove which nurse had made which entry, which made that approach impossible.

This Court held that the records should be admitted, notwithstanding that on the traditional rules, they were inadmissible. The Court accepted (at p. 624) the proposition that “[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds”, particularly in the field of procedural law: *per* Lord Donovan, dissenting, in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, at p. 1047. Hall J. at p. 624 quoted the following passage from the reasons in *Myers* of Lord Pearce, dissenting (at pp. 1040-41):

I find it impossible to accept that there is any “dangerous uncertainty” caused by obvious and sensible improvements in the means by which the court arrives at the truth. One is entitled to choose between the individual conflicting *obiter dicta* of two great judges and I prefer that of Jessel M.R. His dictum was as follows, 1 P.D. 154, 241: “Now I take it the principle which underlies all these exceptions is the same. In the first place, the case must be one in which it is difficult to obtain other evidence, for no doubt the ground for admitting the exceptions was that very difficulty. In the next place the declarant must be disinterested; that is, disinterested in the sense that the declaration was not made in favour of his interest. And, thirdly, the declaration must be made before dispute or litigation, so that it was made without bias on account of the existence of a dispute or litigation which the declarant might be supposed to favour. Lastly, and this appears to me one of the strongest reasons for admitting it, the declarant must have had peculiar means of knowledge not possessed in ordinary cases.” On that expression of principle he admitted the extension which has been acted on ever since in the Probate Division.

In the result, this Court concluded that the nurses’ records should be admitted, noting however that

l’hôpital qui contenaient les notes prises par les infirmières pour établir que les symptômes que le médecin aurait dû constater et traiter étaient présents dès le départ. On lui a opposé que les dossiers constituaient du oui-dire et qu’il aurait dû appeler à témoigner les infirmières qui avaient pris les notes. Mais il ne pouvait établir quelle infirmière avait pris les notes, ce qui rendait la tâche impossible.

Notre Cour a statué que les dossiers devraient être admis même si selon les règles traditionnelles ils étaient inadmissibles. La Cour a accepté (à la p. 624) la proposition que «[c]e sont les juges qui façonnent la *common law* et il est toujours de leur compétence de l’adapter à l’occasion de manière qu’elle serve l’intérêt de ceux qu’elle lie», particulièrement en matière de droit procédural: lord Donovan, dissident, dans l’arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, à la p. 1047. Le juge Hall, à la p. 624, a cité les extraits suivants des motifs de lord Pearce, dissident dans l’arrêt *Myers* (aux pp. 1040 et 1041):

[TRADUCTION] Je ne puis admettre qu’une «incertitude dangereuse» soit créée par des améliorations nécessaires et raisonnables apportées aux moyens que le tribunal emploie pour atteindre la vérité. On a le choix entre les *obiter dicta* de deux juges célèbres; pour ma part, j’opte pour celui du Maître des rôles Jessel. Son *dictum*, reproduit à 1 P.D. 154, page 241, est le suivant: [TRADUCTION] «Maintenant, je comprends que le principe fondamental de toutes ces exceptions est le même. Premièrement, l’affaire doit comporter une difficulté d’obtenir d’autres preuves, car il ne fait aucun doute que la recevabilité des exceptions est fondée sur cette difficulté même. Deuxièmement, le déclarant doit être désintéressé; c’est-à-dire, désintéressé au sens que sa déclaration ne serve pas son intérêt personnel. Et, troisièmement, la déclaration doit avoir été faite avant le différend ou litige de sorte qu’elle ait été faite sans parti-pris découlant de l’existence d’un différend ou litige que le déclarant pourrait être soupçonné de favoriser. Enfin, et cela me semble l’une des meilleures raisons de l’admettre, le déclarant doit avoir eu des moyens de connaissance qui ne sont pas à la portée des gens ordinaires». Face à cet énoncé de principe, il a reconnu une extension que l’on accepte depuis lors, à la «Probate Division».

Finalement, notre Cour a conclu que les notes des infirmières devraient être admises en preuve, souli-

the admission "should, in no way, preclude a party wishing to challenge the accuracy of the records or entries from doing so" and adding that "the nurses were present in court and available to be called as witnesses if the respondent had so wished" (p. 626).

Lord Pearce's four tests may be resumed in two general requirements: necessity and reliability. The child's statement to the mother in this case meets both these general requirements as well as the more specific tests. Necessity was present, other evidence of the event, as the trial judge found, being inadmissible. The situation was one where, to borrow Lord Pearce's phrase, it was difficult to obtain other evidence. The evidence also bore strong indicia of reliability. T. was disinterested, in the sense that her declaration was not made in favour of her interest. She made the declaration before any suggestion of litigation. And beyond doubt she possessed peculiar means of knowledge of the event of which she told her mother. Moreover, the evidence of a child of tender years on such matters may bear its own special stamp of reliability. As Robins J.A. stated in the Court of Appeal (at p. 210):

Where the declarant is a child of tender years and the alleged event involves a sexual offence, special considerations come into play in determining the admissibility of the child's statement. This is so because young children of the age with which we are concerned here are generally not adept at reasoned reflection or at fabricating tales of sexual perversion. They, manifestly, are unlikely to use their reflective powers to concoct a deliberate untruth, and particularly one about a sexual act which in all probability is beyond their ken.

Because of the frequent difficulty of obtaining other evidence and because of the lack of reason to doubt many statements children make on sexual abuse to others, courts in the United States have moved toward relaxing the requirements of admissibility for such statements. This has been done in the context of the doctrine of spontaneous declarations. In *McCormick on Evidence* (3rd ed.

gnant toutefois que leur admission «ne devrait en aucune façon empêcher une partie de contester l'exactitude de ces dossiers ou des écritures, si elle veut le faire», et ajoutant que les infirmières «étaient présentes en Cour et disponibles pour témoigner à la demande de l'intimé» (p. 626).

Les quatre critères de lord Pearce peuvent se ramener à deux exigences générales: la nécessité et la fiabilité. En l'espèce, la déclaration de l'enfant à sa mère satisfait à ces exigences générales ainsi qu'aux critères plus précis. Il y avait nécessité puisque, comme le juge du procès l'a conclu, les autres éléments de preuve de l'événement étaient inadmissibles. Pour reprendre les propos de lord Pearce, la situation comportait une difficulté d'obtenir d'autres éléments de preuve. Le témoignage comportait également des indices sérieux de fiabilité. T. était désintéressée, en ce sens que sa déclaration ne servait pas son intérêt personnel. Elle a fait la déclaration avant même qu'il ne soit question de litige. Et il ne fait pas de doute qu'elle avait des moyens de connaissance particuliers de l'événement dont elle a fait part à sa mère. En outre, la déclaration d'un enfant en bas âge sur ces questions peut comporter en soi sa propre marque de fiabilité. Comme le juge Robins l'a dit en Cour d'appel (à la p. 210):

[TRADUCTION] Lorsque le déclarant est un enfant en bas âge et que les événements reprochés portent sur une infraction de nature sexuelle, des considérations particulières s'appliquent pour déterminer l'admissibilité de la déclaration de l'enfant. Il en est ainsi parce que les jeunes enfants comme celui dont il est question en l'espèce ne sont généralement pas experts en matière de raisonnements réfléchis ou pour inventer des histoires de perversion sexuelle. Manifestement, il est peu probable qu'ils utilisent leur capacité de raisonnement pour inventer délibérément un mensonge, et surtout un mensonge concernant un acte sexuel qui, selon toute vraisemblance, dépasse leur entendement.

Parce qu'il est souvent difficile d'obtenir d'autres éléments de preuve et parce qu'il n'y a pas de raison de mettre en doute beaucoup de déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels, les tribunaux des États-Unis ont commencé à assouplir les conditions d'admissibilité de ces déclarations. C'est dans le contexte de la doctrine des déclarations spontanées qu'ils l'ont

1984), at p. 859, n. 49, the authors refer to this development as the “tender years” exception to the general rule, and describe it as follows:

A tendency is apparent in cases of sex offences against children of tender years to be less strict with regard to permissible time lapse and to the fact that the statement was in response to inquiry.

Similarly, *Wharton's Criminal Evidence* (13th ed. 1972), at p. 84, states that while “[t]he res gestae rule in sex crimes is the same as in other criminal actions”, the rule “should be applied more liberally in the case of children”. In an attempt to analyze the many authorities in this area and arrive at some general “rule of thumb” with respect to the generally permissible time lapse between the alleged sexual assault and the spontaneous declaration, the author notes that declarations made up to an hour following the assault will generally be admissible, whereas such declarations “will not ordinarily be regarded as part of the res gestae where the time interval between the crime and the declaration is more than one hour” (p. 90).

These developments underline the need for increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse. In so far as they are tied to the exception to the hearsay rule of spontaneous declarations, however, they suffer from certain defects. There is no requirement that resort to the hearsay evidence be necessary. Even where the evidence of the child might easily be obtained without undue trauma, the Crown would be able to use hearsay evidence. Nor is there any requirement that the reliability of the evidence in the particular case be established; hence inherently unreliable evidence might be admitted. Finally, the rule being of an absolute “in-or-out” character, there is no means by which a trial judge could attach conditions on the reception of a particular statement which the

fait. Dans l'ouvrage *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 859, n. 49, les auteurs parlent de cette nouvelle exception à la règle générale comme celle du [TRADUCTION] «bas âge» et la décrivent a comme suit:

[TRADUCTION] Dans les cas d'infractions de nature sexuelle contre des enfants en bas âge, on remarque une tendance à être moins sévère en ce qui concerne le délai acceptable et le fait que la déclaration soit faite en b réponse à une question.

De même, dans l'ouvrage *Wharton's Criminal Evidence* (13<sup>e</sup> éd. 1972), à la p. 84, l'auteur affirme que bien que [TRADUCTION] «la règle de la *res gestae* en matière de crimes de nature sexuelle soit la même que dans les autres actions criminelles», la règle [TRADUCTION] «devrait être appliquée avec plus de souplesse dans le cas des c enfants». Dans son analyse des nombreuses sources dans ce domaine et pour parvenir à une règle empirique générale en matière de délai générale d'application acceptable entre l'agression sexuelle reprochée et la déclaration spontanée, l'auteur souligne e que les déclarations faites même une heure après l'agression seront généralement admissibles alors que ces déclarations [TRADUCTION] «ne seront pas considérées habituellement comme faisant partie f de la *res gestae* lorsque le laps de temps écoulé entre le crime et la déclaration est de plus d'une heure» (p. 90).

Cette évolution fait ressortir la nécessité d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la règle du oui-dire pour permettre l'admission en g preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels. Cependant, dans la mesure où elle est liée à l'exception de la règle du oui-dire en matière de déclarations h spontanées, elle comporte certaines lacunes. Rien n'indique qu'il faille recourir à la preuve par oui-dire. Même lorsqu'il pourrait être facile d'obtenir i le témoignage de l'enfant sans le traumatiser indûment, le ministère public pourrait utiliser la preuve par oui-dire. Rien n'exige non plus que la fiabilité du témoignage rendu dans l'affaire en question soit établie; d'où la possibilité qu'un témoignage qui en soi n'est pas digne de foi soit admis. Enfin, la règle j étant d'application absolue, le témoignage est soit accepté soit écarté, le juge du procès ne dispose

judge might deem prudent in a particular case, as for example, the right to cross-examine the deponent referred to in *Ares v. Venner*. In addition to these objections, it can be argued that to extend the spontaneous declaration rule as far as these cases would extend it, is to deform it beyond recognition and is conceptually undesirable.

In Canada too, courts have been moving to more flexibility in the reception of the hearsay evidence of children, although not under the aegis of the spontaneous declaration exception to the hearsay rule. Relying on *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191, where the House of Lords admitted such evidence in child protection proceedings, the British Columbia Court of Appeal admitted similar evidence in *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337 (B.C.C.A.). At issue was hearsay evidence in the context of child protection proceedings. A five-year-old child had been apprehended after allegations of sexual abuse committed by the father. Counsel sought to introduce evidence of statements made by the child to a psychologist. Counsel for the parents objected to the use of these statements for their truth and argued that the decision of this Court in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, was applicable. Hinkson J.A., for the court, justified the reception of the evidence on the nature of the proceedings, stating (at pp. 340-41):

The concern with admitting hearsay evidence and acting upon it when dealing with a grave allegation of misconduct on the part of a parent to a child is not to be overlooked.

However, in proceedings involving children this court has adopted another approach which is exemplified by the decision in *R. v. Arbuckle*, 59 W.W.R. 605.

In my opinion the principle discussed in *R. v. Abbey*, supra, should not be applied to the inquiry with which we are concerned. Rather, in this type of inquiry, the

d'aucun moyen d'imposer à la réception d'une déclaration particulière des conditions qu'il pourrait juger prudentes dans un cas particulier, comme par exemple, le droit de contre-interroger le déposant dont il était question dans l'arrêt *Ares c. Venner*. En plus de ces objections, on peut soutenir qu'étendre la portée de la règle des déclarations spontanées aussi loin que le feraient ces décisions a pour effet de la dénaturer complètement et n'est pas en soi souhaitable.

Au Canada, les tribunaux ont également fait preuve de plus de souplesse en matière de réception de preuve par ouï-dire par des enfants, mais sans faire appel à l'exception que constituent les déclarations spontanées à la règle du ouï-dire. S'appuyant sur l'arrêt *Official Solicitor v. K.*, [1963] 3 All E.R. 191, dans lequel la Chambre des lords a admis cette preuve dans une procédure en matière de protection d'enfant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a admis une preuve semblable dans l'arrêt *D.R.H. v. Superintendent of Family and Child Services* (1984), 41 R.F.L. (2d) 337 (C.A.C.-B.). La question, dans cette affaire, portait sur une preuve par ouï-dire dans le contexte d'une procédure en matière de protection d'un enfant. Un enfant de cinq ans avait été appréhendé à la suite d'allégations d'abus sexuel commis par le père. L'avocat a tenté de produire en preuve les déclarations faites par l'enfant à un psychologue. L'avocat des parents s'est opposé à l'utilisation de ces déclarations pour des questions de véracité et a soutenu que l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, de notre Cour s'appliquait. Le juge Hinkson, s'exprimant au nom de la cour, a justifié la réception de la preuve par la nature de la procédure, affirmant (aux pp. 340 et 341):

[TRADUCTION] On ne peut ignorer l'inquiétude que soulève l'admission d'une preuve par ouï-dire et ce qu'on en fait lorsque pèse contre un parent une allégation grave de mauvaise conduite envers un enfant.

Cependant, dans une procédure concernant des enfants, notre cour a adopté une autre attitude qui ressort de la décision *R. v. Arbuckle*, 59 W.W.R. 605.

À mon avis, le principe analysé dans l'arrêt *R. c. Abbey*, précité, ne devrait pas s'appliquer à l'examen en l'espèce. Au contraire, dans ce type d'examen, l'attitude

approach adopted in the *Arbuckle* case, supra, is to be followed. Thus a judge, conducting an inquiry of this nature, involving a child of tender years who is too young to testify in the inquiry, can receive hearsay evidence and rely upon such evidence in coming to the decision as to whether or not the child is in need of protection.

The P.E.I. Court of Appeal in *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181 also found in child protection proceedings that hearsay evidence was admissible. The court did not justify the decision on the ground of the type of proceeding in question. Rather, Mitchell J.A. held that the proceedings were subject to the same procedural standards that apply to other civil cases but asserted that “[t]he list of exceptions has never been closed” (p. 185). Mitchell J.A., for the court, stated at p. 185:

Oftentimes in cases of alleged sexual abuse of a young child the only evidence available is contained in a statement made by the child to some third party. Usually such statements are not made in circumstances that would meet the criteria for admission under the traditional exceptions to the hearsay rule. If the child can not or for some valid reason does not testify about the facts asserted in the out-of-court statement and hearsay is excluded the court will be deprived of hearing what could be the most relevant of evidence. Faced with that situation, the court may admit the third party's evidence as proof of the facts contained in the child's statement, even though that evidence be hearsay, provided that, as groundwork for its admission, sufficient evidence is first led to establish the reliability of the out-of-court statement, and of the circumstances which establish the need to introduce the content of the child's statement through hearsay. In such cases, the court must always proceed with great caution both with regard to satisfying itself on the question of the reliability of the child's statements, as well as with respect to those circumstances which justify the need for the admissibility of the out-of-court statements.

In *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278 (C.A.), in an access hearing, reception of hearsay evidence of a child's statement was justified on the basis of *Ares v. Venner*. The child had told a

adoptée dans l'arrêt *Arbuckle*, précité, doit être retenue. Ainsi, le juge responsable d'un tel examen portant sur un enfant en bas âge qui est trop jeune pour témoigner relativement à l'examen peut recevoir une preuve par ouï-dire et s'y fier pour décider si l'enfant a besoin de protection.

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, dans l'arrêt *M. (W.) v. Director of Child Welfare for P.E.I.* (1986), 3 R.F.L. (3d) 181 a également conclu dans une procédure en matière de protection d'un enfant que la preuve par ouï-dire était admissible. La cour n'a pas justifié sa décision en invoquant le type de procédure en question. Le juge Mitchell a plutôt conclu que la procédure était assujettie aux mêmes normes procédurales que celles qui s'appliquent aux autres instances civiles, mais a affirmé que [TRADUCTION] «la liste des exceptions peut toujours s'allonger» (p. 185). Le juge Mitchell affirme, au nom de la cour, à la p. 185:

[TRADUCTION] Il arrive souvent dans les cas où l'on allègue qu'un jeune enfant a été abusé sexuellement que la seule preuve disponible est celle de la déclaration faite par l'enfant à un tiers. Généralement, ces déclarations ne sont pas faites dans des circonstances qui satisferaient au critère d'admission en vertu des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Si l'enfant ne peut témoigner ou pour d'autres raisons valables ne témoigne pas quant aux faits invoqués dans la déclaration extrajudiciaire et que la preuve par ouï-dire est exclue, la cour sera privée de ce qui pourrait constituer l'élément de preuve le plus pertinent. Face à cette situation, la cour peut recevoir le témoignage du tiers comme preuve des faits contenus dans la déclaration de l'enfant même si cette preuve constitue du ouï-dire, pourvu que, comme condition préalable à son admission, on présente d'abord suffisamment d'éléments de preuve pour établir la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire et des circonstances qui établissent la nécessité de présenter le contenu de la déclaration de l'enfant par ouï-dire. Dans ces cas, la cour doit toujours agir avec grande prudence tant à l'égard de la fiabilité des déclarations de l'enfant dont elle doit être convaincue qu'à l'égard des circonstances qui justifient l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires.

Dans l'arrêt *F. (J.K.) v. F. (J.D.)*, [1988] B.C.J. No. 278 (C.A.), on a justifié la réception de la preuve par ouï-dire de la déclaration d'un enfant, dans une audition en matière de droit de visite, en