

Larry Erwin Timm *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: December 4; 1981: June 22.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Rape — Evidence — Early complaint — Definition — Manner of proof — Judge's role when dealing with this type of evidence on voir dire.

On a *voir dire* in a rape case, complainant's statement, which did not contain the word "rape", was found to be inadmissible as an early complaint; it nevertheless was allowed to be put before the jury. The recipient of the statement who stated that the word "rape" was used, was not allowed to make any mention of "rape" before the jury. Accused appealed a decision of the Court of Appeal setting aside his acquittal and ordering a new trial. The issues raised here were: (1) the definition of "early complaint"; (2) how its proof was to be made; and (3) the role of the trial judge when dealing with this type of evidence on a *voir dire*.

Held: The appeal should be dismissed.

In a rape case, a complaint is any statement made by the alleged victim which, given the circumstances of the case, would, if believed, be of some probative value in negating the adverse conclusions the trier of fact could draw as regards her credibility had the complainant been silent. The judge, before admitting a complaint as evidence, should hold a *voir dire* to determine: (a) whether there was some evidence which if believed by the trier of fact would constitute a complaint; (b) that the complaint was not elicited by questions of a "leading and inducing or intimidating character"; and (c) that it was "made at the first opportunity after the offence which reasonably offer[ed] itself". In determining whether there was evidence which, if believed by the jury, would constitute a complaint, the trial judge should take into account evidence by the victim, if any, as well as that of any person recipient of that complaint. Evidence by a recipient person is admissible on the *voir dire* and before the trier of fact only if the victim has testified as to the facts material to the commission of the offence; it is not necessary that the victim have testified as to the complaint itself.

Larry Erwin Timm *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 4 décembre; 1981: 22 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Lamer.

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

Droit criminel — Viol — Preuve — Plainte spontanée — Définition — Forme de preuve — Rôle du juge lors d'un voir dire sur ce genre de preuve.

Lors du *voir dire* dans un procès pour viol, la déposition de la plaignante qui ne comporte pas le mot viol a été jugée irrecevable comme plainte spontanée; elle a quand même été soumise au jury. La personne qui avait reçu la plainte a affirmé que la plaignante avait parlé de viol. Il ne lui a pas été permis de mentionner le viol en présence du jury. L'accusé se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel qui annule son acquittement et ordonne un nouveau procès. Le pourvoi soulève trois questions: (1) la définition de «plainte spontanée»; (2) comment en fait-on la preuve; (3) le rôle du juge du procès à l'occasion du *voir dire* sur ce genre de preuve.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Dans une affaire de viol, la déclaration faite par la prétendue victime est considérée comme une plainte, dès que, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, elle a, si on croit qu'elle a été faite, pour effet de repousser en totalité ou en partie les conclusions adverses que le juge des faits aurait pu autrement tirer sur la crédibilité de la victime si celle-ci n'avait rien dit. Avant de recevoir une plainte en preuve, le juge doit tenir un *voir dire* pour déterminer: a) s'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par le juge des faits, constitueraient une plainte; b) que la plainte n'a pas été provoquée par des questions «à caractère suggestif, agressif ou intimidant» et c) qu'elle a été «faite à la première occasion raisonnable qui s'est présentée après la perpétration de l'infraction». Pour établir s'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par le jury, constitueraient une plainte, le juge du procès doit tenir compte du témoignage de la victime, si elle a témoigné, mais aussi du témoignage de la personne qui a reçu la plainte. Le témoignage de la personne qui a reçu la plainte est recevable lors du *voir dire* et en présence du juge des faits seulement si la victime a déposé quant aux faits relatifs à la perpétration du crime; il n'est pas nécessaire que la victime ait témoigné au sujet de la plainte elle-même.

R. v. Cook (1979), 9 C.R. (3d) 85; *R. v. Belliveau* (1978), 41 C.C.C. (2d) 52; *R. v. Waddell* (1975), 28 C.C.C. (2d) 315; *R. v. Shonias* (1974), 21 C.C.C. (2d) 301; *R. v. Ball* (1957), 25 C.R. 250; *R. v. Washington*, [1951] O.W.N. 129; *R. v. Lillyman*, [1896] 2 Q.B. 167; *R. v. Osborne*, [1905] 1 K.B. 551; *Thomas v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 344; *R. v. Megson, Battye, and Ellis* (1840), 9 C. & P. 420, 173 E.R. 893; *R. v. Cummings*, [1948] 1 All E.R. 551; *R. v. Woodworth, Stutt and Giles* (1974), 17 C.C.C. (2d) 509 considered; *R. v. Guttridge, Fellowes, and Goodwin* (1840), 9 C. & P. 471, 173 E.R. 916; *R. v. Wallwork* (1958), 42 Cr. App. R. 153; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta¹, overturning appellant's acquittal by Cormack J. and a jury and ordering a new trial. Appeal dismissed.

J. E. Faulkner, for the appellant.

Jack Watson and Richard Stelmaczek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—This is an appeal brought with leave of this Court by the accused whose acquittal on a charge of rape by an Edmonton jury was set aside by the Court of Appeal for Alberta. That Court ordered a new trial.

This appeal raises three issues. They do not warrant my setting out all of the facts of the alleged rape but merely the events that happened immediately after, for all of the issues relate to early complaint evidence, and to be more precise, to the following: (1) the definition of an "early complaint"; (2) how proof of it may be made; (3) the role to be played by a trial judge when dealing with this type of evidence on a *voir dire*.

At the trial, Catherine, the complainant, testifying in chief, said that Larry, the appellant, with whom she had gone to a party, had raped her and then had driven her to her sister Vivian's residence. In the course of a *voir dire* which had been

Jurisprudence: arrêts examinés: *R. v. Cook* (1979), 9 C.R. (3d) 85; *R. v. Belliveau* (1978), 41 C.C.C. (2d) 52; *R. v. Waddell* (1975), 28 C.C.C. (2d) 315; *R. v. Shonias* (1974), 21 C.C.C. (2d) 301; *R. v. Ball* (1957), 25 C.R. 250; *R. v. Washington*, [1951] O.W.N. 129; *R. v. Lillyman*, [1896] 2 Q.B. 167; *R. v. Osborne*, [1905] 1 K.B. 551; *Thomas c. La Reine*, [1952] 2 R.C.S. 344; *R. v. Megson, Battye, and Ellis* (1840), 9 C. & P. 420, 173 E.R. 893; *R. v. Cummings*, [1948] 1 All E.R. 551; *R. v. Woodworth, Stutt and Giles* (1974), 17 C.C.C. (2d) 509; arrêts mentionnés: *R. v. Guttridge, Fellowes, and Goodwin* (1840), 9 C. & P. 471, 173 E.R. 916; *R. v. Wallwork* (1958), 42 Cr. App. R. 153; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta¹, qui a annulé l'acquittement de l'appelant par le juge Cormack et un jury et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

J. E. Faulkner, pour l'appelant.

Jack Watson et Richard Stelmaczek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Un jury d'Edmonton a acquitté l'appelant d'une accusation de viol. La Cour d'appel de l'Alberta a écarté l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Sur autorisation de cette Cour, l'accusé se pourvoit à l'encontre de cette décision de la Cour d'appel.

Ce pourvoi soulève trois questions. Il ne m'est pas nécessaire de relater tous les faits du viol allégué, mais seulement les événements qui l'ont immédiatement suivi, puisque toutes les questions ont trait à la preuve de la plainte spontanée. Ces questions sont les suivantes: (1) la définition du concept de «plainte spontanée»; (2) comment on en fait la preuve; (3) le rôle que doit remplir le juge du procès à l'occasion du voir dire sur ce genre de preuve.

Au procès, lors de son interrogatoire en chef, Catherine, la plaignante, a déposé que Larry, l'appelant, avec qui elle était allée à une réception, l'avait violée et puis reconduite chez sa sœur Vivian. Pendant le voir dire tenu pour déterminer

¹ (1980), 52 C.C.C. (2d) 65, 20 A.R. 328; [1980] 3 W.W.R. 709.

¹ (1980), 52 C.C.C. (2d) 65, 20 A.R. 328; [1980] 3 W.W.R. 709.

entered into in order to determine the admissibility of an alleged early complaint, Catherine said that upon entering the house, she told her sister Vivian: "Larry hurt me." On cross-examination there was the following exchange:

Q. Well, you never told her Larry raped me, did you?

A. No, I didn't.

Q. You never said that?

A. Not that I can remember.

Q. But you never told at any time in this—say up to the point that Darlene came in, you never told Vivian that you had been raped?

A. No, not that I can remember. [Emphasis added.]

When Vivian was heard as a witness she related the conversation as follows:

Q. Okay. Now this is very important. What were the—as far as you remember, what were the exact words she used on this second occasion after Gerald left, to you? What were her, as best as you can remember, her exact words?

A. Well, she just said that Larry had raped her.

Q. I see. Did she use that word, rape?

A. Yes.

The trial judge ruled that Vivian when testifying before the jury could not "give evidence as to any mention of rape to her by the complainant"; he also ruled that what Catherine had said did not amount to a "complaint"; nevertheless, he allowed her to testify before the jury that she had told her sister, "Larry hurt me."

The Court of Appeal was of the view that the trial judge "erred in not leaving the sister's evidence as to what Catherine said to her to the Jury". This finding was because that Court was of the opinion "that the existence of a recent complaint may be given by the evidence of persons other than the complainant herself".

Appellant argues before this Court that the Court of Appeal erred in so finding. Appellant further argues that, in any event, even if the trial

l'admissibilité de la présumée plainte spontanée, Catherine a déclaré que, dès qu'elle est entrée chez sa sœur Vivian, elle lui a dit: [TRADUCTION] «Larry m'a blessée.» En contre-interrogatoire, elle a répondu ceci:

[TRADUCTION] Q. Bon, vous ne lui avez jamais dit: «Larry m'a violée» n'est-ce pas?

R. Non, je ne l'ai pas dit.

Q. Vous ne l'avez jamais dit?

R. Non, pas que je me souviene.

Q. Mais vous n'avez jamais dit en aucun temps dans cet—disons jusqu'au moment où Darlene est entrée, vous n'avez jamais dit à Vivian que vous aviez été violée?

R. Non, pas que je me souviene. [C'est moi qui souligne.]

Quand Vivian a témoigné, elle a rapporté la conversation de la façon suivante:

[TRADUCTION] Q. O.K. Maintenant ceci est très important. Quels sont les—pour autant que vous vous rappelez—quels mots exacts a-t-elle employés cette seconde fois, après le départ de Gérard? Quelles sont ses, au meilleur de votre mémoire, ses paroles exactes?

R. Bon, elle a simplement dit que Larry l'avait violée.

Q. Je vois. A-t-elle employé ce mot: violée?

R. Oui.

Le juge du procès a statué que dans son témoignage en présence du jury, Vivian ne pourrait [TRADUCTION] «témoigner d'aucune mention de viol que la plaignante lui aurait faite». Il a aussi décidé que ce que Catherine avait dit n'équivalait pas à une plainte; il lui a néanmoins permis de déposer en présence du jury qu'elle avait déclaré à sa sœur: «Larry m'a blessée.»

La Cour d'appel a été d'avis que le juge du procès avait [TRADUCTION] «commis une erreur en ne soumettant pas au jury le témoignage de sa sœur sur ce que Catherine lui avait déclaré». La Cour est arrivée à cette conclusion parce qu'elle a jugé [TRADUCTION] «que la relation d'une plainte spontanée peut être faite par le témoignage d'une personne autre que la plaignante elle-même».

L'appelant soutient, en cette Cour, que la Cour d'appel a commis une erreur en arrivant à cette conclusion. L'appelant soutient en outre que, de

judge was wrong, that error should not have resulted in the setting aside of the acquittal as it was not one of law but at best one of mixed fact and law. Those are appellant's two grounds of appeal.

Let me say at once that I find no merit in the second ground of appeal.

When ruling on the admissibility of the alleged complaint, the trial judge said the following:

THE COURT: I am satisfied that there was a complaint—or, I'm satisfied that if there was a complaint it was made at the earliest opportunity, but I'm not satisfied that a complaint was made. There is all through this a curious reluctance on the part of the complainant to talk about the experience. Now she herself says—she was questioned very closely on it, whether she had mentioned that Larry had raped her. She said she didn't say anything, and she said Vivian didn't say anything. But she presumed that Vivian knew from the look on her—knew from staring at her, and then went to get Darlene Brown. Then after she said that, she summed up her testimony by saying that she didn't remember much of what she said to Vivian.

Now if indeed she had admitted to Vivian that she had been raped, if there was some sense of delicacy that made her reluctant to talk about rape, she would have gotten rid of that reluctance once the story was out, so to speak, to Vivian. But then she gets up to the hospital and Dr. Morris—was it Morris?

MR. STELMACZONEK: Yes.

THE COURT: He finds that same reluctance in her to talk about rape. Now any inhibitions [*sic*] she had about speaking of the rape must have been removed when she told, if she did, when she told Vivian she had been raped and Darlene Brown came over having had the previous regrettable experience in that same matter—in that same type of crime, and so that it's quite apparent to me that she was not talking about rape. If Vivian, Darlene Brown arrived at the conclusion that she had been raped, that's another thing. But there was no complaint, in my opinion, made to Vivian of rape. The only complaint she made was that Larry hurt her and this is not sufficient to establish that there was a recent complaint of the rape.

toute façon, si le juge du procès s'est trompé, cette erreur n'aurait pas dû entraîner l'annulation de son acquittement puisqu'elle ne portait pas sur une question de droit mais tout au plus sur une question mixte de fait et de droit. Ce sont là les deux motifs d'appel de l'appelant.

Qu'il me soit permis de dire tout de suite que je considère le second motif d'appel non fondé.

En rendant sa décision sur l'admissibilité de la plainte alléguée, le juge du procès s'est exprimé comme ceci:

[TRANSDUCTION] LA COUR: Je suis convaincu qu'il y a eu plainte—plutôt, je suis convaincu que s'il y a eu plainte, elle a été faite à la première occasion, mais je ne suis pas convaincu qu'il y a eu plainte. Il y a dans tout ceci une réticence étrange de la part de la plaignante à parler de l'incident. De plus, elle dit elle-même—elle a subi un interrogatoire très serré sur le sujet, à savoir si elle a mentionné que Larry l'avait violée. Elle a affirmé n'avoir rien dit et elle a affirmé que Vivian n'a rien dit. Mais elle a supposé que Vivian savait à la regarder—savait à la fixer et elle est ensuite allée chercher Darlene Brown. Ensuite après avoir fait cette déclaration, elle a résumé son témoignage en disant qu'elle ne se rappelait pas beaucoup ce qu'elle avait dit à Vivian.

Maintenant, si elle avait effectivement admis à Vivian avoir été violée, s'il y avait une certaine forme de pudeur qui la rendait réticente à parler de viol, elle aurait dû être délivrée de cette réticence après que Vivian eut, si l'on peut dire, connu l'histoire. Elle se rend ensuite à l'hôpital et le Dr Morris—était-ce bien Morris?

M^e STELMACZONEK: Oui.

LA COUR: Il constate chez elle la même réticence à parler de viol. Or, toute inhibition qu'elle avait à parler du viol aurait dû être écartée une fois qu'elle eut dit, si elle l'a fait, qu'elle eut dit à Vivian qu'elle avait été violée et que Darlene Brown fut arrivée parce que cette dernière ayant eu une expérience antérieure regrettable du même ordre—du même genre de crime, il me semble donc tout à fait évident qu'elle ne parlait pas de viol. Si Vivian, Darlene Brown ont conclu qu'elle avait été violée, c'est autre chose. Il n'y a pas cependant eu plainte, à mon avis, de viol faite à Vivian. La seule plainte qu'elle a faite est que Larry l'avait blessée et cela ne suffit pas pour prouver une plainte spontanée de viol.

Now gentlemen, this was evidence heard on a Voir Dire, and it's not admissible. It may not be brought before the jury to establish a recent complaint of rape.

A careful reading of the judge's remarks reveals that he considered what Vivian said Catherine had told her as relevant in order for him to determine whether there was or was not a "complaint" made by Catherine. It is not unreasonable to assume that had he preferred Vivian's version of what Catherine had said, he would have ruled that Catherine had in fact made a "complaint". It is here unnecessary speculation to try to wonder what evidence would then have been left to the jury; if both versions, one could assume that the jury would then have been invited to weigh the evidence anew. But he made a finding of fact, *i.e.*, that what Catherine did say to her sister was, in his opinion, that which she testified to, and then considered that what she said could not be a "complaint". The findings of law made by the judge in order to make that finding of fact were that it is the proper function of a judge on a *voir dire* to:

- (a) weigh the evidence and determine what was said by the alleged victim;
- (b) then determine whether what was said was a complaint that the jury could then consider and give weight to.

The Court of Appeal was of the view, at least this is my understanding of what that Court is saying, that if a judge on a *voir dire* has evidence before him which, if believed by the jury, would in law constitute a complaint, he must leave it to the jurors to determine what was in fact said and instruct them as to what effect may be given to that evidence. That was a question of law on which the Court of Appeal could properly entertain an appeal by the Crown. Indeed, even though Vivian's evidence was excluded as the result of a finding of fact, the judge's entry upon such an enquiry (preferring Catherine's evidence to that of her sister) was predicated on his assuming, wrongfully in the

Maintenant messieurs, c'était une preuve de voir dire et elle n'est pas recevable. Elle ne peut être soumise au jury pour prouver une plainte spontanée de viol.

Une lecture attentive des propos du juge révèle qu'il a estimé que le témoignage de Vivian sur ce que Catherine lui avait dit était pertinent pour lui permettre de juger si Catherine avait ou non fait une «plainte». Il n'est pas déraisonnable de penser que s'il avait plutôt cru la version de Vivian de ce qu'avait dit Catherine, il aurait conclu que Catherine avait effectivement fait une «plainte». Il est inutile de faire des hypothèses et d'essayer de deviner quels témoignages il aurait alors soumis à l'appréciation du jury; s'il s'était agi des deux versions, on peut supposer qu'il aurait invité le jury à réévaluer la force probante de chacune d'elles. Il a plutôt tiré une conclusion de fait, c.-à-d. que ce que Catherine avait effectivement dit à sa sœur était, selon lui, ce qu'elle avait déclaré avoir dit dans son témoignage et il a alors jugé que ce qu'elle avait dit ne pouvait pas constituer une «plainte». Les conclusions de droit auxquelles le juge est arrivé pour tirer cette conclusion de fait sont qu'il fait partie du rôle du juge à l'occasion d'un voir dire:

- a) d'apprécier les témoignages et déterminer ce qui a été dit par la personne qui se prétend victime;
- b) de juger ensuite si ce qui a été dit constitue une plainte que le jury peut prendre en considération et à laquelle le jury peut accorder une valeur probante.

La Cour d'appel a été d'avis, du moins c'est ainsi que j'interprète ce qu'elle a dit, que si, à l'occasion d'un voir dire, on a présenté au juge des témoignages qui en droit révéleraient une plainte si le jury y ajoutait foi, le juge doit laisser aux jurés le soin de déterminer ce qui a effectivement été dit et leur donner des directives sur la portée que peuvent avoir ces témoignages. C'était là une question de droit qui autorisait la Cour d'appel à entendre un appel présenté par Sa Majesté. En effet, bien que le témoignage de Vivian ait été écarté par suite d'une conclusion de fait, la décision du juge de trancher cette question de fait (préférant le témoignage de Catherine à celui de

opinion of the Court of Appeal, he had the right to do so. Appellant's second ground, namely, that the ruling was not one of law, is therefore of no support to his appeal.

As regards the first ground, appellant's first and main proposition in his factum is as follows:

... it is submitted, evidence of complaint may be admissible notwithstanding discrepancies between the version of the complaint as testified to by the victim and as testified to by the recipient of the complaint, but provided both versions of the complaint are as to a sexual assault. This is precisely what was held in *R. v. Kenshol* (1978) 43 CCC (2d) 316 (Ont. Co. Ct.).

This proposition raises all three issues.

FIRST ISSUE: What is a complaint?

The case law as regards early complaint evidence (see amongst others *R. v. Cook*²; *R. v. Belliveau*³; *R. v. Waddell*⁴; *R. v. Shonias*⁵; *R. v. Ball*⁶; *R. v. Washington*⁷) amply shows that there exists in this area of the law great uncertainty, at least as to some aspects of that evidence. There is disagreement as to the nature of the complaint that may be put to the jury and by whose testimony; also as to the proper function of a judge holding a *voir dire* to determine the admissibility of early complaint evidence. Much of this disagreement and uncertainty is, in my opinion, the result of our considering the admissibility of such evidence as an exception to a general exclusionary rule, whilst what is in fact exceptional is the granting of special probative value to the silence of an alleged victim of a sexual offence. Most scholars and many a judge have in the past explained the historical origins of the rule and attempted, with relative success as far as I am concerned, to rationalize the singling out of that group of victims' complaints as being exceptionally admissible.

² (1979), 9 C.R. (3d) 85.

³ (1978), 41 C.C.C. (2d) 52.

⁴ (1975), 28 C.C.C. (2d) 315.

⁵ (1974), 21 C.C.C. (2d) 301.

⁶ (1957), 25 C.R. 250.

⁷ [1951] O.W.N. 129.

sa sœur) découlait de l'opinion qu'il s'était faite, à tort selon la Cour d'appel, qu'il avait le droit d'en décider. Le second moyen de l'appellant, savoir que la décision ne porte pas sur une question de droit, ne saurait donc réussir.

Pour ce qui a trait au premier moyen, la première et principale proposition de l'appellant, dans son factum, est énoncée ainsi:

[TRADUCTION] ... nous soumettons que la preuve d'une plainte peut être recevable, malgré les divergences entre la version de la plainte donnée par la victime et celle donnée par la personne qui a reçu la plainte, pourvu cependant que les deux versions de la plainte portent sur un crime sexuel. C'est précisément ce qui a été décidé dans *R. v. Kenshol* (1978), 43 C.C.C. (2d) 316 (Cour de comté, Ont.).

Cette proposition soulève les trois questions.

PREMIÈRE QUESTION: Qu'est-ce qu'une plainte?

La jurisprudence relative à la preuve de plainte spontanée (entre autres *R. v. Cook*²; *R. v. Belliveau*³; *R. v. Waddell*⁴; *R. v. Shonias*⁵; *R. v. Ball*⁶; *R. v. Washington*⁷) laisse amplement voir qu'il y a beaucoup d'incertitude dans ce domaine du droit, du moins quant à certains aspects de cette preuve. Il y a divergence de vues sur la nature de la plainte qui peut être soumise au jury et sur la question de savoir qui peut l'apporter en preuve par son témoignage. Il y a aussi divergence de vues sur le rôle exact du juge, à l'occasion d'un *voir dire*, dans la détermination de la recevabilité d'une preuve de plainte spontanée. Une bonne partie de ces divergences et de cette incertitude résulte, à mon avis, de ce que nous considérons la recevabilité d'une telle preuve comme une exception à une règle générale d'exclusion, alors que ce qui est exceptionnel c'est l'attribution d'une valeur probante spéciale au silence de la personne qui se dit victime d'une infraction sexuelle. La plupart des auteurs et de nombreux juges ont, par le passé, expliqué les origines historiques de la règle; ils ont tenté, sans

² (1979), 9 C.R. (3d) 85.

³ (1978), 41 C.C.C. (2d) 52.

⁴ (1975), 28 C.C.C. (2d) 315.

⁵ (1974), 21 C.C.C. (2d) 301.

⁶ (1957), 25 C.R. 250.

⁷ [1951] O.W.N. 129.

There are today suggestions (see amongst others the *Eleventh Report* by the *Criminal Law Revision Committee* of England and Wales and comments by Schiff, in vol. 1 of *Evidence in the Litigation Process*, at pp. 574 *et seq.*), that the need for the rule is doubtful and should be reconsidered. We have not been invited by the parties to do so, but I should like to add here that, given the proper opportunity, we should seriously reconsider the soundness of some of the assumptions that are made in order to justify the rule; furthermore, some of those assumptions are even more difficult to accept since the extension of the rule to victims of both sexes and to all sexual offences, including those where consent is not in issue (*cf. R. v. Lillyman*⁸ and *R. v. Osborne*⁹).*

That the trier of fact may be apprised of complaints made by the alleged victim of a sexual offence is an exception to the rule at common law that a witness' testimony-in-chief may not be buttressed by the party calling her by proving that she has made a prior consistent statement (by asking her or otherwise).

That exception was recognized as necessary to negate the adverse effect the alleged victim's silence might have on her credibility when relating the circumstances of the offence and, if essential to the commission of the offence or simply averred by the victim, the victim's credibility when asserting absence of consent. (*R. v. Lillyman, supra*; *R. v. Osborne, supra*; *Thomas v. The Queen*¹⁰, at p. 355). That possible adverse effect is predicated upon the assumption that the true victim of a sexual offence will, under normal circumstances, complain at the first reasonable opportunity. Early complaint evidence seeks to negate the inference

grand succès quant à moi, de rationaliser le fait qu'on traite de façon particulière les plaintes de ce groupe de victimes en en permettant exceptionnellement la recevabilité. Aujourd'hui, certains soutiennent (voir entre autres le *Onzième rapport* du *Criminal Law Revision Committee* pour l'Angleterre et le pays de Galles et les commentaires de Schiff dans le t. 1 de *Evidence in the Litigation Process*, aux pp. 574 et suiv.), qu'il est douteux que la règle soit nécessaire et qu'il faudrait reconsidérer cette question. Les parties ne nous ont pas suggéré de le faire, mais je veux ajouter que, si l'occasion propice se présente, nous devrions reconsidérer le bien-fondé de certains des postulats mis de l'avant pour justifier la règle; et ce d'autant plus que certains de ces postulats sont encore plus difficiles à accepter depuis que la règle a été étendue aux victimes des deux sexes et à toutes les infractions sexuelles, y compris celles où le consentement n'est pas en litige (*cf. R. v. Lillyman*⁸ et *R. v. Osborne*⁹).*

La possibilité de saisir le juge des faits de plaintes faites par la personne qui se dit victime d'une infraction sexuelle est une exception à la règle de *common law* qui interdit à la partie qui fait entendre un témoin d'étayer le témoignage en chef de ce témoin en prouvant qu'il a fait une déclaration antérieure au même effet (en lui posant des questions ou autrement).

Cette exception a été jugée nécessaire pour annuler l'effet négatif que le silence de la personne qui se dit victime pourrait avoir sur sa crédibilité quand elle relate les circonstances de l'infraction ou quand elle soutient qu'il n'y a pas eu consentement, que cet élément soit essentiel à la commission de l'infraction ou simplement affirmé par la victime. (*R. v. Lillyman, précité*; *R. v. Osborne, précité*; *Thomas c. La Reine*¹⁰, à la p. 355). Cet effet négatif possible repose sur le postulat que, dans des circonstances normales, la véritable victime d'une infraction sexuelle se plaindra à la première occasion raisonnable. La preuve de la

⁸ [1896] 2 Q.B. 167.

⁹ [1905] 1 K.B. 551.

¹⁰ [1952] 2 S.C.R. 344.

* As we are in a rape case, I will refer to victims of sexual offences in the feminine.

⁸ [1896] 2 Q.B. 167.

⁹ [1905] 1 K.B. 551.

¹⁰ [1952] 2 R.C.S. 344.

* Puisqu'il s'agit d'une cause de viol, je parlerai des victimes d'infractions sexuelles au féminin.

that could otherwise be drawn from the victim's silence as a result of that assumption.

This negation being the purpose and that assumption being the justification of the exception to the general rule, one can then logically conclude that the exception should operate whenever the victim's silence might have, given the nature of the offence and the circumstances of that particular case, an adverse effect on her credibility, and if the victim's complaint is of such a nature and was made under such circumstances as to be of some probative value in rebutting that adverse effect. Though the rule was extended to all types of sexual offences and to both sexes, an indiscriminate recognition of the assumption does not appear to have been questioned and any victim's silence is of relevance as regards her credibility. Be that as it may, this case is one of rape where consent is in issue, and we therefore need not consider whether the relevancy of a victim's silence, and as a corollary that of a victim's departure from same, can ever be in question, for it undoubtedly will always be relevant in this type of case.

What then is to be determined on a *voir dire* in a *rape* case is whether there was a complaint that is of such a nature and made under such circumstances as to be of some probative value in negating beforehand in some way the adverse effect the victim's silence would have on her credibility as a result of that assumption.

The precise purpose for admitting such evidence, while limiting its use (it is not proof of the facts nor is it corroboration evidence), in turn suggests, in my opinion, a wide definition of what is to be considered a complaint. In my view, any statement made by the alleged victim, which is of some probative value in negating the adverse conclusions the jury might be invited to make and could draw as regards her credibility had she remained silent, is to be considered a complaint. It will have the effect of negating that adverse con-

plainte spontanée cherche à contredire la conclusion qui, en raison de ce postulat, pourrait être autrement tirée du silence de la victime.

L'annulation de cet effet étant le but de l'exception à la règle générale et le postulat étant la justification de cette dérogation, on peut alors logiquement conclure que l'exception devrait s'appliquer chaque fois que le silence de la victime pourrait avoir, à cause de la nature de l'infraction et des circonstances propres à l'espèce, un effet négatif sur sa crédibilité et si la plainte de la victime est d'une nature telle et a été faite dans des circonstances telles qu'elle ait une valeur probante susceptible de repousser cet effet négatif. Bien que la règle ait été étendue à tous les genres d'infractions sexuelles et aux deux sexes, on ne semble pas avoir mis en doute l'acceptation sans nuances du postulat de sorte que le silence de n'importe quelle victime est pertinent quant à sa crédibilité. Quoi qu'il en soit, il s'agit en l'espèce d'une cause de viol où le consentement est en litige. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la pertinence du silence de la victime et, comme corollaire, la pertinence du fait qu'elle l'a rompu, peuvent être remises en question puisque, sans aucun doute, son silence sera toujours pertinent dans ce genre d'affaire.

Ce qu'il faut donc déterminer à l'occasion d'un *voir dire* dans une cause de *viol*, c'est s'il y a une plainte d'une nature telle et faite dans des circonstances telles qu'elle ait une valeur probante qui, d'une façon quelconque, tende à annuler par anticipation l'effet négatif que, comme conséquence du postulat, le silence de la victime aurait sur sa crédibilité.

L'objectif même de la recevabilité d'une telle preuve, avec des restrictions quant à sa portée (elle ne prouve pas le contenu de la plainte et ne peut servir de corroboration) me paraît suggérer une définition large de ce qu'on doit considérer comme étant une plainte. A mon avis, doit être considérée comme une plainte la déclaration d'une prétendue victime dès qu'elle a quelque valeur probante pour écarter la conclusion défavorable que le jury pourrait être invité à tirer et qu'il pourrait tirer sur la crédibilité de la victime si elle avait gardé le

clusion if it is in some way supportive of the victim's credibility by showing consistency between the victim's conduct after the alleged ravishment and the victim's narration of same as a witness.

Because it is supportive of the witness' testimony to the effect that she was the victim of a sexual crime, we refer to it as being a "sexual complaint" or "a complaint of rape . . ." This is not to say however, as some courts have held, that it must be a complaint that directly alleges a sexual attack; I think it sufficient that the early statement made by the alleged victim be in some way useful to the trier of fact in restricting, if not wholly negating, the adverse effect total silence would have had on the victim's credibility.

The *all or nothing approach*, that is letting in only complaints that refer to a sexual assault, is hard to reconcile with the very purpose of the rule, the rebuttal of the inference that silence suggests as a result of the assumption. If silence, given the nature and circumstances of the case considered, is to be of some probative value adverse to the victim, then, subject to the other requirements of the rule and of the other rules of evidence, any departure from silence is relevant and admissible. It will either help the Crown or the defence, but will always, in such a case, serve the jury in weighing the victim's credibility. Furthermore, not only is the *all or nothing approach* lacking in logic, it creates insurmountable problems when applied as a rule. Indeed, assuming the victim did speak out (e.g., as in this case, "Larry hurt me"), having precluded the jury from knowing that the victim did not stay mute and from what she said, is the judge then to let the jurors infer adversely to the victim to the same extent as total silence would permit? This query appears to have been present in the trial judge's mind. Indeed, though he found that the statement made by Catherine ("Larry hurt me") was not a complaint of rape, he nevertheless left those words to the jury; one may assume that he felt that they were in some way relevant in assessing her credibility. I am of the view that he was right in admitting Catherine's

silence. Elle aura pour effet d'écarter cette conclusion défavorable si elle appuie de quelque manière la crédibilité de la victime en démontrant de la compatibilité entre la conduite de la victime après le présumé viol et la narration qu'elle en fait comme témoin.

Parce que la plainte appuie la déposition du témoin qu'elle a été victime d'un crime sexuel, on l'appelle «plainte de crime sexuel» ou «plainte de viol . . .» Cela ne signifie pas cependant, comme certaines cours l'ont jugé, qu'il faut que ce soit une plainte qui fasse explicitement état d'un attentat sexuel; selon moi, il suffit que la plainte spontanée faite par la personne qui se dit victime soit utile d'une manière ou d'une autre au juge des faits pour atténuer, sinon pour écarter complètement, l'effet défavorable que le silence total de la victime aurait eu sur sa crédibilité.

La *solution du tout ou rien*, soit de n'admettre que les plaintes qui font état d'un attentat sexuel, est difficile à concilier avec l'objet même de la règle, à savoir écarter la conclusion défavorable que le silence suggère en vertu du postulat. Si, à cause de la nature du cas et de ses circonstances, le silence a une certaine valeur probante défavorable à la victime, alors, sous réserve des autres conditions attachées à la règle et des autres règles de preuve, toute autre attitude que le silence est pertinente et recevable. Elle sera utile soit à la poursuite soit à la défense, mais dans tous les cas, elle aidera le jury à évaluer la crédibilité de la victime. Non seulement la *solution du tout ou rien* pèche contre la logique mais elle crée des obstacles insurmontables quand on l'applique comme règle. En effet, si la victime a fait une déclaration (par exemple en l'espèce: «Larry m'a blessée»), le juge doit-il, après avoir empêché le jury de savoir qu'elle n'est pas restée muette et de prendre connaissance de sa déclaration, laisser le jury tirer, à l'égard de la victime, la même conclusion défavorable qu'aurait justifiée son silence absolu? Cette question semble d'ailleurs avoir été présente à l'esprit du juge qui présidait le procès. En effet, après avoir conclu que la déclaration faite par Catherine («Larry m'a blessée») ne constituait pas une plainte de viol, il a quand même permis au jury d'entendre ces paroles. On peut supposer qu'il

evidence as to what she said she told her sister, for it was, though the trial judge did not think so, evidence of a complaint as that is contemplated by the exception to the rule.

However, with respect, I cannot agree that he should have excluded Vivian's evidence; and this leads me to the second issue raised by the appeal.

SECOND ISSUE: How may proof of a complaint be made?

Given the aforementioned definition of "a complaint", it is clear that Vivian's version of Catherine's words would, and this would be so even if by definition complaints were restricted to express "sexual complaints", constitute a complaint. Whatever may have been the judge's reasons for setting aside Vivian's testimony of what her sister had told her, appellant supports that decision by inviting us to adopt the proposition that

- (1) the victim must testify as to the complaint;
- (2) the victim's version of the complaint must be as to a sexual assault;
- (3) if the two previous conditions are not met, the recipient of the complaint cannot testify.

In support of this proposition, appellant asks us to consider the reasoning in *R. v. Cook, supra*. The complainant in that case had not testified at all. The complainant's mother was heard and she was allowed to relate as a recent complaint what her child had told her. Brooke J.A., of the Court of Appeal for Ontario, was of the view (Houlden and Thorson J.J.A., concurring) that (at p. 86):

In our view, the evidence of the complainant's mother as to what was said to her by her child was inadmissible as a recent complaint. In such circumstances as these, where the complainant either does not give evidence or, in the alternative, gives evidence but testifies that he has no recollection of the alleged sexual misconduct, the

a estimé qu'elles étaient de quelque manière pertinentes à l'évaluation de sa crédibilité. Je suis d'avis qu'on a eu raison de recevoir le témoignage de Catherine sur ce qu'elle avait dit à sa sœur, parce que cela constituait, même si le juge du procès a conclu le contraire, une preuve d'une plainte comme celle que prévoit l'exception à la règle.

Avec égards cependant, je ne puis accepter qu'il ait dû écarter le témoignage de Vivian. Ceci m'amène à la deuxième question soulevée par ce pourvoi.

DEUXIÈME QUESTION: Comment peut-on faire la preuve d'une plainte?

Etant donné la définition donnée ci-dessus d'une «plainte», il est manifeste que la version rapportée par Vivian des paroles de Catherine en est une; il en serait ainsi d'ailleurs même si le concept de plainte devait être restreint aux «plaintes de crime sexuel» formelles. Quels qu'aient été les motifs du juge d'écarter le témoignage de Vivian au sujet de ce que sa sœur lui avait dit, l'appelant soutient cette décision en nous invitant à confirmer que:

- (1) la victime doit témoigner au sujet de la plainte;
- (2) la version de la victime doit faire état d'un attentat sexuel;
- (3) si les deux conditions précédentes ne sont pas remplies, la personne qui a reçu la plainte ne peut pas témoigner.

Au soutien de ces énoncés, l'appelant nous soumet le raisonnement que l'on trouve dans l'arrêt *R. v. Cook*, précité. Dans cette affaire, le plaignant n'avait pas déposé du tout. La mère du plaignant a témoigné et on lui a permis de rapporter, à titre de plainte spontanée, ce que son enfant lui avait dit. Le juge Brooke, de la Cour d'appel de l'Ontario, a exprimé l'opinion suivante (à laquelle ont souscrit les juges Houlden et Thorson) (à la p. 86):

[TRADUCTION] A notre avis, le témoignage de la mère du plaignant à propos de ce que son enfant lui avait dit est irrecevable comme plainte spontanée. Lorsque, en des circonstances comme celles de l'espèce, le plaignant ne témoigne pas ou, s'il témoigne, déclare qu'il ne se souvient pas du méfait sexuel allégué, la question

issue of recent complaint does not arise and the purpose for which the evidence would otherwise be admissible does not exist. In the early case of *R. v. Guttridges* (1840), 9 Car. & P. 471 at 472, 173 E.R. 916, Parke B. said that in such cases:

"I think the safest course will be to reject the evidence, as it is not part of the *res gestae*, but merely confirmatory evidence."

Recently, in Phipson on Evidence, 12th ed. (1976), the learned author states at p. 142, para. 355:

"Thus if the alleged victim of indecent assault is unable to give any evidence of it, evidence by another witness of a complaint made to her by the alleged victim shortly after the incident becomes inadmissible."

My reading of the *R. v. Guttridges, Fellowes, and Goodwin* case is that it is authority only for the proposition that if the alleged victim has not testified to having been the victim of a sexual offence there is then no credibility to support by proof of an early complaint and no evidence by the recipient of such a complaint is therefore admissible.

The same applies, I suggest, to that passage of Phipson's 12th edition referred to by the Court of Appeal for Ontario. The words "evidence of it" refer to the "indecent assault" and do not say more than that the declarant must have testified to her having been the victim of the offence.

This appears to be further borne out by Phipson's reference to *Wallwork*¹¹. In that case, a female child of five years of age who was called as an unsworn witness could not recall anything. As a result, there was no evidence by her of the alleged incest. Her grandmother's narration of what the young girl told her was received in evidence as an early complaint. Goddard L.C.J. (Donovan and Havers JJ., concurring) ruled that evidence inadmissible in the following terms (at pp. 161-62):

The child had given no evidence because when the poor little thing was put into the witness-box, she said nothing and could not remember anything. The learned judge had expressly told the jury to disregard her evi-

de la plainte spontanée ne se pose pas et l'objet pour lequel cette preuve serait autrement recevable n'existe pas. Dans l'arrêt *R. v. Guttridges* (1840), 9 Car. & P. 471, à la p. 472, 173 E. R. 916, le juge Parke dit que dans ces cas:

«Je crois que l'attitude la plus prudente est d'écarter le témoignage puisqu'il ne fait pas partie des *res gestae*, mais constitue simplement une preuve de confirmation.»

Récemment dans Phipson On Evidence, 12^e éd. (1976), le savant auteur dit à la p. 142, par. 355:

«Donc si la personne qui se dit victime d'un attentat à la pudeur est incapable d'en témoigner, la preuve, par un autre témoin, de la plainte spontanée que lui a faite la prétendue victime peu après l'incident devient irrecevable.»

Selon moi, l'arrêt *R. v. Guttridges, Fellowes, and Goodwin* permet seulement de soutenir que, si la prétendue victime n'a pas témoigné du fait qu'elle a été victime d'une infraction sexuelle, il n'y a pas de crédibilité à étayer par la preuve d'une plainte spontanée de sorte qu'aucun témoignage de la personne qui aurait reçu une telle plainte n'est recevable.

Il en est de même, d'après moi, pour le passage de Phipson, 12^e édition, cité par la Cour d'appel de l'Ontario. Les mots «d'en témoigner» renvoient à «attentat à la pudeur» et n'affirment rien d'autre que le fait que la déclarante doit avoir témoigné qu'elle a été victime du crime.

Cette interprétation découle également de la référence que fait Phipson à l'affaire *Wallwork*¹¹. Dans cette affaire, une fillette de cinq ans qui avait déposé sans être assermentée ne se souvenait de rien. En conséquence, il n'y avait aucune preuve de sa part de l'inceste allégué. On a reçu en preuve, à titre de plainte spontanée, la narration faite par la grand-mère de l'enfant, du récit que l'enfant lui avait fait. Le lord juge en chef Goddard (avec le concours des juges Donovan et Havers) a déclaré cette preuve irrecevable dans le passage suivant (aux pp. 161 et 162):

[TRADUCTION] L'enfant n'a pas fourni de preuve parce que, lorsque la pauvre petite a été amenée à la barre, elle n'a rien dit et n'a pu rien se rappeler. Le savant juge du procès a expressément indiqué au jury d'ignorer son

¹¹ (1958), 42 Cr. App. R. 153.

¹¹ (1958), 42 Cr. App. R. 153.

dence altogether. Therefore, there was no evidence given by her with regard to which it was necessary to say what she had said to her grandmother was consistent; nor could there be any question of the identity of the prisoner or any question of consent. [The underlining is mine.]

Again it seems clear that what is relevant is the consistency between her conduct (as distinct from her version of her conduct) shortly after the occurrence and her version of the nature of that occurrence, and this case cannot support the proposition that this consistency is relevant only if first advanced by her in the witness stand.

Appellant further relies on the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Shonias*, *supra*. In that case, a fourteen-year-old girl, alleging rape, testified in the course of a *voir dire* and said that she had told her foster-mother that she had been "beaten up" and that if she did not say more it was because she "didn't feel like talking". The trial judge ruled that such a statement was not a complaint that related to a sexual offence and, as a result, she was not asked by the Crown in the presence of the jury to relate what she had told her foster-mother.

However, defence counsel knew that the judge intended to consider as admissible evidence by the foster-mother to the effect that the young girl had told her she had been raped. He, therefore, in the course of cross-examining the young girl, elicited what she had said to her foster-mother. Another *voir dire* was held to determine whether the foster-mother's version of the complaint was admissible, and that version was ruled admissible and considered by the judge as being capable of forming a complaint by the daughter. Dubin J.A., of the Court of Appeal for Ontario (Martin J.A., concurring), after noting that it was unfortunate that the trial judge had not been apprised of that Court's decision in *R. v. Washington*, *supra*, said (at p. 305):

In view of the judgment of this Court in the *Washington* case, the learned trial Judge, having ruled that what the complainant said did not constitute a complaint,

témoignage complètement. En conséquence, il n'y avait pas de témoignage fourni par elle dont il était nécessaire de dire qu'il était compatible avec ce qu'elle avait dit à sa grand-mère; ni l'identité de l'accusé, ni le consentement ne pouvaient non plus être en cause. [C'est moi qui souligne.]

Encore une fois, il paraît clair que ce qui est pertinent, c'est la compatibilité entre son comportement (à distinguer d'avec sa version de son comportement) peu de temps après l'incident et sa version de la nature de cet incident. On ne peut invoquer cette décision pour affirmer que cette compatibilité n'est pertinente que si la victime l'a d'abord fait valoir à la barre des témoins.

L'appellant invoque de plus l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Shonias*, précité. Dans cette affaire-là, une jeune fille de quatorze ans, qui disait avoir été violée, a témoigné pendant le *voir dire* et affirmé avoir dit à sa mère adoptive qu'elle avait été [TRADUCTION] «battue» et qu'elle n'en avait pas dit plus parce qu'elle [TRADUCTION] «n'avait pas envie de parler». Le juge du procès a statué que cette déclaration ne constituait pas une plainte relative à une infraction sexuelle et, en conséquence, la jeune fille ne fut pas appelée par la poursuite à relater devant le jury ce qu'elle avait dit à sa mère adoptive.

L'avocat de la défense savait cependant que le juge avait l'intention de considérer comme recevable le témoignage de la mère adoptive selon lequel la jeune fille lui avait dit qu'elle avait été violée. Il a donc fait dire à la jeune fille, pendant son contre-interrogatoire, ce qu'elle avait dit à sa mère adoptive. Un autre *voir dire* a eu lieu pour établir si la version de la plainte fournie par la mère adoptive était recevable. Le juge a trouvé cette version recevable et il l'a jugée susceptible de constituer une plainte de la part de la jeune fille. Après avoir noté qu'il était regrettable qu'on n'ait pas porté à la connaissance du juge du procès l'arrêt de la Cour d'appel *R. v. Washington*, précité, le juge Dubin, de la Cour d'appel de l'Ontario (à l'opinion duquel a souscrit le juge Martin), a dit (à la p. 305):

[TRADUCTION] A cause de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Washington*, le savant juge du procès, après avoir décidé que ce que la plaignante avait dit ne

erred in leaving it to the jury that they could find from the evidence of the foster-mother that the complainant had made a complaint that she had been raped by the accused. With respect to the learned trial Judge, he erred in allowing the evidence of the foster-mother as to the alleged complaint to be admitted into evidence and erred in instructing the jury that from that evidence they could find that the complainant had made a complaint. The evidence of the foster-mother is not admissible independently of the issue as to whether the complainant had made a complaint. Its admissibility is dependent on that issue first having been established.

Gale C.J.O., whilst agreeing in the disposition of the case, said (at p. 302):

I should add that I have some reservations about the correctness of the observations made in *R. v. Washington*, [1951] O.W.N. 129, in the passage of that judgment, which appears at p. 131, and referred to by my brother Dubin. However, having regard to the fact that this young man in the ordinary course would soon be released from the sentence imposed upon him by the trial Judge, this does not appear to be the appropriate case in which this Court should reconsider the relevant principles laid down in the *Washington* case.

The *Washington* case is not reported fully and was summarized in the reports. It appears from that summary that a sixteen-year-old girl, alleging an assault with intent to commit rape, when testifying said that she had told her father: "Daddy, Bubbles Washington [the accused] broke in and beat me up." Her father's version of her statement was that she had said: "Bubbles attacked me upstairs in bed." The trial judge ruled both the daughter's and the father's evidence admissible and then told the jury (at pp. 129-30):

"Now, gentlemen, the accused is not charged with merely assaulting and beating the complainant. He is charged with attempted rape. If the complainant did no more than simply say that the accused had beaten her up and assaulted her or that he had broken into the house and beaten her up that evidence so far as the attempted rape is concerned would be inadmissible as hearsay evidence, but if she said what the father says she said then it is admissible. If upon a fair interpretation of the language that she used she could be understood to mean that the accused made an attack upon her

constituait pas une plainte, a commis une erreur en instruisant le jury qu'il pouvait conclure, à partir du témoignage de la mère adoptive, que la plaignante avait fait une plainte selon laquelle elle avait été violée par l'accusé. Avec égards pour le juge du procès, il a commis une erreur en permettant que le témoignage de la mère adoptive, quant à la plainte alléguée, soit reçu en preuve et il a commis une erreur en disant aux jurés qu'à partir de cette preuve, ils pouvaient conclure que la plaignante avait fait une plainte. Le témoignage de la mère adoptive n'est pas recevable indépendamment de la question de savoir si la plaignante a fait une plainte. Sa recevabilité dépend de la solution apportée d'abord à ce premier point.

Le juge en chef Gale, tout en étant du même avis sur la solution de l'affaire, a dit, à la p. 302:

[TRADUCTION] Je devrais ajouter que j'ai des réticences sur la justesse des remarques faites dans *R. v. Washington*, [1951] O.W.N. 129, dans le passage de cet arrêt, à la p. 131, cité par mon collègue le juge Dubin. Toutefois, compte tenu du fait que ce jeune homme devrait normalement être bientôt libéré suite à la sentence que le juge du procès lui a imposée, la présente affaire ne semble pas être l'occasion où il serait opportun que la Cour revise les principes pertinents énoncés dans l'arrêt *Washington*.

L'affaire *Washington* n'est pas publiée au long mais sous forme de résumé, dans les recueils. Il ressort de ce résumé qu'une jeune fille de seize ans, alléguant des voies de fait avec intention de commettre un viol, a déposé qu'elle avait dit à son père: [TRADUCTION] «Papa, Bubbles Washington [l'accusé] est entré par effraction et m'a battue.» La version de son père veut qu'elle ait dit: [TRADUCTION] «Bubbles m'a assailli, à l'étage, dans mon lit.» Le juge du procès a déclaré que le témoignage du père et celui de sa fille étaient recevables et il a alors dit aux jurés (aux pp. 129 et 130):

[TRADUCTION] «Maintenant, messieurs du jury, l'accusé n'est pas seulement inculpé d'avoir assailli et battu la plaignante. Il est inculpé de tentative de viol. Si la plaignante n'a rien fait de plus que dire que l'accusé l'a battue et assailli ou qu'il a pénétré dans la maison par effraction et qu'il l'a battue, ce témoignage, en ce qui concerne l'accusation de tentative de viol, est irrecevable comme étant du oui-dire, mais si elle a dit ce que son père dit qu'elle a dit, alors il est recevable. Si, selon une interprétation raisonnable des termes qu'elle a employés, on peut comprendre qu'elle ait voulu dire que l'accusé

to satisfy his sexual passions that would be admissible. Whose version is correct? The little girl as to what she said or the father of the girl as to what he says she said? If you believe him then what she said amounts to a complaint because obviously, it seems to me, words that deal with the assault upon a woman coupled with her being in bed imply an attack upon her for sexual reasons, but it is for you to say."

In appeal, Laidlaw J.A., (Hope and Gibson JJ.A., concurring) held (at p. 131):

As to the second ground, that the evidence of the so-called complaint was improperly admitted, it was doubtful whether what occurred between this girl and her father could properly be taken as a complaint. According to her own evidence it was not a complaint of a sexual attack on her. The father's evidence conflicted with hers, and his evidence therefore could not be confirmatory, or tend to strengthen the girl's story, within the established rules as to evidence of complaints. The learned trial judge, having ascertained the conflict in the evidence, should have decided that the evidence of this remark to the father could not be corroborative, and should not have admitted it.

The report indicates (at p. 130) that it had been argued by counsel for appellant that such evidence: ... should not have been admitted at all since the father's evidence, if accepted, contradicted that of the complainant, and evidence of a complaint was admissible only as confirmatory, and only after the complainant had herself told her story.

The report also lists the authorities relied upon by appellant in support of that proposition as being the following: *R. v. Guttridges, Fellowes, and Goodwin*¹²; *R. v. Megson, Battye, and Ellis*¹³; *R. v. Lillyman, supra*; *R. v. Christie*¹⁴.

I have already commented on *R. v. Guttridges* as not being supportive of the proposition advanced, and neither is the *Megson* case. In that case the victim of a rape had died and as a result had not testified to the facts material to the commission of the offence. She had however complained to the person with whom she lodged. The

l'a assaillie pour satisfaire ses passions sexuelles, il serait recevable. Quelle version est la bonne? Celle de la petite fille à propos de ce qu'elle a dit ou celle de son père à propos de ce qu'il dit qu'elle a dit? Si vous le croyez, lui, alors ce qu'elle a dit constitue une plainte parce que, manifestement, il me semble, des mots qui parlent de voies de fait sur une femme ajoutés au fait qu'elle soit au lit impliquent un attentat sur sa personne pour des motifs sexuels, mais c'est à vous d'en décider."

En appel, le juge Laidlaw (avec l'accord des juges Hope et Gibson) a conclu (à la p. 131):

[TRADUCTION] Pour ce qui est du second moyen, c'est-à-dire que la preuve de la prétendue plainte a été reçue à tort, il est douteux que l'échange de propos entre le père et sa fille puisse vraiment être considéré comme une plainte. D'après le témoignage de la fille, il ne s'agissait pas d'une plainte d'attentat sexuel sur sa personne. Le témoignage du père contredit celui de la jeune fille; il ne peut donc, selon les règles établies quant à la preuve des plaintes, confirmer ou tendre à renforcer la version de la fille. Le juge du procès, après avoir constaté la contradiction dans les témoignages, aurait dû décider que la preuve de cette remarque au père ne pouvait servir de corroboration et ne devait pas être reçue en preuve.

Le recueil indique (à la p. 130) que l'avocat de la partie appelante a soutenu que cette preuve

[TRADUCTION] ... n'aurait pas dû être reçue du tout puisque le témoignage du père, s'il était cru, contredisait celui de la plaignante et que la preuve d'une plainte n'est recevable qu'en autant qu'elle confirme la version de la plaignante après que celle-ci en a elle-même témoigné.

Le recueil donne aussi la nomenclature de la jurisprudence citée par la partie appelante à l'appui de sa proposition; il s'agit des arrêts suivants: *R. v. Guttridges, Fellowes, and Goodwin*¹²; *R. v. Megson, Battye, and Ellis*¹³; *R. v. Lillyman*, précité; *R. v. Christie*¹⁴.

J'ai déjà signalé que l'arrêt *R. v. Guttridges* ne soutient pas la proposition mise de l'avant; il en est ainsi d'ailleurs de l'arrêt *Megson*. Dans cette dernière affaire, la victime d'un viol était décédée et n'avait, en conséquence, pu témoigner des faits essentiels à la perpétration du crime. Elle avait cependant fait une plainte à la personne avec qui

¹² (1840), 9 C. & P. 471, 173 E.R. 916.

¹³ (1840), 9 C. & P. 420, 173 E.R. 893.

¹⁴ [1914] A.C. 545.

¹² (1840), 9 C. & P. 471, 173 E.R. 916.

¹³ (1840), 9 C. & P. 420, 173 E.R. 893.

¹⁴ [1914] A.C. 545.

prosecution wanted to adduce this evidence as proof of the rape and of the accused's guilt. Rolfe B. dealt with the matter in the following terms (at p. 422 of the report):

There is a wide difference between receiving such statements as confirmatory of a prosecutrix's credibility in a charge of rape, on which she is examined as a witness, and in a case like the present, where the complaint made is to be received as independent evidence. I entertain very great doubts indeed, about the admissibility of such evidence.

and then summing up, said:

I had a strong feeling, that it was not competent to the prosecutor to extract in detail the complaint made by the deceased on her return home. In ordinary cases of rape, where a witness describes the outrage in the witness-box, evidence of her complaint soon after the occurrence of the outrage is properly admissible to shew her credit and the accuracy of her recollection. Here, however, the object was to give in evidence the particulars of the complaint as independent evidence, with a view of shewing who were the persons who committed the offence. [See the case of *Rex v. Gutteridge*, post [p. 471]]. All that could safely be received was, I think, her complaint that a dreadful outrage had been perpetrated upon her.

This is hardly support for the proposition advanced by appellant in the *Washington* case; on the contrary it could even support the admissibility of proof of the fact of a complaint even when the complainant has not testified at all, let alone as to her complaint; as this ruling was made at a time when most courts never permitted more than proof of the fact of the complaint and would not permit the adducing in evidence of the terms of the complaint, it could be argued, now that it is well settled law that the contents of a complaint may be proved (see *R. v. Lillyman*, *supra*; *R. v. Osborne*, *supra*), that this case supports the admission of the contents of a complaint even when the complainant for some reason has not been heard at all. I hasten to add that I would not have followed respondent on such a construction of this decision had respondent taken that position. But that case is surely not support for the appellant's proposition.

elle habitait. La poursuite a voulu soumettre ce témoignage comme preuve du viol et de la culpabilité de l'accusé. Le baron Rolfe a commenté la question dans les termes suivants (à la p. 422 du recueil):

[TRADUCTION] Il y a une grande différence entre recevoir de telles déclarations à titre de confirmation de la crédibilité d'une plaignante à l'occasion d'une accusation de viol, sur laquelle elle est interrogée comme témoin, et une affaire comme la présente où la plainte est reçue comme preuve indépendante. En réalité, j'entretiens des doutes sérieux sur la recevabilité d'une telle preuve.

puis il a résumé en disant:

[TRADUCTION] J'ai eu la forte impression qu'il n'était pas loisible à la poursuite de révéler, dans les détails, la plainte faite par la victime à son retour chez elle. Dans des affaires ordinaires de viol, lorsqu'un témoin décrit l'attentat à la barre, la preuve de sa plainte, faite peu de temps après que l'attentat ne soit survenu, est recevable pour établir la crédibilité du témoin et l'exactitude de ses souvenirs. Ici cependant, le but visé était de fournir la preuve des détails de la plainte en tant que preuve indépendante, dans le dessein d'établir quels sont les auteurs du crime [Voir l'arrêt *Rex v. Gutteridge*, plus loin [p. 471]]. A mon avis, tout ce qui pouvait être reçu sans problème était sa plainte qu'elle avait été la victime d'un attentat horrible.

Cet arrêt soutient difficilement la proposition mise de l'avant par la partie appelante dans l'affaire *Washington*; au contraire il pourrait même soutenir la recevabilité de la preuve du fait qu'il y a eu plainte même quand la plaignante n'a pas déposé du tout, et non pas seulement au sujet de sa plainte. Puisque cette décision date du temps où la plupart des cours ne permettaient jamais de prouver autre chose que l'existence de la plainte et ne permettaient pas d'en mettre en preuve la teneur, on pourrait soutenir, maintenant qu'il est communément admis que la teneur de la plainte peut être mise en preuve (voir *R. v. Lillyman*, précité; *R. v. Osborne*, précité), que cet arrêt favorise la recevabilité de la teneur de la plainte même si, pour une raison quelconque, la plaignante n'a pas été entendue du tout. Je m'empresse d'ajouter que je n'aurais pas accepté une telle interprétation de cet arrêt si l'intimée l'avait proposée. Mais l'arrêt n'appuie certes pas pour autant la proposition de l'appellant.

Likewise of *R. v. Christie, supra*. A five-year-old boy, allegedly the victim of an indecent assault, gave evidence without being sworn. He was not asked about any identification previous to that which he had made of the prisoner in Court. When his mother testified, she was allowed to relate the following statement made by her son to her and a police constable immediately after the incident giving rise to the charge: "That is the old man, mum."

As regards that statement's admissibility, that matter was in no way dealt with "*qua*" a recent complaint. Indeed Lord Atkinson put the question to be dealt with in this way (at p. 552)

The Attorney-General contended that the entire statement of the boy was admissible on each of four separate grounds:—

(1.) As part of the act of identification, or as explanatory of it.

(2.) As a statement made in the presence of the prisoner in circumstances calling for some denial or explanation from him, the truth of which he admitted by his conduct and demeanour.

(3.) As proof of the consistency of the boy's conduct before he was examined with his testimony given at the trial.

(4.) As part of the *res gestae*.

Your Lordships intimated during the course of the argument that you would not consider this third point. It is, therefore, unnecessary to allude to it further. [The underlining is mine.]

Lord Moulton did likewise (at p. 558):

The admission of this evidence has been defended on three grounds: (1.) that it was evidence of identification of the prisoner by the boy; (2.) that it was a statement made in the presence of the prisoner coupled with evidence of his behaviour on hearing the statement; and (3.) that it was relevant to the issue of "consistent complaint," and therefore admissible in the case of an offence such as an indecent assault committed on a small child.

My Lords, I do not propose to deal with the third ground because it is not necessary to do so for the

Il en va de même de l'arrêt *R. v. Christie*, précité. Un garçonnet de cinq ans qui aurait été victime d'un attentat à la pudeur a témoigné sans être assermenté. Au cours de son interrogatoire il ne fut en aucun temps question d'une identification de l'accusé que le témoin aurait faite antérieurement à celle qu'il fit en cour. Quand sa mère a témoigné, on lui a permis de rapporter la déclaration suivante faite par son fils en sa présence et en présence d'un agent de police immédiatement après l'incident qui a donné lieu à l'accusation: [TRADUCTION] «C'est lui le bonhomme, maman.»

Pour ce qui est de la recevabilité de cette déclaration, la question n'a en aucune façon été envisagée en regard de la règle qui s'applique aux plaintes spontanées. En effet, lord Atkinson pose la question à résoudre de la façon suivante (à la p. 552):

[TRADUCTION] Le procureur général soutient que la totalité de la déclaration du garçonnet est recevable pour chacun des quatre motifs suivants:—

(1.) Comme partie d'un acte d'identification ou comme son explication.

(2.) Comme déclaration faite en présence de l'accusé dans des circonstances qui appelaient une dénégation ou une explication de la part de celui-ci, et dont il a admis la véracité par sa conduite et ses agissements.

(3.) Comme preuve de la compatibilité de la conduite de l'enfant, avant d'être interrogé, avec son témoignage à l'audience.

(4.) Comme partie des *res gestæ*.

Vos Seigneuries ont indiqué pendant l'argumentation qu'elles ne considéreraient pas le troisième point. Il est donc inutile d'en parler davantage. [C'est moi qui souligne.]

Lord Moulton a fait de même (à la p. 558):

[TRADUCTION] On a soutenu que cette preuve était recevable pour trois motifs: (1.) que c'était une preuve d'identification de l'accusé par le garçonnet; (2.) que c'était une déclaration faite en présence de l'accusé liée à la preuve de son comportement quand il a entendu la déclaration; et (3.) qu'elle était pertinente à la question de l'existence d'une «plainte compatible» et en conséquence admissible dans une affaire où le crime est celui d'attentat à la pudeur sur un jeune enfant.

Vos Seigneuries, je n'ai pas l'intention de m'arrêter au troisième motif parce qu'il est inutile de le faire pour

purpose of deciding this appeal, and it raises very difficult questions which would be better decided in some case where the admission of the evidence turns directly on the point. I shall, therefore, confine myself to the first and second of the above grounds. [The underlining is mine.]

And Lord Reading (at p. 562):

The Attorney-General submitted that this evidence was admissible, first, because it was part of the act of identification by the boy; secondly, because it was a statement made in the hearing and presence of Christie which had a bearing upon his conduct and demeanour at the time of hearing it; thirdly, because it proved that the boy's conduct after the offence was committed and before he gave evidence was consistent with the statements made by him at the trial; and, fourthly, because it was part of the *res gestae*.

During the argument your Lordships intimated that it was not convenient on this appeal to consider the third ground, and there was no further discussion upon it.

As for Viscount Haldane, he agreed with the others but added a few remarks which apply rather to identification evidence than to early complaint. As a result, I fail to see in what way any reference could be made to this case to support the proposition advanced by appellant in *Washington*.

Finally, the Court of Appeal for Ontario was referred to *Lillyman*. That is the case which gave the ancient early complaint rule its modern formulation. Hawkins J. stated the case in the following way (at pp. 167-68):

The prosecutrix was called as a witness, and deposed to the acts complained of having been done without her consent. Counsel for the prosecution tendered evidence in chief of a complaint made by her to her mistress, in the absence of the prisoner, very shortly after the commission of the acts, and proposed to ask the details of the complaint as made by the prosecutrix. The admission of the evidence was objected to by the prisoner's counsel; but the learned judge overruled the objection and admitted the evidence. The mistress then deposed to all that the prosecutrix had said respecting the prisoner's conduct towards her.

trancher le présent appel. De plus il soulève des questions très difficiles qu'il vaudrait mieux décider dans une autre affaire où la recevabilité de la preuve porte directement sur ce point. Je limiterai donc mes remarques au premier et au deuxième des motifs ci-dessus. [C'est moi qui souligne.]

Et lord Reading (à la p. 562):

[TRADUCTION] Le procureur général soutient que ce témoignage est recevable, d'abord, parce qu'il fait partie de l'acte d'identification par le garçonnet; deuxièmement parce qu'il constitue une déclaration faite en présence de Christie et audible par lui, déclaration qui doit être mise en relation avec sa conduite et son comportement au moment où il l'a entendue; troisièmement, parce qu'elle prouve que la conduite du garçonnet après la perpétration du crime et avant son témoignage est compatible avec les déclarations qu'il a faites à l'audience; et, quatrièmement, parce qu'il fait partie des *res gestae*.

Pendant l'argumentation, Vos Seigneuries ont indiqué qu'il n'était pas opportun, en l'espèce, d'étudier le troisième moyen. Il n'y a donc pas eu plus ample discussion à ce sujet.

Pour ce qui est du vicomte Haldane, il était du même avis que les autres, mais il a ajouté quelques observations qui portent davantage sur la preuve d'identification que sur celle de la plainte spontanée. En conséquence, je ne puis voir en quoi on peut invoquer cet arrêt pour soutenir la proposition mise de l'avant par l'appelant dans *Washington*.

Enfin, on a renvoyé la Cour d'appel de l'Ontario à l'arrêt *Lillyman*. C'est l'arrêt qui a donné sa formulation moderne à la règle ancienne relative à la plainte spontanée. Le juge Hawkins avait exposé la cause dans les termes suivants (aux pp. 167 et 168):

[TRADUCTION] La plaignante a été appelée comme témoin et a affirmé que les actes reprochés avaient été posés sans son consentement. L'avocat de la poursuite a soumis, à titre de preuve principale, l'existence d'une plainte faite par elle à sa patronne, en l'absence de l'accusé, très peu de temps après la perpétration des actes, et il a voulu demander les détails de la plainte faite par la plaignante. L'avocat de l'accusé s'est objecté à la réception de cette preuve, mais le savant juge du procès a écarté l'objection et permis la preuve. La patronne a alors témoigné à propos de tout ce que la plaignante avait dit au sujet du comportement de l'accusé envers elle.

If the evidence was rightly admitted, the conviction was to be affirmed; if otherwise, to be quashed.

The essential ruling in that case (at p. 179) was:

... that the whole statement of a woman containing her alleged complaint should, so far as it relates to the charge against the accused, be submitted to the jury as a part of the case for the prosecution, and that the evidence in this case was, therefore, properly admitted ...

The judgment also rationalizes the rule and puts an end to a practice that prevailed with some judges who limited the evidence as to early complaint to the sole fact that a complaint had been made.

One of the passages of the judgment is probably at the source of the proposition that, if the victim has not testified to having made a complaint of having been the object of a sexual offence, the recipient of same cannot be heard nor can he complete by his testimony what would, standing alone, not be a true complaint.

Indeed, Hawkins J. speaking for the Court said (at p. 170):

It is necessary, in the first place, to have a clear understanding as to the principles upon which evidence of such a complaint, not on oath, nor made in the presence of the prisoner, nor forming part of the *res gestæ*, can be admitted. It clearly is not admissible as evidence of the facts complained of: those facts must therefore be established, if at all, upon oath by the prosecutrix or other credible witness, and, strictly speaking, evidence of them ought to be given before evidence of the complaint is admitted. The complaint can only be used as evidence of the consistency of the conduct of the prosecutrix with the story told by her in the witness-box, and as being inconsistent with her consent to that of which she complains.

It appears that some were under the impression that those very words justified the proposition. Though Hawkins J.'s statement of the case does not say that the prosecutrix had deposed as to her complaint, the fact that he said in the passage quoted earlier: "... but the learned judge overruled the objection and admitted the evidence. The

S'il a eu raison d'admettre ce témoignage, il faut confirmer la déclaration de culpabilité, autrement il faut la casser.

La décision essentielle dans cette affaire (à la p. 179) est la suivante:

[TRADUCTION] ... que la totalité de la déclaration d'une femme qui comporte sa présumée plainte devrait, dans la mesure où elle a trait à l'inculpation retenue contre l'accusé, être soumise au jury comme élément de la preuve de la poursuite, et que le témoignage en l'espèce avait en conséquence été reçu à bon droit ...

Le jugement rationalise également la règle et met fin à la pratique suivie par certains juges de limiter la preuve de la plainte spontanée au seul fait qu'il y avait eu plainte.

Un des passages du jugement est probablement à l'origine de la proposition qui veut que, si la victime n'a pas témoigné qu'elle s'était plainte d'avoir été victime d'une infraction sexuelle, la personne qui a reçu la plainte ne puisse ni être entendue ni compléter par son témoignage ce qui, en soi, ne constituerait pas une véritable plainte.

En effet, le juge Hawkins avait dit au nom de la Cour (à la p. 170):

[TRADUCTION] Il est nécessaire, en premier lieu, de bien comprendre les principes en vertu desquels une telle plainte, qui n'est pas faite sous serment ni en présence de l'accusé et qui ne fait pas partie de *res gestæ*, est recevable. Elle n'est certainement pas recevable comme preuve des faits dont on se plaint: ces faits doivent en conséquence être prouvés, s'ils le sont, par la déposition assermentée de la plaignante ou d'un autre témoin fiable, et, à vrai dire la preuve devrait en être faite avant que la preuve de la plainte soit admise. La plainte ne peut servir qu'à démontrer que la conduite de la plaignante est compatible avec la version qu'elle donne à la barre des témoins et incompatible avec le fait qu'elle ait consenti à ce dont elle se plaint.

Il semble que certains ont cru que ce passage précis justifiait la proposition. Bien que l'exposé de cause préparé par le juge Hawkins ne dise pas que la plaignante a témoigné de sa plainte, le fait qu'il ait dit dans le passage précité: "... mais le savant juge du procès a écarté l'objection et permis la preuve. La patronne a alors témoigné à propos de

mistress then deposed to all that the prosecutrix had said respecting the prisoner's conduct towards her" could be construed, though I read it otherwise, as meaning that she had in fact deposed as to her complaint. But any doubt there may be, is in my opinion resolved by a passage of the judgment where he says (at pp. 169-70):

The girl was examined as a witness in support of these charges, and deposed to the acts she complained of having been committed without her consent. For the Crown, evidence was tendered in chief of a complaint made by the girl to her mistress, in the absence of the prisoner, very shortly after the commission of the acts charged, and it was proposed to ask the witness called for that purpose to state the details of the complaint in the language used by the girl. Counsel for the prisoner objected, first, that the complaint could not be given in evidence at all, and, secondly, that even if the fact of a complaint having been made was admissible, the particulars of it could not be elicited in the examination in chief. I overruled both objections, and the complaint with full particulars was deposed to by the witness. The jury found the prisoner guilty on the first count only. That, however, does not affect the question we have to decide, because, although to establish guilt upon that count it was not essential to prove want of consent, yet, as the girl had emphatically stated that whatever was done was against her will, the reasons which in our opinion, as it will appear, made the complaint evidence upon the second and third counts were equally applicable to the first. [Emphasis added.]

It appears that in *Lillyman* the complainant had deposed to the attempted ravishment and sexual assault on her person but not to her complaint. *Lillyman* is in fact authority for the proposition that evidence of a complaint may be made in part or *in toto* by evidence adduced through the recipient's testimony. Arguments to the effect that this cannot be so, because it is only evidence that is supportive of the victim's credibility, can only justify the conclusion, with which I am in agreement, that evidence of a complaint through the recipient's testimony cannot be made unless the victim has testified to her ravishment. Indeed, if she has not, the supportive evidence would have nothing to support and it is clear that it cannot be

tout ce que la plaignante avait dit au sujet du comportement de l'accusé envers elle» peut s'interpréter, même si je l'interprète autrement, comme voulant dire que la plaignante avait en réalité témoigné à propos de sa plainte. S'il subsistait un doute, il est à mon avis dissipé par le passage suivant du jugement où il dit (aux pp. 169 et 170):

[TRADUCTION] La jeune fille a été interrogée comme témoin à charge de ces accusations et elle a témoigné, à propos des actes dont elle se plaignait, qu'ils avaient été faits sans son consentement. On a soumis pour la poursuite, en preuve principale, une plainte faite par la jeune fille à sa patronne, en l'absence de l'accusé, très peu de temps après la perpétration des actes reprochés, et on a voulu demander au témoin appelé à cette fin d'énoncer les détails de la plainte dans les mots employés par la jeune fille. L'avocat de l'accusé s'est opposé, soutenant d'abord que la preuve de la plainte n'était absolument pas recevable, puis ensuite, que même si le fait qu'il y avait eu plainte était recevable, les détails de celle-ci ne pouvaient être donnés en interrogatoire en chef. J'ai rejeté les deux objections et le témoin a déposé à propos de la plainte dans tous ses détails. Le jury a déclaré l'accusé coupable sur le premier chef d'accusation seulement. Toutefois, cela ne change rien à la question que nous avons à trancher. En effet, même s'il n'était pas essentiel de prouver l'absence de consentement pour établir la culpabilité sur le premier chef, la jeune fille avait néanmoins catégoriquement déclaré que tout ce qui avait été fait l'avait été contre sa volonté. Les raisons qui, à notre avis, on le verra plus loin, font que la plainte est un élément de preuve des deuxième et troisième chefs d'accusation sont donc également applicables au premier. [C'est moi qui souligne.]

Il appert que dans l'affaire *Lillyman*, la plaignante avait témoigné au sujet de la tentative de viol et de l'attentat à la pudeur sur sa personne, mais non au sujet de sa plainte. L'arrêt *Lillyman* appuie en réalité la proposition selon laquelle la preuve de la plainte peut être faite en tout ou en partie par le témoignage de la personne qui l'a reçue. Les arguments selon lesquels ce n'est pas possible, parce que c'est une preuve dont le seul objet est de renforcer la crédibilité de la victime, peuvent seulement justifier la conclusion, que j'accepte, que la preuve de la plainte par le témoignage de la personne qui l'a reçue ne peut être faite à moins que la victime ne témoigne du viol. En effet, si la victime n'en témoigne pas, la preuve d'appui n'au-

tendered as evidence of the facts complained of.*

Now to deal with the last of the issues raised by this appeal.

THIRD ISSUE: The role of the judge on the *voir dire*.

Assuming, as in this case, the victim has testified not only to her ravishment but also to her complaint and that there is conflicting evidence between her version of the complaint and that of the recipient(s), should the judge on the *voir dire* weigh the evidence and determine whether there has been a complaint before letting the jury be apprised of it and give it whatever probative value it deserves; or, should he limit himself to determining whether there is some evidence which, if believed by the jury, would constitute a complaint.

Since such evidence is admitted for the ultimate purpose of negating the possible probative effect the victim's silence would have in the eyes of the jury on the victim's credibility, one could argue that they should be apprised of anything that would have some such negating value. One could then, following this reasoning, argue with some logic that the judge should also let them determine whether it is an "early complaint" and whether it was a "spontaneous" one, if there is as to the latter questions some discrepancy in the evidence between the victim and the recipient of the complaint, as long as there is some evidence which, if believed, would result in the complaints being "early" and "spontaneous".

Some cases support this view. The preponderant view, however, is that it is for the judge to finally decide whether or not a complaint was elicited by questions of a "leading and inducing or intimidating character" and whether it was made "at the first opportunity after the offence which reasonably offers itself"; and these cases so hold irrespective of whether, there being contradictory evidence regarding those two issues, there is some evidence

rait rien à étayer et il est par ailleurs manifeste que cette preuve ne peut être offerte comme preuve des faits qui ont fait l'objet de la plainte.*

Passons maintenant à la dernière question soulevée par ce pourvoi.

TROISIÈME QUESTION: Le rôle du juge à l'occasion du *voir dire*.

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, la victime a témoigné non seulement à propos de son viol, mais aussi de sa plainte et qu'il y a contradiction entre sa version de la plainte et celle de la (des) personne(s) qui l'a (ont) reçue, le juge doit-il, lors du *voir dire*, évaluer la preuve et décider s'il y a eu plainte avant de soumettre cette dernière aux jurés et leur laisser attribuer la force probante qu'elle peut mériter, ou doit-il se limiter à déterminer s'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par le jury, constitueraient une plainte?

Puisque cette preuve est reçue avec l'objectif ultime d'annuler la valeur probante que le silence de la victime pourrait avoir dans l'esprit des jurés sur sa crédibilité, on pourrait prétendre qu'il faut soumettre au jury tout ce qui pourrait avoir cet effet d'annulation. On peut alors, en suivant ce raisonnement, soutenir avec une certaine logique que le juge devrait aussi laisser le jury décider s'il y a eu plainte «contemporaine» et si celle-ci était «spontanée» s'il y a, quant à ces derniers aspects, des divergences entre la version de la victime et celle de la personne qui a reçu la plainte, pour autant qu'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus, feraient que la plainte soit «contemporaine» et «spontanée».

Une certaine jurisprudence appuie cette opinion. L'opinion prépondérante affirme cependant qu'il appartient au juge de décider en définitive si la plainte a été provoquée par des questions [TRA-DUCTION] «à caractère suggestif, incitatif ou intimidant» et si elle a été faite [TRA-DUCTION] » à la première occasion raisonnable qui s'est présentée après la commission de l'infraction». On a soutenu cette position indépendamment du fait que, en

* Save if it meets the requirements of certain exceptions to the hearsay rule and be admissible as proof of the facts (e.g., the dying declaration rule).

* Sauf si elle remplit les conditions de certaines exceptions à la règle interdisant le oui-dire et était recevable comme preuve des faits qu'elle relate (par exemple l'exception de la déclaration *ante-mortem*).

which, if believed, would result in the complaint being "early" and "spontaneous". (See *R. v. Osborne, supra*; *R. v. Cummings*¹⁵; *R. v. Woodworth, Stutt and Giles*¹⁶; *R. v. Belliveau, supra*).

Logic would then suggest that conflicting evidence as to the existence of the complaint should be dealt with in the same way and be weighed and determined by the judge, at the *voir dire*. The rule is not the result of cold logic but has come to us from the middle ages and existed long before scholars started rationalizing and categorizing in a system of law the various ways judges dealt with evidentiary problems over the centuries. When the old rule was expanded and reformulated in the last years of the nineteenth century and the first years of the twentieth, it appears that the existence of the complaint was a matter of fact left to the jury whilst the determination of its recentness and of its spontaneity were simply left to the judge, with no reasons given.

In *Lillyman*, Hawkins J., in support of giving the jury more than the mere fact of a complaint, said (at p. 177):

After very careful consideration we have arrived at the conclusion that we are bound by no authority to support the existing usage of limiting evidence of the complaint to the bare fact that a complaint was made, and that reason and good sense are against our doing so. The evidence is admissible only upon the ground that it was a complaint of that which is charged against the prisoner, and can be legitimately used only for the purpose of enabling the jury to judge for themselves whether the conduct of the woman was consistent with her testimony on oath given in the witness-box negating her consent, and affirming that the acts complained of were against her will, and in accordance with the conduct they would expect in a truthful woman under the circumstances detailed by her. The jury, and they only, are the persons to be satisfied whether the woman's conduct was so consistent or not. Without proof of her condition, demeanour, and verbal expressions, all of which are of vital importance in the consideration of that question, how is it possible for them satisfactorily to

présence de témoignages contradictoires sur ces deux questions, il puisse y avoir des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus, feraient que la plainte soit «contemporaine» et «spontanée». (Voir *R. v. Osborne, précité*; *R. v. Cummings*¹⁵; *R. v. Woodworth, Stutt and Giles*¹⁶; *R. v. Belliveau, précité*).

La logique voudrait alors que les contradictions de la preuve quant à l'existence de la plainte soient traitées de la même façon et qu'elles soient évaluées et tranchées par le juge au moment du voir dire. Mais la règle n'est pas la conséquence de la pure logique; elle nous vient du Moyen Âge et elle a eu cours bien avant que les auteurs commencent à rationaliser et classer en un système juridique les diverses manières dont les juges ont réglé les problèmes de preuve à travers les siècles. Quand la règle ancienne a été élargie et reformulée à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième, il ressort, sans que n'apparaisse de justification de cette pratique, que l'existence d'une plainte était une question de fait laissée à l'appréciation du jury tandis que la détermination de son caractère récent et de sa spontanéité était simplement laissée à l'appréciation du juge.

Dans *Lillyman*, le juge Hawkins, pour justifier la décision de soumettre au jury plus que le simple fait qu'il y a eu plainte, a dit (à la p. 177):

[TRADUCTION] Après examen approfondi, nous sommes arrivés à la conclusion qu'aucune jurisprudence ne nous oblige à confirmer l'usage présent de limiter la preuve de la plainte au seul fait qu'il y a eu plainte et que la raison et le bon sens nous incitent à ne pas le faire. La preuve de la plainte est recevable pour le seul motif qu'il s'agit d'une plainte de ce dont l'accusé est inculpé et ne peut légitimement servir que dans le but de permettre au jury d'apprécier lui-même si le comportement de la femme est compatible avec son témoignage à la barre donné sous serment, témoignage qui nie qu'elle ait consenti et qui affirme que les actes dont elle se plaint ont été faits contre sa volonté, et si sa conduite est conforme à celle qu'il attend d'une femme fiable dans les circonstances qu'elle a décrites. Les membres du jury, et eux seuls, sont ceux qui doivent être convaincus que le comportement de la femme présente ou ne présente pas cet élément de compatibilité. Sans preuve de son état, de son comportement et de ses paroles, éléments qui sont tous d'une importance capitale dans

¹⁵ [1948] 1 All E.R. 551.

¹⁶ (1974), 17 C.C.C. (2d) 509.

¹⁵ [1948] 1 All E.R. 551.

¹⁶ (1974), 17 C.C.C. (2d) 509.

determine it? Is it to be left to the witness to whom the statement is made to determine and report to the jury whether what the woman said amounted to a real complaint? And are the jury bound to accept the witness's interpretation of her words as binding upon them without having the whole statement before them, and without having the power to require it to be disclosed to them, even though they may feel it essential to enable them to form a reliable opinion? For it must be borne in mind that if such evidence is inadmissible when offered by the prosecution, the jury cannot alter the rule of evidence and make it admissible by asking for it themselves. [The underlining is mine.]

And later on (at p. 178):

... when the whole statement is laid before the jury they are less likely to draw wrong and adverse inferences, and may sometimes come to the conclusion that what the woman said amounted to no real complaint of any offence committed by the accused. [Emphasis added.]

There is therefore in *Lillyman*, and indeed in most cases subsequent to the *Lillyman* case, though not explicitly said, the suggestion, all the more strong as it seems to be taken for granted, that if there is some evidence which the jury could weigh and consider as a complaint, the judge is to leave it to them subject to his having first determined that it would be an "early" and "spontaneous" complaint. (See amongst others *R. v. Ball*, *supra*, and *R. v. Waddell*, *supra*). I cannot find much wrong in proceeding this way save possible illogicality in treating differently the issues of "spontaneity" and of "recentness": indeed, even if there is some evidence that, if believed, would establish the complaint as being an "early" and "spontaneous" one, it is for him, and not for the jury, to make that determination. But as I said earlier, the rule suffers for logic at the outset by the indiscriminate application to all victims of any sex offence of the very assumption upon which it is predicated. Probably the best argument in favour of so doing is that this is the state in which the rule came to us from *Lillyman* and I can find as many illogicalities created by modifying it as those purportedly done away with.

l'examen de cette question, comment les jurés pourront-ils en juger de façon satisfaisante? Doit-on laisser au témoin qui reçoit la déclaration le soin de décider et de déclarer au jury que ce que la femme a dit constitue ou non une plainte? Le jury est-il tenu d'accepter comme finale l'interprétation faite par le témoin des paroles de la victime sans connaître la totalité de la déclaration et sans avoir la possibilité d'exiger qu'elle lui soit communiquée même s'il la croit essentielle pour lui permettre de se former une opinion éclairée? En effet, il faut bien se rappeler que si cette preuve est irrecevable lorsque la poursuite veut la soumettre, le jury ne peut modifier les règles de preuve et la rendre recevable en l'exigeant lui-même. [C'est moi qui souligne.]

Et, plus loin (à la p. 178):

[TRADUCTION] ... quand toute la déclaration est soumise au jury, ses membres sont moins susceptibles de tirer des conclusions erronées ou défavorables et ils peuvent même parfois conclure que ce que la victime a dit ne constitue pas réellement une plainte d'un crime commis par l'accusé. [C'est moi qui souligne.]

Il y a donc dans l'arrêt *Lillyman*, et en réalité dans presque toutes les décisions postérieures, bien que ce ne soit pas explicite, l'idée, d'autant plus forte qu'elle semble tenue pour acquise, que s'il y a des éléments de preuve que le jury peut apprécier et juger être une plainte, le juge doit les lui soumettre, sauf à avoir d'abord décidé qu'il s'agit bien d'une plainte «contemporaine» et «spontanée». (Voir, entre autres, les arrêts *R. v. Ball*, précité, et *R. v. Waddell*, précité). Je ne puis rien voir de répréhensible à procéder de la sorte sauf l'illogisme qu'il peut y avoir à traiter différemment les questions de la «spontanéité» et du «caractère récent» de la plainte: en effet, même s'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus, feraient conclure que la plainte est «contemporaine» et «spontanée», il appartient au juge, et non au jury, d'en décider. Mais, comme je l'ai déjà signalé, la règle manque de logique au départ à cause de l'application générale du postulat qui la fonde à toutes les victimes de quelque infraction sexuelle que ce soit. Le meilleur argument qui milite en faveur de cette façon de procéder consiste probablement à constater que c'est l'état dans lequel la règle nous est parvenue de l'arrêt *Lillyman* et que par ailleurs le fait de modifier la règle créerait tout autant d'illogisme qu'il en supprimerait.

NOW TO SUMMARIZE:

1. In a rape case, a complaint is any statement made by the alleged victim which, given the circumstances of the case, will, if believed, be of some probative value in negating the adverse conclusions the trier of fact could draw as regards her credibility had she been silent;
2. Before admitting a complaint as evidence, the judge shall hold a *voir dire* to determine:
 - (a), whether there is some evidence which if believed by the trier of fact (in this case the jury) would constitute a complaint;
 - (b) that the complaint was not elicited by questions of a "leading and inducing or intimidating character";
 - (c) and that it was "made at the first opportunity after the offence which reasonably offers itself".

((b) and (c) are the words of Ridley J. in *R. v. Osborne, supra*).
3. In determining whether there is some evidence which, if believed by the jury, would constitute a complaint, the trial judge shall take into account evidence by the victim, if any, as well as that of any person recipient of that complaint.
4. Evidence by a recipient person is admissible on the *voir dire* and before the trier of fact only if the victim has testified as to the facts material to the commission of the offence; but it is not necessary that the victim need have testified as to the complaint itself.

In the case at bar, the trial judge was right in admitting as evidence Catherine's words "Larry hurt me", for I am of the view that, given the circumstances of the case, those words, even standing alone, constitute a complaint; indeed, if the jury believes she said that, the statement is of some probative value in negating the effect her total silence would have had on her credibility.

I am also of the view that the judge should have admitted in evidence Vivian's version of Cathe-

DONC, EN RÉSUMÉ:

1. Dans une affaire de viol, la déclaration faite par la prétendue victime est considérée une plainte, dès que, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, elle a, si on croit qu'elle a été faite, pour effet de repousser en tout ou en partie les conclusions adverses que le juge des faits aurait pu autrement tirer sur la crédibilité de la victime, si celle-ci n'avait rien dit.
2. Avant de recevoir une plainte en preuve, le juge doit tenir un *voir dire* pour déterminer:
 - a) s'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par le juge des faits (en l'espèce, le jury) constitueraient une plainte;
 - b) que la plainte n'a pas été provoquée par des questions [TRADUCTION] «à caractère suggestif, incitatif ou intimidant»;
 - c) qu'elle a été faite [TRADUCTION] «à la première occasion raisonnable qui s'est présentée après la commission de l'infraction».

(b) et c) sont les mots mêmes du juge Ridley, dans l'arrêt *R. v. Osborne*, précité).
3. Pour établir s'il y a des éléments de preuve qui, s'ils étaient crus par le jury, constitueraient une plainte, le juge du procès doit tenir compte du témoignage de la victime, si elle a témoigné, mais aussi du témoignage de la personne qui a reçu la plainte.
4. Le témoignage de la personne qui a reçu la plainte est recevable lors du *voir dire* et en présence du juge des faits seulement si la victime a déposé quant aux faits relatifs à la perpétration du crime; il n'est cependant pas nécessaire que la victime ait témoigné au sujet de la plainte elle-même.

En l'espèce, le juge du procès a eu raison de recevoir en preuve le témoignage des paroles de Catherine: «Larry m'a blessée», car je suis d'avis que, dans les circonstances du présent cas, ces paroles, même prises isolément, constituent une plainte; en effet, si le jury croit qu'elle a prononcé ces paroles, la déclaration a une valeur probante susceptible d'annuler l'effet que son silence complet aurait eu sur sa crédibilité.

Je suis aussi d'avis que le juge aurait dû admettre en preuve la version qu'a donnée Vivian de la

rine's complaint. Having done so, he should have instructed the jury that it was their duty to determine what in fact Catherine had said and then give those words whatever probative value they deserved in the light of the usual instructions a judge gives as regards the limited use of complaint evidence. Not having done so, he erred in law, and the Court of Appeal was right, in my opinion, in ordering a new trial.

For these reasons, I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: J. E. Faulkner, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

plainte de Catherine. Après l'avoir fait, il aurait dû indiquer aux membres du jury qu'il était de leur devoir d'établir ce que Catherine avait réellement dit et d'attribuer à ces paroles la valeur probante qu'elles pouvaient avoir à la lumière des directives qu'un juge donne habituellement quant à la portée limitée de la preuve d'une plainte. En ne le faisant pas, il a commis une erreur de droit et la Cour d'appel a eu raison, à mon avis, d'ordonner un nouveau procès.

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

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: J. E. Faulkner, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.