

FOBT  
VOIR DIRE  
BARRY SHAW 9

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Chikmaglur Mohan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MOHAN

File No.: 23063.

1993: November 9; 1994: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Evidence — Admissibility — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.*

*Criminal law — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.*

Respondent, a practising pediatrician, was charged with four counts of sexual assault on four female patients, aged 13 to 16 at the relevant time, during medical examinations conducted in his office. His counsel indicated that he intended to call a psychiatrist who would testify that the perpetrator of the alleged offences would be part of a limited and unusual group of individuals and that respondent did not fall within that narrow class because he did not possess the characteristics belonging to that group. The psychiatrist testified in a *voir dire* that the psychological profile of the perpetrator of the first three complaints was likely that of a pedophile, while the profile of the perpetrator of the fourth complaint that of a sexual psychopath. The psychiatrist intended to testify that the respondent did not fit the profiles but the evidence was ruled inadmissible at the conclusion of the *voir dire*.

Respondent was found guilty by the jury and appealed. The Court of Appeal allowed respondent's

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Chikmaglur Mohan *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MOHAN

N° du greffe: 23063.

b

1993: 9 novembre; 1994: 5 mai.

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

c

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

*Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?*

*Droit criminel — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne correspondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?*

L'intimé, un pédiatre, fait face à quatre chefs d'accusation d'agression sexuelle commise sur quatre patientes, âgées à l'époque de 13 à 16 ans, pendant leur examen médical dans le bureau de l'intimé. Son avocat a exprimé l'intention d'appeler un psychiatre qui témoignerait que l'auteur des infractions alléguées appartenait à un groupe limité et inhabituel d'individus et que l'intimé ne faisait pas partie de cette catégorie restreinte parce qu'il n'en possédait pas les caractéristiques propres. Le psychiatre a témoigné au voir-dire que le profil psychologique de l'auteur des trois premières agressions alléguées était probablement celui d'un pédophile alors que celui de la quatrième était celui d'un psychopathe sexuel. Le psychiatre avait l'intention de témoigner que l'intimé ne correspondait pas à ces profils, mais son témoignage a été jugé inadmissible à l'issue du voir-dire.

Déclaré coupable par le jury, l'intimé a interjeté appel. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé,

Division de l'énergie  
DOSSIER: R-3515-2003  
DÉPOSÉE EN AUDIENCE  
Date: 7 juillet 2003  
Pièces n°: déposée  
mais non coté

appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. The Court of Appeal therefore found it unnecessary to deal with the Crown's sentence appeal. At issue here was the determination of the circumstances in which expert evidence is admissible to show that character traits of an accused person do not fit the psychological profile of the putative perpetrator of the offences charged. Resolution of this issue involved an examination of the rules relating to (i) expert evidence, and (ii) character evidence.

*Held:* The appeal should be allowed.

The evidence should be excluded.

### Expert Evidence

Admission of expert evidence depends on the application of the following criteria: (a) relevance; (b) necessity in assisting the trier of fact; (c) the absence of any exclusionary rule; and (d) a properly qualified expert. Relevance is a threshold requirement to be decided by the judge as a question of law. Logically relevant evidence may be excluded if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if the time required is not commensurate with its value or if it can influence the trier of fact out of proportion to its reliability. The reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of expert evidence. Expert evidence should not be admitted where there is a danger that it will be misused or will distort the fact-finding process, or will confuse the jury.

Expert evidence, to be necessary, must likely be outside the experience and knowledge of a judge or jury and must be assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. Necessity should not be judged by too strict a standard. The possibility that evidence will overwhelm the jury and distract them from their task can often be offset by proper instructions. Experts, however, must not be permitted to usurp the functions of the trier of fact causing a trial to degenerate to a contest of experts.

Expert evidence can be excluded if it falls afoul of an exclusionary rule of evidence separate and apart from the opinion rule itself. The evidence must be given by a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify.

annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. La Cour a ainsi conclu qu'il n'était pas nécessaire d'entendre l'appel du ministère public contre la sentence. Il faut déterminer en l'espèce les circonstances dans lesquelles la preuve d'expert est admissible pour démontrer que des traits de caractère d'un accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions reprochées. La résolution de la question passe par l'examen des règles en matière (i) de preuve d'expert, et (ii) de preuve de moralité.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La preuve est exclue.

### c Preuve d'expert

L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants: a) la pertinence; b) la nécessité d'aider le juge des faits; c) l'absence de toute règle d'exclusion; et d) la qualification suffisante de l'expert. La pertinence est une exigence liminaire déterminée par le juge comme question de droit. La preuve logiquement pertinente peut être exclue si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si son effet sur le juge des faits est disproportionné par rapport à sa fiabilité. Le facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l'appréciation de l'admissibilité de la preuve d'expert. La preuve d'expert ne devrait pas être admise si elle risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits, ou de dérouter le jury.

Pour être nécessaire, la preuve d'expert doit, selon toute vraisemblance, dépasser l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury et être évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits. La nécessité ne devrait pas être jugée selon une norme trop stricte. La possibilité que la preuve ait un impact excessif sur le jury et le détournement de ses tâches peut souvent être contrecarrée par des directives appropriées. Les experts ne doivent toutefois pas pouvoir usurper les fonctions du juge des faits, ce qui pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts.

La preuve d'expert peut être exclue si elle contrevient à une règle d'exclusion de la preuve, distincte de la règle applicable à l'opinion. La preuve doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage.

In summary, expert evidence which advances a novel scientific theory or technique is subjected to special scrutiny to determine whether it meets a basic threshold of reliability and whether it is essential in the sense that the trier of fact will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert. The closer the evidence approaches an opinion on an ultimate issue, the stricter the application of this principle.

### Expert Evidence as to Disposition

The Crown cannot lead expert evidence as to disposition in the first instance unless it is relevant to an issue and is not being used merely as evidence of disposition. The accused, however, can adduce evidence as to disposition, but this evidence is generally limited to evidence of the accused's reputation in the community with respect to the relevant trait or traits. The accused in his or her own testimony may also rely on specific acts of good conduct. Evidence of an expert witness that the accused, by reason of his or her mental make-up or condition of the mind, would be incapable of committing or disposed to commit the crime does not fit either of these categories. A further exception, however, has developed that is limited in scope. Although the exception has been applied to abnormal behaviour usually connoting sexual deviance, its underlying rationale is based on distinctiveness.

Before an expert's opinion as to disposition is admitted as evidence, the trial judge must be satisfied, as a matter of law, that either the perpetrator of the crime or the accused has distinctive behavioural characteristics such that a comparison of one with the other will be of material assistance in determining innocence or guilt. Although this decision is made on the basis of common sense and experience, it is not made in a vacuum. The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioural profile which the expert is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinctive group. A finding that the scientific community has developed a standard profile for the offender who commits this type of crime will satisfy the criteria of relevance and necessity. The evidence will qualify as an exception to the exclusionary rule relating to character evidence provided the trial judge is satisfied that the proposed opinion is within the field of expertise of the expert witness.

En résumé, la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert. Plus la preuve se rapproche de l'opinion sur une question fondamentale, plus l'application de ce principe est stricte.

### Preuve d'expert quant à la prédisposition

Le ministère public ne peut produire une preuve d'expert quant à la prédisposition que si elle est pertinente et n'est pas utilisée comme simple preuve de la prédisposition. L'accusé peut en revanche produire une preuve quant à la prédisposition, mais cette preuve se limite, en règle générale, à la preuve de la réputation de l'accusé au sein de la collectivité relativement aux traits de caractère concernés. L'accusé peut aussi invoquer dans son propre témoignage des actes particuliers de bonne conduite. Le témoignage d'un expert indiquant qu'en raison de sa constitution mentale ou de son état mental, l'accusé serait incapable de commettre le crime ou ne pourrait être prédisposé à le commettre, ne correspond à aucune de ces catégories. Cependant, une autre exception de portée limitée a été créée. Bien que cette exception ait été appliquée à des comportements anormaux liés usuellement à une déviance sexuelle, sa raison d'être est le caractère distinctif.

Avant d'admettre en preuve l'opinion d'un expert sur la prédisposition, le juge du procès doit être convaincu, en droit, que l'auteur du crime ou l'accusé possède des caractéristiques de comportement distinctives de sorte que la comparaison de l'un avec l'autre aidera considérablement à déterminer l'innocence ou la culpabilité. Bien que cette décision repose sur le bon sens et l'expérience, elle n'est pas prise dans le vide. Le juge du procès devrait considérer, d'une part, l'opinion de l'expert et, d'autre part, si ce dernier exprime simplement une opinion personnelle ou si le profil de comportement qu'il décrit est couramment utilisé comme indice fiable de l'appartenance à un groupe distinctif. La conclusion que la profession scientifique a élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime satisfera aux critères de pertinence et de fiabilité. La preuve sera considérée comme une exception à la règle d'exclusion relative à la preuve de moralité à condition que le juge soit convaincu que l'opinion proposée se situe dans le domaine d'expertise du témoin expert.

### Application to This Case

Nothing in the record supported a finding that the profile of a paedophile or psychopath has been standardized to the extent that it could be said that it matched the supposed profile of the offender depicted in the charges. The expert's group profiles were not seen as sufficiently reliable to be considered helpful. In the absence of these indicia of reliability, it could not be said that the evidence would be necessary in the sense of usefully clarifying a matter otherwise unaccessible, or that any value it may have had would not be outweighed by its potential for misleading or diverting the jury.

The similarities detailed by the judge dealt with the perpetrator's *modus operandi* of the acts subject to the individual counts. These were not matters to which the expert evidence related. Moreover, whether a crime is committed in a manner that identifies the perpetrator by reason of striking similarities in the method employed in the commission of other acts is something that a jury can, generally, assess without the aid of expert evidence.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834; **referred to:** *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. B.(G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.); *R. v. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.); *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *Director of Public Prosecutions v. Jordan*, [1977] A.C. 699; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. xi; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221; *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693.

### Application à l'espèce

Rien dans le dossier ne permettait de conclure que le profil du pédophile ou du psychopathe a été normalisé au point où on pourrait soutenir qu'il correspond au profil présumé du délinquant décrit dans les accusations. Les profils de groupes décrits par l'expert n'ont pas été considérés suffisamment fiables pour être utiles. En l'absence de ces indices de fiabilité, on ne pouvait pas dire que la preuve serait nécessaire au sens où elle clarifierait utilement une question qui serait autrement inaccessible, ou que la valeur qu'elle pourrait avoir ne serait pas surpassée par la possibilité qu'elle induise le jury en erreur ou le détourne de ses tâches.

Les similitudes, expliquées par le juge, portaient sur le *modus operandi* de l'auteur des actes qui étaient l'objet de chefs spécifiques. La preuve d'expert ne visait pas ces questions. De plus, la question de savoir si le crime est commis d'une manière qui identifie l'auteur, en raison de similitudes frappantes dans la méthode utilisée pour perpétrer d'autres actes, peut être appréciée en général par un jury sans l'aide de la preuve d'expert.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268; *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. c. Turner*, [1975] Q.B. 834; **arrêts mentionnés:** *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201; *R. c. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.); *R. c. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.); *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *Director of Public Prosecutions c. Jordan*, [1977] A.C. 699; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, autorisation de pourvoi refusée [1981] 1 R.C.S. xi; *Thompson c. The King*, [1918] A.C. 221; *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693.

**Authors Cited**

- Beven, Thomas. *Negligence in Law*, 4th ed. By William James Byrne and Andrew Dewar Gibb. London: Sweet & Maxwell, 1928.
- Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., Lawyer's ed. By Edward W. Cleary, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Mewett, Alan W. "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.
- Pattenden, Rosemary. "Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia", [1986] *Crim. L.R.* 92.
- Rimm, David C. and John W. Sommerville. *Abnormal Psychology*. New York: Academic Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 173, 55 O.A.C. 309, 71 C.C.C. (3d) 321, 13 C.R. (4th) 292, allowing an appeal from convictions by Berstein J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Jamie C. Klukach*, for the appellant.

*Brian H. Greenspan* and *Sharon E. Lavine*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — In this appeal we are required to determine under what circumstances expert evidence is admissible to show that character traits of an accused person do not fit the psychological profile of the putative perpetrator of the offences charged. Resolution of this issue involves an examination of the rules relating to expert and character evidence.

**I. Facts****A. The Events**

The respondent, a practising pediatrician in North Bay, was charged with four counts of sexual assault on four of his female patients, aged 13 to

**Doctrine citée**

- Beven, Thomas. *Negligence in Law*. 4th ed. By William James Byrne and Andrew Dewar Gibb. London: Sweet & Maxwell, 1928.
- Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*. 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*. 3rd ed., Lawyer's ed. By Edward W. Cleary, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Mewett, Alan W. «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.
- Pattenden, Rosemary. «Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia», [1986] *Crim. L.R.* 92.
- Rimm, David C. and John W. Sommerville. *Abnormal Psychology*. New York: Academic Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 173, 55 O.A.C. 309, 71 C.C.C. (3d) 321, 13 C.R. (4th) 292, qui a accueilli un appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Berstein, siégeant avec jury, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Jamie C. Klukach*, pour l'appelante.

*Brian H. Greenspan* et *Sharon E. Lavine*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes appelés à déterminer en l'espèce les circonstances dans lesquelles la preuve d'expert est admissible pour démontrer que des traits de caractère d'un accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions reprochées. La résolution de la question passe par l'examen des règles en matière de preuve d'expert et de moralité.

**I. Les faits****A. Les événements**

L'intimé, un pédiatre exerçant à North Bay, fait face à quatre chefs d'accusation d'agression sexuelle sur quatre de ses patientes, âgées à

16 at the relevant time. The alleged sexual assaults were perpetrated during the course of medical examinations of the patients conducted in the respondent's office. The complainants had been referred to the respondent for conditions which were, in part, psychosomatic in nature.

Evidence relating to each complaint was admitted as similar fact evidence with respect to the others. The complainants did not know one another. Three of them came forth independently. Following a mistrial, which was publicized, the fourth victim came forward, having heard about the other charges. Three of the four complainants had been victims of prior sexual abuse. With respect to two of them, the respondent knew about their sexual abuse at the hands of others. The alleged assaults consisted of fondling of the girls' breasts and digital penetration and stimulation of their vaginal areas, accompanied by intrusive questioning of them as to their sexual activities. All of the complainants testified that the respondent did not wear gloves while examining them internally. The respondent, who testified in his own defence, denied the complainants' evidence.

At the conclusion of the respondent's examination in chief, counsel for the respondent indicated that he intended to call a psychiatrist who would testify that the perpetrator of the offences alleged to have been committed would be part of a limited and unusual group of individuals and that the respondent did not fall within that narrow class because he did not possess the characteristics belonging to that group. The Crown sought a ruling on the admissibility of that evidence. The trial judge held a *voir dire* and ruled that the evidence tendered on the *voir dire* would not be admitted.

The jury found the respondent guilty as charged on November 16, 1990. He was sentenced to nine months' imprisonment on each of the four counts, to be served concurrently, and to two years' probation. The respondent appealed his convictions and the Crown appealed the sentence. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. Accordingly, the Court of Appeal found it was not neces-

l'époque de 13 à 16 ans. Les agressions sexuelles auraient été commises pendant l'examen médical des patientes dans le bureau de l'intimé. Les plaignantes lui avaient été référées pour des problèmes qui, en partie, étaient de nature psychosomatique.

La preuve relative à chaque plainte a été admise comme preuve de faits similaires à l'égard des autres. Les plaignantes ne se connaissaient pas. Trois d'entre elles ont porté plainte de façon indépendante. Après l'annulation d'un procès rendu public, la quatrième victime, ayant pris connaissance des accusations, s'est fait connaître. Des quatre plaignantes, trois avaient auparavant été victimes d'abus sexuels. En outre, l'intimé savait que deux d'entre elles l'avaient été par d'autres. Les agressions alléguées consistaient à avoir caressé les seins des filles et avoir pénétré et stimulé la région vaginale avec les doigts, et à leur avoir posé des questions indiscrettes sur leurs activités sexuelles. Toutes les plaignantes ont témoigné que l'intimé ne portait pas de gants pendant l'examen interne. L'intimé, qui a témoigné pour sa propre défense, a nié les témoignages des plaignantes.

À l'issue de l'interrogatoire principal de l'intimé, l'avocat de ce dernier a exprimé l'intention d'appeler un psychiatre qui témoignerait que l'auteur des infractions alléguées appartenait à un groupe limité et inhabituel d'individus et que l'intimé ne faisait pas partie de cette catégorie restreinte parce qu'il n'en possédait pas les caractéristiques propres. Le ministère public a demandé au juge du procès de se prononcer sur l'admissibilité de cette preuve. Ce dernier a tenu un *voir-dire*, à la suite duquel il a conclu à l'inadmissibilité de la preuve présentée au *voir-dire*.

Le 16 novembre 1990, le jury a déclaré l'intimé coupable des infractions reprochées. Il a été condamné à neuf mois d'emprisonnement relativement à chacun des quatre chefs, à purger concurremment, et à deux années de probation. L'intimé a interjeté appel des déclarations de culpabilité et le ministère public a interjeté appel de la sentence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un

sary to deal with the Crown's sentence appeal and refused the Crown leave to appeal.

The appellant sought leave to appeal to this Court against the decision of the Ontario Court of Appeal pursuant to s. 693 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. On December 10, 1992 leave to appeal was granted by this Court, [1992] 3 S.C.R. viii.

### B. *The Excluded Evidence*

In the *voir dire*, Dr. Hill, the expert, began his testimony by explaining that there are three general personality groups that have unusual personality traits in terms of their psychosexual profile perspective. The first group encompasses the psychosexual who suffers from major mental illnesses (e.g., schizophrenia) and engages in inappropriate sexual behaviour occasionally. The second and largest group contains the sexual deviation types. This group of individuals shows distinct abnormalities in terms of the choice of individuals with whom they report sexual excitement and with whom they would like to engage in some type of sexual activity. The third group is that of the sexual psychopaths. These individuals have a callous disregard for people around them, including a disregard for the consequences of their sexual behaviour towards other individuals. Another group would include pedophiles who gain sexual excitement from young adolescents, probably pubertal or post-pubertal.

Dr. Hill identified pedophiles and sexual psychopaths as examples of members of unusual and limited classes of persons. In response to questions hypothetically encompassing the allegations of the four complainants, the expert stated that the psychological profile of the perpetrator of the first three complaints would likely be that of a pedophile, while the profile of the perpetrator of the fourth complaint would likely be that of a sexual psychopath. Dr. Hill also testified that, if but one perpetrator was involved in all four complaints described in the hypothetical questions, he would

nouveau procès. Elle a ainsi conclu qu'il n'était pas nécessaire d'entendre l'appel de la sentence interjeté par le ministère public, et a refusé à ce dernier l'autorisation d'appeler.

L'appelante a demandé à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario conformément à l'art. 693 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le 10 décembre 1992, notre Cour a accordé l'autorisation, [1992] 3 R.C.S. viii.

### R. *Les éléments de preuve écartés*

Lors du *voir-dire*, le Dr Hill, l'expert, a d'abord expliqué qu'il existait trois groupes généraux de personnalité possédant des traits de personnalité inhabituels du point de vue de leur profil psychosexuel. Le premier groupe comprend le psychosexuel qui souffre de maladie mentale grave (par exemple, la schizophrénie) et qui adopte à l'occasion un comportement sexuel inapproprié. Le deuxième groupe, le plus large, inclut les personnes ayant des déviations sexuelles. Les individus appartenant à ce groupe présentent des anomalies marquées quant au choix des personnes auxquelles ils relient l'excitation sexuelle et avec lesquelles ils aimeraient avoir une certaine forme d'activité sexuelle. Le troisième groupe comprend les psychopathes sexuels. Ils sont totalement insensibles à l'égard des gens qui les entourent, et indifférents aux conséquences de leur comportement sexuel envers autrui. Les pédophiles formeraient un quatrième groupe. Ils sont sexuellement excités par de jeunes adolescents qui sont vraisemblablement à l'âge pubertaire ou postpubertaire.

Le Dr Hill a qualifié les pédophiles et les psychopathes sexuels d'exemples d'individus membres d'une catégorie inhabituelle et restreinte de personnes. En réponse à des questions hypothétiques réunissant les allégations des quatre plaignantes, l'expert a déclaré que le profil psychologique de l'auteur des trois premières infractions serait probablement celui d'un pédophile, alors que le profil de l'auteur de la quatrième infraction serait probablement celui d'un psychopathe sexuel. Le Dr Hill a également témoigné que, si un seul auteur était impliqué relativement aux quatre

uniquely categorize that perpetrator as a sexual psychopath. He added that such a person would belong to a very small, behaviourally distinct category of persons. Dr. Hill was asked whether a physician who acted in the manner described in the hypothetical questions would be a member of a distinct group of aberrant persons. His answer was that such behaviours could only flow from a significant abnormality of character and would be part of an unusual and limited class. In cross-examination, Dr. Hill said: "You bring an extra abnormal, extra component for the abnormality when you talk about a physician in his or her office." According to Dr. Hill, physicians who were also sexual offenders would be a small group because not only would they be breaking the usual norms of society, but they would also be breaking out against the norms of the medical profession which are very strict given the intimate contact necessary to treat patients. It was contemplated that Dr. Hill would go on to testify "to the effect that Doctor Mohan does not have the characteristics attributable to any of the three groups in which most sex offenders fall."

## II. Judgments Below

### A. *High Court of Justice (Ruling on Voir Dire)* (Bernstein J.)

In ruling on the admissibility of Dr. Hill's evidence, the trial judge stated the issues as follows:

One: Did the offences alleged to have been committed by the accused have unusual features which would indicate that anyone who committed them was a member of a limited and distinguishable group?

Two: Did the psychiatrist have the necessary qualifications and expertise to venture an opinion on the first issue so as to be helpful to the jury?

The trial judge noted that Dr. Hill had personally interviewed and treated three doctors who engaged in criminal sexual misconduct with their patients. He also noted that Dr. Hill admitted that

plaintes décrites dans les questions hypothétiques, il le qualifierait de psychopathe sexuel uniquement. Il a ajouté qu'une telle personne appartiendrait à un groupe très restreint de personnes distinctes du point de vue de leur comportement. On a demandé au Dr Hill si un médecin agissant de la manière décrite dans les questions hypothétiques ferait partie d'un groupe distinct de personnes anormales. Il a répondu que de tels comportements ne pouvaient que découler d'une grave anomalie du caractère et feraient partie d'une catégorie inhabituelle et restreinte. En contre-interrogatoire, le Dr Hill a dit: [TRADUCTION] «Vous apportez une anomalie supplémentaire, un élément supplémentaire d'anomalie lorsque vous parlez d'un médecin dans son bureau.» Selon le Dr Hill, les médecins qui sont également des délinquants sexuels seraient peu nombreux parce que non seulement ils violent les normes ordinaires de la société, mais aussi les normes de la profession médicale, qui sont très strictes étant donné le contact intime inhérent au traitement des patients. On prévoyait que le Dr Hill témoignerait ensuite [TRADUCTION] «que le Dr Mohan ne possède pas les caractéristiques attribuables à l'un des trois groupes auxquels appartiennent la plupart des délinquants sexuels.»

## II. Les juridictions inférieures

### A. *La Haute Cour de Justice* (décision relative-ment au voir-dire) (le juge Bernstein)

En se prononçant sur l'admissibilité du témoignage du Dr Hill, le juge du procès a formulé ainsi les questions en litige:

[TRADUCTION]

(1) Les infractions imputées à l'accusé avaient-elles des caractéristiques inhabituelles indiquant que quiconque les a commises appartient à un groupe restreint et distinctif?

(2) Le psychiatre possédait-il les compétences et l'expérience nécessaires pour exprimer sur la première question une opinion qui soit utile au jury?

Le juge du procès a signalé que le Dr Hill avait lui-même interrogé et traité trois médecins ayant eu un comportement sexuel criminel avec leurs patients. Il a également signalé que le Dr Hill avait

he was not aware of any scientific study or literature related to the psychiatric make-up of doctors who sexually abuse their patients and that his experience with three admitted offenders who were doctors was not a sufficient basis to allow him to make any generalizations on the subject. Dr. Hill acknowledged that he, as a psychiatrist, is unable to diagnose individuals as having the distinct characteristics of a pedophile or of a homosexual until the patient has performed an overt act which suggests the existence of the characteristic.

The trial judge reviewed the case law in which the use of such psychiatric evidence had been discussed (i.e., *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.); *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.); *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201 (Ont. C.A.); *R. v. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)). From these cases, the trial judge concluded that the use of psychiatric evidence has been greatly expanded since *R. v. Lupien*. He cited the following words of Martin J.A. in *R. v. Robertson* (at p. 423):

Evidence that the offence has distinctive features which identified the perpetrator as a person possessing unusual personality traits constituting him a member of an unusual and limited class of persons would render admissible evidence that the accused did not possess the personality characteristics of the class of persons to which the perpetrator of the crime belonged.

The trial judge also relied on the following passage of *R. v. McMillan* (at p. 175):

I leave open, until the question is required to be decided, whether when the crime is one assumed to be committed by normal persons, e.g., rape, psychiatric evidence is admissible to show that the accused is a member of an abnormal group, possessing characteristics which make it improbable that he committed the offence, e.g., that he is a homosexual with an aversion to heterosexual relations. I am disposed, however, to think that such evidence is admissible.

admis qu'il ne connaissait aucune étude ou documentation scientifique relative au portrait psychiatrique des médecins qui abusent sexuellement de leurs patients, et que son expérience acquise auprès des trois délinquants reconnus, qui étaient des médecins, ne lui permettait pas de faire des généralisations sur le sujet. Le Dr Hill a reconnu qu'à titre de psychiatre, il n'était pas en mesure de diagnostiquer chez des individus les caractéristiques distinctes d'un pédophile ou d'un homosexuel, tant que le patient n'avait pas commis d'acte manifeste pouvant indiquer l'existence de la caractéristique.

Le juge du procès a passé en revue la jurisprudence dans laquelle l'utilisation de la preuve psychiatrique a été analysée (p. ex., *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.); *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A. Ont.); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201 (C.A. Ont.); *R. c. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)). Fort de ces arrêts, le juge du procès a conclu que l'utilisation de la preuve psychiatrique a considérablement été élargie depuis l'arrêt *R. c. Lupien*. Il a repris les propos suivants du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Robertson* (à la p. 423):

[TRADUCTION] La preuve que l'infraction présente des caractéristiques distinctives qui identifient l'auteur du crime comme une personne possédant des traits de personnalité inhabituels, qui le rattachent ainsi à une catégorie inhabituelle et restreinte de personnes, rendrait admissible la preuve que l'accusé ne possédait pas les traits de personnalité propres à la catégorie à laquelle l'auteur du crime appartient.

Le juge du procès a également invoqué le passage suivant de l'arrêt *R. c. McMillan* (à la p. 175):

[TRADUCTION] Je laisse ouverte, jusqu'à ce qu'elle doive être tranchée, la question de savoir, lorsqu'un crime, comme le viol, est présumé être commis par des personnes normales, si la preuve psychiatrique est admissible pour établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal possédant des caractéristiques en raison desquelles il est peu probable qu'il ait commis l'infraction, comme le fait qu'il soit un homosexuel ayant une aversion pour les relations hétérosexuelles. Je suis toutefois disposé à penser qu'une telle preuve est admissible.

After relying on *R. v. McMillan*, the trial judge held:

Doctor Hill is of the opinion that sexual assault is a crime committed by a distinguishable group. As I read the cases, I came to the conclusion that it is the size and the degree of distinctiveness of the "unusual and limited class of persons" which determines whether expert opinion will be helpful in defining the class and categorizing accused persons within or without the group. These days it is trite to say that a large number of men from all walks of life commit sexual offences on young women. While all may have some type of character disorder. I doubt that expert evidence regarding the normality of any given accused would be of assistance to a trier of fact absent some more distinguishing within the wide spectrum of sexual assault.

The evidence of Doctor Hill is not sufficient, I believe, to establish that doctors who commit sexual assaults on patients are in a significantly more limited group in psychiatric terms than are other members of society. There is no scientific data available to warrant that conclusion. A sample of three offenders is not a sufficient basis for such a conclusion. Even the allegations of the fourth complainant . . . are not so unusual, as sex offenders go, to warrant a conclusion that the perpetrator must have belonged to a sufficiently narrow class.

I conclude that if the evidence was received as proposed, it would merely be character evidence of a type that is inadmissible as going beyond evidence of general reputation, and does not fall within the proper sphere of expert evidence.

*B. Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 173*

It was apparent for Finlayson J.A., who wrote the court's judgment, that the trial judge's conclusions were based on a misapprehension of the evidence of Dr. Hill. Finlayson J.A. stated that Dr. Hill did not base his opinion on case studies of the three physicians he had as patients who were accused of sexual crimes. Rather, Finlayson J.A. was of the view at p. 177 that, in concluding that the perpetrators in the hypothetical examples would fall into an unusual and limited class of persons, and that, if the perpetrator were a physician, the class into which he would fall would be even

Après avoir invoqué l'arrêt *R. c. McMillan*, le juge du procès a déclaré:

[TRADUCTION] Selon le Docteur Hill, l'agression sexuelle est un crime commis par un groupe distinctif. Compte tenu de la jurisprudence, je conclus que c'est l'importance et le degré de distinction de la «catégorie inhabituelle et restreinte de personnes» qui détermine si l'opinion d'un expert contribuera à définir la catégorie et à inclure les accusés dans ce groupe ou à les en exclure. Il va sans dire qu'un grand nombre d'hommes de tous les milieux commettent des infractions sexuelles sur de jeunes femmes. S'il se peut que tous souffrent d'une forme de désordre mental, je doute que la preuve d'expert portant sur la normalité d'un accusé soit utile au juge des faits en l'absence d'un élément plus distinctif se situant à l'intérieur du large spectre de l'agression sexuelle.

À mon avis, le témoignage du Docteur Hill ne suffit pas à établir que les médecins qui agressent sexuellement leurs patients forment un groupe beaucoup plus restreint sur le plan psychiatrique que les autres membres de la société. Aucune donnée scientifique ne justifie cette conclusion. Un échantillon de trois délinquants ne suffit pas comme fondement à une telle conclusion. Même les allégations de la quatrième plaignante [. . .] ne sont pas inhabituelles, en ce qui concerne les délinquants sexuels, au point de justifier la conclusion que l'auteur du crime devait appartenir à une catégorie suffisamment restreinte.

Je conclus que, si la preuve proposée était admise, elle ne serait qu'une preuve de moralité sous une forme inadmissible puisqu'elle excède la preuve de la réputation générale, et qu'elle n'entre pas dans la sphère de la preuve d'expert.

*B. La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 173*

Il était évident pour le juge Finlayson, qui s'est prononcé au nom de la cour, que le juge du procès avait tiré des conclusions fondées sur une mauvaise compréhension du témoignage du Dr Hill. Le juge Finlayson a déclaré que l'opinion du Dr Hill ne reposait pas sur le cas des trois médecins qu'il avait traités et qui avaient été accusés de crimes sexuels. Au contraire, le juge Finlayson s'est dit d'avis, à la p. 177, que pour conclure que les auteurs, dans les exemples hypothétiques, tomberaient dans une catégorie inhabituelle et restreinte de personnes et que, si l'auteur du crime était un

narrower, Dr. Hill based his opinion on all of his experience:

With respect, I think the learned trial judge was in error, in that he ruled on the sufficiency of the evidence of Dr. Hill, not its admissibility. It was up to the jury to consider what weight should be given to the expert opinion. Crown counsel suggested on appeal that the trial judge was ruling on the qualifications of the expert witness to give the opinion that he did. I do not think that is a correct interpretation of the trial judge's reasons. Dr. Hill's qualifications are outstanding and no attempt was made at trial to challenge them. I think the trial judge was saying that Dr. Hill's personal experience in dealing with sex-offending physicians and the lack of scientific literature specific to such physicians did not justify Dr. Hill giving the opinion that he did. In my opinion, in restricting his interpretation of Dr. Hill's testimony to "doctors who commit sexual assaults on patients", the trial judge misapprehended the opinion of Dr. Hill and the broad psychiatric experience upon which it was based.

Finlayson J.A. went on to say that the evidence of Dr. Hill was admissible on two bases. On the first basis, given that similar fact evidence was admitted showing that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence, Dr. Hill's testimony was admissible to show that the offences alleged were unlikely to have been committed by the same person (*R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763).

On the second basis, it was admissible to show that the respondent was not a member of either of the unusual groups of aberrant personalities which could have committed the offenses alleged. Referring to *R. v. Lupien*, *supra*, at pp. 275-78, *R. v. Robertson*, *supra*, at p. 425, and *R. v. McMillan*, *supra*, Finlayson J.A. held that it is settled law that opinion evidence showing that the accused did or did not possess the distinguishing characteristics of an abnormal group is admissible in a criminal case, where it would appear that the perpetrator of the crime alleged is a person with an abnormal propensity or disposition which stamps him or her as being a member of that special and extraordi-

médecin, la catégorie à laquelle il appartiendrait serait encore plus restreinte, le Dr Hill a fondé son opinion sur son expérience générale:

[TRADUCTION] Avec égards, j'estime que le juge du procès a commis une erreur puisqu'il s'est prononcé sur la suffisance du témoignage du Dr Hill et non sur son admissibilité. Il appartenait au jury d'apprécier la valeur de l'opinion d'expert. Le ministère public a donné à entendre en appel que le juge du procès se prononçait sur les compétences du témoin expert pour exprimer l'opinion en cause. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'une interprétation juste des motifs du juge du procès. Les compétences du Dr Hill sont remarquables et personne n'a tenté de les contester au procès. À mon avis, le juge du procès affirmait que l'expérience personnelle du Dr Hill acquise auprès des médecins auteurs d'infractions sexuelles, d'une part, et l'absence de documentation scientifique sur de tels médecins, d'autre part, ne permettraient pas au Dr Hill d'exprimer l'opinion en cause. À mon avis, en restreignant aux «médecins qui agressent sexuellement leurs patients» son interprétation de l'opinion du Dr Hill, le juge du procès a mal interprété celle-ci et la grande expérience psychiatrique sur laquelle elle est fondée.

Le juge Finlayson a ensuite ajouté que le témoignage du Dr Hill était admissible pour deux motifs. D'une part, étant donné que la preuve de faits similaires admise démontre que les actes comparés sont si inhabituels et d'une similitude si frappante qu'on ne peut attribuer celle-ci à la coïncidence, le témoignage du Dr Hill était admissible pour démontrer qu'il était peu probable que les infractions alléguées aient été commises par la même personne (*R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763).

Par ailleurs, il était admissible pour démontrer que l'intimé n'était pas membre des groupes inhabituels de personnalités anormales qui auraient pu commettre les infractions alléguées. Invoquant les arrêts *R. c. Lupien*, précité, aux pp. 275 à 278; *R. c. Robertson*, précité, à la p. 425 et *R. c. McMillan*, précité, le juge Finlayson a conclu qu'il est établi en droit que le témoignage d'opinion qui démontre que l'accusé possédait ou ne possédait pas les caractéristiques distinctives d'un groupe anormal est admissible dans une affaire criminelle lorsqu'il appert que l'auteur du crime reproché a une propension ou une prédisposition anormale qui indique qu'il est membre de cette catégorie (ou

nary class (or group). In this case, the psychiatrist showed that pedophiles and sexual psychopaths are members of special and extraordinary classes. Considering also the issues put to the jury in the case at bar (complex psychological issues, testimonial trustworthiness), Finlayson J.A. held that evidence of persons with professional psychiatric experience in dealing with sexual offences would be of assistance (based on: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee, supra*; *R. v. B.(G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30).

The court allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. Accordingly, the Court of Appeal refused leave to the Crown's sentence appeal.

### III. Analysis

The admissibility of the rejected evidence was analyzed in argument under two exclusionary rules of evidence: (1) expert opinion evidence, and (2) character evidence. I have concluded that, on the basis of the principles relating to exceptions to the character evidence rule and under the principles governing the admissibility of expert evidence, the limitations on the use of this type of evidence require that the evidence in this case be excluded.

#### (1) *Expert Opinion Evidence*

Admission of expert evidence depends on the application of the following criteria:

- (a) relevance;
- (b) necessity in assisting the trier of fact;
- (c) the absence of any exclusionary rule;
- (d) a properly qualified expert.

#### (a) Relevance

Relevance is a threshold requirement for the admission of expert evidence as with all other evidence. Relevance is a matter to be decided by a judge as question of law. Although *prima facie* admissible if so related to a fact in issue that it

groupe) spéciale et extraordinaire. En l'espèce, le psychiatre a démontré que les pédophiles et les psychopathes sexuels appartiennent à des catégories spéciales et extraordinaires. Tenant compte également des questions soumises au jury en l'espèce (questions psychologiques complexes, fiabilité du témoignage), le juge Finlayson a conclu que le témoignage de personnes dotées d'une expérience psychiatrique professionnelle dans le domaine des infractions sexuelles serait utile (fondé sur: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, précité; *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30).

La cour a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Elle n'a donc pas autorisé le ministère public à en appeler de la sentence.

### III. Analyse

L'admissibilité de la preuve écartée a été analysée en plaidoirie au regard de deux règles d'exclusion de la preuve: (1) le témoignage d'opinion d'un expert et (2) la preuve de moralité. Compte tenu des principes qui gouvernent les exceptions à la règle en matière de preuve de moralité et de ceux qui gouvernent l'admissibilité de la preuve d'expert, j'ai conclu que les restrictions imposées à l'utilisation de ce type de preuve exigent d'écarter le témoignage en l'espèce.

#### (1) *Témoignage d'opinion d'un expert*

L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants:

- a) la pertinence;
- b) la nécessité d'aider le juge des faits;
- c) l'absence de toute règle d'exclusion;
- d) la qualification suffisante de l'expert.

#### a) La pertinence

Comme pour toute autre preuve, la pertinence est une exigence liminaire pour l'admission d'une preuve d'expert. La pertinence est déterminée par le juge comme question de droit. Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à

tends to establish it, that does not end the inquiry. This merely determines the logical relevance of the evidence. Other considerations enter into the decision as to admissibility. This further inquiry may be described as a cost benefit analysis, that is "whether its value is worth what it costs." See *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at p. 544. Cost in this context is not used in its traditional economic sense but rather in terms of its impact on the trial process. Evidence that is otherwise logically relevant may be excluded on this basis, if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if it involves an inordinate amount of time which is not commensurate with its value or if it is misleading in the sense that its effect on the trier of fact, particularly a jury, is out of proportion to its reliability. While frequently considered as an aspect of legal relevance, the exclusion of logically relevant evidence on these grounds is more properly regarded as a general exclusionary rule (see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). Whether it is treated as an aspect of relevance or an exclusionary rule, the effect is the same. The reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of expert evidence.

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. As La Forest J. stated in *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 434, with respect to the evidence of the results of a polygraph tendered by the accused, such evidence should not be admitted by reason of "human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science". The application of this principle can be seen in cases such as *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348, in which Moldaver J. applied a threshold test of reliability to what he described at p. 353 as "a new scientific

ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir, l'analyse ne se termine pas là. Cela établit seulement la pertinence logique de la preuve. D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices, à savoir «si la valeur en vaut le coût.» Voir *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984), à la p. 544. Le coût dans ce contexte n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité. Bien qu'elle ait été fréquemment considérée comme un aspect de la pertinence juridique, l'exclusion d'une preuve logiquement pertinente, pour ces raisons, devrait être considérée comme une règle générale d'exclusion (voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Qu'elle soit traitée comme un aspect de la pertinence ou une règle d'exclusion, son effet est le même. Ce facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l'appréciation de l'admissibilité de la preuve d'expert.

La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 434, relativement au témoignage sur les résultats d'un détecteur de mensonges produits par l'accusé, une telle preuve ne devrait pas être admise en raison de «la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science». On a appliqué ce principe dans des décisions comme *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348, dans laquelle le juge Moldaver a appliqué un

technique or body of scientific knowledge". Moldaver J. also mentioned two other factors, *inter alia*, which should be considered in such circumstances (at p. 353):

- (1) Is the evidence likely to assist the jury in its fact-finding mission, or is it likely to confuse and confound the jury?
- (2) Is the jury likely to be overwhelmed by the "mystic infallibility" of the evidence, or will the jury be able to keep an open mind and objectively assess the worth of the evidence?

A similar approach was adopted in *R. v. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.), where, in ruling upon a *voir dire* concerning the admissibility of D.N.A. evidence, Flanigan J. admitted most of the evidence but excluded statistical evidence about the probability of a match between the DNA contained in samples taken from the accused and those taken from the scene of a crime. The learned judge explained:

This Court does not think that the criminal jurisdiction of Canada is yet ready to put such an additional pressure on a jury, by making them overcome such fantastic odds and asking them to weigh it as just one piece of evidence to be considered in the overall picture of all the evidence presented. There is a real danger that the jury will use the evidence as a measure of the probability of the accused's guilt or innocence and thereby undermine the presumption of innocence and erode the value served by the reasonable doubt standard. As said in the Schwartz case: "dehumanize our justice system".

I would therefore, rule admissible the D.N.A. testing evidence but not the statistic probabilities. This restriction can be easily overcome by evidence that "such matches are rare" or "extremely rare" or words to the same effect, which will put the jury in a better position to assess such evidence and protect the right of the accused to a fair trial.

It should be noted that, subsequently, other courts have rejected the distinction drawn by Flanigan J. and have admitted both DNA evidence and the evi-

critère préliminaire de fiabilité à ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] «nouvelle technique ou discipline scientifique» (p. 353). Le juge Moldaver a également mentionné deux facteurs, entre autres, qui devraient être considérés dans de telles circonstances (à la p. 353):

[TRADUCTION]

- (1) La preuve est-elle susceptible de faciliter la tâche de recherche des faits du jury, ou susceptible de l'embrouiller et de le dérouter?
- (2) Le jury est-il susceptible d'être écrasé par l'«infaillibilité mystique» de la preuve, ou sera-t-il capable de garder l'esprit ouvert et d'en apprécier objectivement la valeur?

Un point de vue semblable a été adopté dans la décision *R. c. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.) où, se prononçant sur un *voir-dire* concernant l'admissibilité de la preuve d'ADN, le juge Flanigan a admis la plus grande partie de la preuve en excluant toutefois les statistiques sur la probabilité que l'ADN prélevé sur des échantillons recueillis sur l'accusé concorde avec celui prélevé sur la scène du crime. Le juge s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Notre Cour ne croit pas que la juridiction criminelle au Canada soit prête à imposer une pression supplémentaire aux membres du jury en exigeant d'eux qu'ils surmontent des obstacles aussi énormes et qu'ils la pondèrent comme un simple élément de preuve à examiner dans le cadre de l'ensemble de la preuve produite. Il y a un danger réel que le jury utilise la preuve comme une mesure de la probabilité de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et que cela mine la présomption d'innocence et la valeur que présente la norme du doute raisonnable. Comme on l'a dit dans l'affaire Schwartz, «déshumaniser notre système de justice».

Je déclarerais par conséquent admissible la preuve de l'analyse d'A.D.N., mais pas les probabilités statistiques. Cette restriction peut facilement être surmontée par la preuve qu'«une telle concordance est rare» ou «extrêmement rare» ou par une formulation de ce genre, ce qui permettra au jury de mieux apprécier la preuve en question et protégera le droit de l'accusé à un procès équitable.

Il y a lieu de signaler que, par la suite, d'autres tribunaux ont rejeté la distinction établie par le juge Flanigan et ont admis tant la preuve d'ADN que la

dence regarding statistical probabilities of a match. (See, e.g., *R. v. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.)). I rely on *R. v. Bourguignon*, *supra*, simply to illustrate the mode of approach adopted there and leave the specific issue decided by Flanigan J. to be considered when it arises.

(b) Necessity in Assisting the Trier of Fact

In *R. v. Abbey*, *supra*, Dickson J., as he then was, stated, at p. 42:

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

This pre-condition is often expressed in terms as to whether the evidence would be helpful to the trier of fact. The word "helpful" is not quite appropriate and sets too low a standard. However, I would not judge necessity by too strict a standard. What is required is that the opinion be necessary in the sense that it provide information "which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury": as quoted by Dickson J. in *R. v. Abbey*, *supra*. As stated by Dickson J., the evidence must be necessary to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue due to their technical nature. In *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684, this Court, quoting from *Beven on Negligence* (4th ed. 1928), at p. 141, stated that in order for expert evidence to be admissible, "[t]he subject-matter of the inquiry must be such that ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge". More recently, in *R. v. Lavallee*, *supra*, the above passages from *Kelliher* and *Abbey* were applied to the present

preuve relative aux probabilités statistiques d'une concordance. (Voir, p. ex., *R. c. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.)). Je m'appuie sur l'arrêt *R. c. Bourguignon*, précité, seulement pour illustrer la méthode adoptée dans cette affaire et je laisse la question précise tranchée par le juge Flanigan à considérer quand elle sera soulevée.

b) La nécessité d'aider le juge des faits

Dans l'arrêt *R. c. Abbey*, précité, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a dit à la p. 42:

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Cette condition préalable est fréquemment reprise dans la question de savoir si la preuve serait utile au juge des faits. Le mot «utile» n'est pas tout à fait juste car il établit un seuil trop bas. Toutefois, je ne jugerais pas la nécessité selon une norme trop stricte. L'exigence est que l'opinion soit nécessaire au sens qu'elle fournit des renseignements «qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury»: cité par le juge Dickson, dans *Abbey*, précité. Comme le juge Dickson l'a dit, la preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d'apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique. Dans l'arrêt *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684, notre Cour, citant *Beven on Negligence* (4<sup>e</sup> éd. 1928) à la p. 141, a déclaré que la preuve d'expert était admissible si [TRADUCTION] «l'objet de l'analyse est tel qu'il est peu probable que des personnes ordinaires puissent former un jugement juste à cet égard sans l'assistance de personnes possédant des

evidence as to the state of mind of a "battered" woman. The judgment stressed that this was an area that is not understood by the average person.

As in the case of relevance, discussed above, the need for the evidence is assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. As stated by Lawton L.J. in *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834, at p. 841, and approved by Lord Wilberforce in *Director of Public Prosecutions v. Jordan*, [1977] A.C. 699, at p. 718:

"An expert's opinion is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of an expert is unnecessary. In such a case if it is given dressed up in scientific jargon it may make judgment more difficult. The fact that an expert witness has impressive scientific qualifications does not by that fact alone make his opinion on matters of human nature and behaviour within the limits of normality any more helpful than that of the jurors themselves; but there is a danger that they may think it does."

The possibility that evidence will overwhelm the jury and distract them from their task can often be offset by proper instructions.

There is also a concern inherent in the application of this criterion that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact. Too liberal an approach could result in a trial's becoming nothing more than a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept.

These concerns were the basis of the rule which excluded expert evidence in respect of the ultimate issue. Although the rule is no longer of general application, the concerns underlying it remain. In light of these concerns, the criteria of relevance and necessity are applied strictly, on occasion, to exclude expert evidence as to an ultimate issue.

l'arrêt *R. c. Lavallee*, précité, les passages précités des arrêts *Kelliher* et *Abbey* ont été appliqués pour admettre une preuve d'expert sur l'état d'esprit d'une femme «battue». On a souligné qu'il s'agissait là d'un domaine que la personne ordinaire ne comprend pas.

Comme la pertinence, analysée précédemment, la nécessité de la preuve est évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits. Comme le lord juge Lawton l'a remarqué dans l'arrêt *R. c. Turner*, [1975] Q.B. 834, à la p. 841, qui a été approuvé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Jordan*, [1977] A.C. 699, à la p. 718:

[TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire. Dans un tel cas, si elle est exprimée dans un jargon scientifique, elle rend la tâche de juger plus difficile. Le seul fait qu'un témoin expert possède des qualifications scientifiques impressionnantes ne signifie pas que son opinion sur les questions de la nature et du comportement humains dans le cadre de la normalité est plus utile que celle des jurés eux-mêmes; ces derniers risquent toutefois de croire qu'elle l'est.»

La possibilité que la preuve ait un impact excessif sur le jury et le détourne de ses tâches peut souvent être contrecarrée par des directives appropriées.

Il y a également la crainte inhérente à l'application de ce critère que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits. Une conception trop libérale pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter.

Ces préoccupations sont le fondement de la règle d'exclusion de la preuve d'expert relativement à une question fondamentale. Bien que la règle ne soit plus d'application générale, les préoccupations qui la sous-tendent demeurent. En raison de ces préoccupations, les critères de pertinence et de nécessité sont à l'occasion appliqués strictement

Expert evidence as to credibility or oath-helping has been excluded on this basis. See *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, per McLachlin J.

pour exclure la preuve d'expert sur une question fondamentale. La preuve d'expert sur la crédibilité ou la justification a été exclue pour ce motif. Voir l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, les motifs du juge McLachlin.

(c) The Absence of any Exclusionary Rule

c) L'absence de toute règle d'exclusion

Compliance with criteria (a), (b) and (d) will not ensure the admissibility of expert evidence if it falls afoul of an exclusionary rule of evidence separate and apart from the opinion rule itself. For example, in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, evidence elicited by the Crown in cross-examination of the psychiatrist called by the accused was inadmissible because it was not shown to be relevant other than as to the disposition to commit the crime charged. Notwithstanding, therefore, that the evidence otherwise complied with the criteria for the admission of expert evidence it was excluded by reason of the rule that prevents the Crown from adducing evidence of the accused's disposition unless the latter has placed his or her character in issue. The extent of the restriction when such evidence is tendered by the accused lies at the heart of this case and will be discussed hereunder.

Le respect des critères a), b) et d) n'assurera pas l'admissibilité de la preuve d'expert si celle-ci contrevient à une règle d'exclusion de la preuve, distincte de la règle applicable à l'opinion. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, la preuve obtenue par le ministère public en contre-interrogatoire du psychiatre cité par l'accusé a été jugée inadmissible parce qu'il n'avait pas été établi qu'elle était pertinente autrement que relativement à la propension à commettre le crime reproché. En dépit du fait que la preuve respectait par ailleurs les critères d'admissibilité de la preuve d'expert, elle a donc été exclue sur le fondement de la règle qui interdit au ministère public de produire une preuve de la propension de l'accusé à moins que ce dernier n'ait mis sa moralité en jeu. La portée de la restriction, lorsqu'une telle preuve est produite par l'accusé, est au cœur même de la présente affaire, et sera analysée ci-après.

(d) A Properly Qualified Expert

d) La qualification suffisante de l'expert

Finally the evidence must be given by a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify.

Enfin, la preuve doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage.

In summary, therefore, it appears from the foregoing that expert evidence which advances a novel scientific theory or technique is subjected to special scrutiny to determine whether it meets a basic threshold of reliability and whether it is essential in the sense that the trier of fact will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert. The closer the evidence approaches an opinion on an ultimate issue, the

En résumé, il ressort donc de ce qui précède que la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert. Plus la preuve se rapproche de l'opinion sur une question fondamentale, plus l'application de ce principe est

(2) *Expert Evidence as to Disposition*

In order to decide what principles should govern the admissibility of this kind of evidence, it is necessary to consider the limitations imposed by the rules relating to character evidence, having regard to the restrictions imposed by the criteria in respect of expert evidence.

I have already referred to *R. v. Morin*, wherein an unanimous court decided that the Crown cannot lead such evidence in the first instance unless it is relevant to an issue and is not being used merely as evidence of disposition. As I stated, at p. 371:

In my opinion, in order to be relevant on the issue of identity the evidence must tend to show that the accused shared a distinctive unusual behavioural trait with the perpetrator of the crime. The trait must be sufficiently distinctive that it operates virtually as a badge or mark identifying the perpetrator. The judgment of Lord Hailsham in *Boardman*, quoted above, provides one illustration of the kind of evidence that would be relevant.

Conversely, the fact that the accused is a member of an abnormal group some of the members of which have the unusual behavioural characteristics shown to have been possessed by the perpetrator is not sufficient. In some cases it may, however, be shown that all members of the group have the distinctive unusual characteristics. If a reasonable inference can be drawn that the accused has those traits then the evidence is relevant subject to the trial judge's obligation to exclude it if its prejudicial effect outweighs its probative value. The greater the number of persons in society having these tendencies, the less relevant the evidence on the issue of identity and the more likely that its prejudicial effect predominates over its probative value.

When, however, the evidence is tendered by the accused, other considerations apply. The accused is permitted to adduce evidence as to disposition both in his or her own evidence or by calling witnesses. The general rule is that evidence as to character is limited to evidence of the accused's reputation in the community with respect to the relevant trait or traits. The accused in his or her own testi-

(2) *Preuve d'expert quant à la prédisposition*

Pour déterminer les principes qui devraient gouverner l'admissibilité de ce genre de preuve, il faut considérer les restrictions imposées par les règles relatives à la preuve de moralité, eu égard aux restrictions imposées par les critères relatifs à la preuve d'expert.

J'ai cité plus haut l'arrêt *R. c. Morin* dans lequel notre Cour unanime a décidé que le ministère public ne peut produire une telle preuve en premier lieu que si elle est pertinente et n'est pas utilisée comme simple preuve de la prédisposition. Comme je l'ai mentionné, à la p. 371:

À mon avis, pour être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de comportement distinctif inhabile. Le trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie l'auteur du crime. L'extrait précité des motifs de lord Hailsham dans l'arrêt *Boardman* donne un exemple du genre de preuve qui serait pertinente.

Inversement, l'appartenance de l'accusé à un groupe anormal dont certains membres présentent des caractéristiques de comportement inhabituelles que possédait l'auteur du crime, n'est pas suffisante. Dans certains cas, cependant, il peut être démontré que tous les membres du groupe ont les caractéristiques distinctives inhabituelles. Si on peut raisonnablement en déduire que l'accusé possède ces traits, la preuve est alors pertinente sous réserve de l'obligation du juge du procès de l'exclure si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Plus le nombre de personnes dans la société présente ces tendances, moins la preuve est pertinente relativement à la question de l'identité et plus il est vraisemblable que son effet préjudiciable soit supérieur à sa valeur probante.

Néanmoins, lorsque la preuve est celle de l'accusé, d'autres facteurs entrent en jeu. L'accusé peut produire une preuve sur la prédisposition tant par son propre témoignage que par celui d'autres témoins. Suivant la règle générale, la preuve de moralité se limite à la preuve de la réputation de l'accusé au sein de la collectivité relativement au trait de caractère concerné. L'accusé peut toutefois

mony, however, may rely on specific acts of good conduct. See *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, at p. 348; leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. xi. Evidence of an expert witness that the accused, by reason of his or her mental make-up or condition of the mind, would be incapable of committing or disposed to commit the crime does not fit either of these categories. A further exception, however, has developed that is limited in scope. I propose to examine the extent of this exception.

In England, with the exception of non-insane automatism, expert psychiatric and psychological evidence is not admissible to show the accused's state of mind unless it is contended that the accused is abnormal in the sense of suffering from insanity or diminished responsibility. In *R. v. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268, the trial judge refused to allow medical evidence that the accused who was not alleged to be suffering from a disease of the mind lacked the necessary *mens rea*. In the Court of Appeal, Roskill L.J. stated at p. 271 that it was "not permissible to call a witness, whatever his personal experience, merely to tell the jury how he thinks an accused man's mind — assum[ing] a normal mind operated at the time of the alleged crime . . ."

In *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.), such evidence was admitted when tendered by one co-accused against another. It was a case involving the sadistic murder of a young girl. Lowery and King were both charged, and it was obvious that one, the other, or both of them were guilty. In this context, King sought to prove that he feared Lowery and that Lowery dominated him. The Privy Council held that the trial judge acted properly in allowing King to call a psychiatrist to swear that he was less likely to have committed the crime than Lowery. That is, character evidence tendered by a psychiatrist was held to be admissible. Lord

invoker dans son propre témoignage des actes particuliers de bonne conduite. Voir *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, à la p. 348; autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. xi. Le témoignage d'un expert indiquant qu'en raison de sa constitution mentale ou de son état mental, l'accusé serait incapable de commettre le crime ou ne pourrait être prédisposé à le commettre, ne correspond à aucune des catégories concernées. Une autre exception de portée limitée a toutefois été créée. Je propose d'en examiner l'étendue.

En Angleterre, à l'exception de l'automatisme non fondé sur l'aliénation mentale, la preuve d'expert psychiatrique et psychologique n'est pas admissible pour démontrer l'état d'esprit de l'accusé, sauf si on fait valoir qu'il est anormal parce qu'il souffre d'aliénation mentale ou de responsabilité amoindrie. Dans l'arrêt *R. c. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268, le juge du procès a refusé d'accueillir la preuve médicale portant que l'accusé, dont on n'alléguait pas qu'il souffrait d'une maladie mentale, n'avait pas la *mens rea* requise. En Cour d'appel, le lord juge Roskill a déclaré, à la p. 271, qu'il était [TRADUCTION] «interdit de citer un témoin, quelle que soit son expérience personnelle, simplement pour dire au jury comment il pense que l'esprit de l'accusé — en suppos[ant] qu'il ait un esprit normal — fonctionnait à l'époque du crime reproché . . .»

Dans l'arrêt *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (C.P.), un témoignage semblable, rendu par un coaccusé contre l'autre, a été admis. L'affaire portait sur le meurtre sadique d'une jeune fille. Lowery et King étaient tous deux accusés, et il était évident que l'un ou l'autre, ou les deux, étaient coupables. C'est dans ce contexte que King a cherché à établir qu'il craignait Lowery et que ce dernier exerçait sur lui sa domination. Le Conseil privé a conclu que le juge du procès avait agi correctement en permettant à King d'appeler un psychiatre pour témoigner sous serment qu'il était moins susceptible d'avoir commis le crime que Lowery. La preuve de moralité produite par un

Morris of Borth-y-Gest of the Privy Council stated, at p. 103:

Lowery and King were each asserting that the other was the completely dominating person at the time Rosalyn Nolte was killed: each claimed to have been in fear of the other. In these circumstances it was most relevant for King to be able to show, if he could, that Lowery had a personality marked by aggressiveness whereas he, King, had a personality which suggested that he would be led and dominated by someone who was dominant and aggressive . . . . Not only however was the evidence which King called relevant to this case: its admissibility was placed beyond doubt by the whole substance of Lowery's case.

Moreover, in *R. v. Turner, supra*, the accused unsuccessfully pleaded provocation in answer to a charge of murder of his girlfriend whom he alleged that he had killed in a fit of rage caused by her sudden confession of infidelity. He appealed on the grounds that the trial judge had wrongly refused to admit the evidence of a psychiatrist. That psychiatrist was to testify to the effect that the accused was not mentally ill, that he had a great affection toward the victim and that he deeply regretted his act of murder. The evidence was rejected on the basis that it was not the proper subject of expert evidence. As for *Lowery v. The Queen*, it was confined to its own facts.

C. Tapper in *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 492, reconciled *Lowery v. The Queen* and *R. v. Turner* using a principled approach:

Juries do not need to be told that normal men are liable to lose control of themselves when their women admit to infidelity, but they require all the expert assistance they can get to help them determine which of two accused has the more aggressive personality.

Tapper then proceeded to reconcile the two cases using a more technical approach:

Another way of reconciling the cases would be to treat the fact that Lowery had put his character in issue as crucial to the decision of the Privy Council, the psychiatric evidence then being admissible to impugn the credibility of his testimony. Unfortunately we are left with-

Morris of Borth-y-Gest du Conseil privé a dit, à la p. 103:

[TRADUCTION] Lowery et King ont tous deux fait valoir que l'autre était le dominateur absolu à l'époque du meurtre de Rosalyn Nolte: tous deux ont soutenu avoir craint l'autre. Dans ces circonstances, il était tout à fait opportun pour King de pouvoir démontrer, s'il en était capable, que Lowery avait une personnalité marquée par l'agressivité alors que lui-même, King, avait une personnalité indiquant qu'il serait mené et dominé par une personne dominante et agressive [. . .] Toutefois, non seulement la preuve que King a produite était-elle pertinente quant à la présente affaire, mais son admissibilité a été placée au-dessus de tout doute par la substance de la preuve de Lowery.

En outre, dans l'arrêt *R. c. Turner*, précité, l'accusé a plaidé sans succès la provocation en défense à l'accusation du meurtre de son amie qu'il alléguait avoir tuée dans un excès de rage provoqué par sa confession inattendue d'infidélité. Il a interjeté appel pour le motif que le juge du procès avait refusé à tort d'admettre le témoignage d'un psychiatre. Ce dernier devait témoigner que l'accusé n'était pas mentalement malade, qu'il ressentait une grande affection à l'endroit de la victime et qu'il regrettait sincèrement d'avoir commis le meurtre. Le témoignage a été rejeté sur le fondement qu'il ne relevait pas de la preuve d'expert. Quant à l'affaire *Lowery c. The Queen*, elle a été confinée à ses propres faits.

C. Tapper dans *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 492, a concilié les arrêts *Lowery c. The Queen* et *R. c. Turner*, en s'aidant d'une conception fondée sur les principes:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de dire aux jurés que des hommes normaux peuvent perdre leur maîtrise de soi lorsque leurs femmes avouent leur infidélité, mais il convient de leur fournir toute l'aide experte possible afin de déterminer lequel des deux accusés est le plus agressif.

Tapper a ensuite concilié les deux affaires en recourant à une conception plus technique:

[TRADUCTION] On peut concilier les deux affaires également en faisant du fait que Lowery a mis sa moralité en jeu un élément déterminant de la décision du Conseil privé, la preuve psychiatrique étant alors admissible pour attaquer la crédibilité de son témoignage. Malheu-

out any guidance on the subject from the Court of Appeal who contented themselves with saying that *Lowery's* case was decided on its special facts.

With respect to the development of the exception in Canada, *R. v. Lupien, supra*, is a good starting point. It involved a respondent who was convicted of attempting to commit an act of gross indecency, and whose defence was that he lacked the requisite intent to commit the act because he thought his companion was a woman. He sought to prove his "lack of intent" by tendering psychiatric evidence which showed that he reacted violently against any type of homosexual activity and, therefore, could not have knowingly engaged in an act of gross indecency. Ritchie J. concluded, at pp. 277-78, that the evidence was admissible for the following reasons:

I am far from saying that as a general rule psychiatric evidence of a man's disinclination to commit the kind of crime with which he is charged should be admitted, but the present case is concerned with gross indecency between two men and I think that crimes involving homosexuality stand in a class by themselves in the sense that the participants frequently have characteristics which make them more readily identifiable as a class than ordinary criminals. See *Reg. v. Thompson* [(1917), 13 Cr. App. R. 61 at 81]. In any event, it appears to me that the question of whether or not a man is homosexually inclined or otherwise sexually perverted is one upon which an experienced psychiatrist is qualified to express an opinion and that if such opinion is relevant it should be admitted at a trial such as this even if it involves the psychiatrist in expressing his conclusion that the accused does not have the capacity to commit the crime with which he is charged.

It is this passage that created the abnormal group exception which is often sought to be applied to various contexts other than the homosexual context.

The Ontario Court of Appeal, and specifically Martin J.A., further looked into this exception of proving the disposition of the accused through psychiatric evidence in the following two cases: *R. v. McMillan, supra, aff'd* [1977] 2 S.C.R. 824, and *R. v. Robertson, supra*.

reusement, nous sommes laissés sans autre assistance à cet égard que la simple déclaration de la Cour d'appel portant que l'affaire *Lowery* a été décidée en fonction de ses faits propres.

<sup>a</sup> L'arrêt *R. c. Lupien*, précité, est un bon point de départ de l'évolution de l'exception au Canada. Déclaré coupable d'avoir tenté de commettre un acte de grossière indécence, l'intimé plaidait qu'il n'avait pas l'intention requise pour commettre l'acte, parce qu'il croyait que son compagnon était une femme. Il a tenté d'établir son «absence d'intention» en produisant une preuve psychiatrique démontrant qu'il réagissait violemment à tout genre d'activité homosexuelle et que, par conséquent, il ne pouvait avoir sciemment commis un acte de grossière indécence. Le juge Ritchie a conclu à l'admissibilité de la preuve pour les motifs suivants (aux pp. 277 et 278):

<sup>e</sup> Je suis loin de poser comme règle générale que la preuve psychiatrique des prédispositions d'une personne à ne pas commettre le genre de crime dont il est accusé doit être admise, mais dans cette affaire-ci il s'agit de grossière indécence entre deux hommes et je pense que les crimes relatifs à l'homosexualité sont dans une catégorie à part, en ce sens que leurs auteurs possèdent souvent des caractéristiques qui les rendent collectivement plus facilement identifiables que les criminels ordinaires. Voir *Regina v. Thompson* [(1917), 13 Cr. App. R. 61 à 81]. De toute façon, il me paraît qu'un psychiatre est qualifié pour exprimer un avis sur la question de savoir si un homme est prédisposé à l'homosexualité, ou autrement sexuellement perversi. Si un tel avis est pertinent, il doit être recevable dans un procès comme celui-ci, même s'il amène le psychiatre à exprimer l'avis que l'inculpé ne possède pas la capacité de commettre le crime dont il est accusé.

<sup>h</sup> C'est ce passage qui a créé l'exception relative au groupe anormal que l'on tente fréquemment d'appliquer dans des contextes autres que celui de l'homosexualité.

<sup>i</sup> La Cour d'appel de l'Ontario, et en particulier le juge Martin, a examiné plus amplement l'exception qui consiste à démontrer la prédisposition de l'accusé à l'aide de la preuve psychiatrique, dans les deux affaires suivantes: *R. c. McMillan*, précité, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824, et *R. c. Robertson*, précité.

*R. v. McMillan* involved an accused who was charged with the murder of his infant child and whose defence was that it was in fact his wife and not he who killed the child. The trial judge allowed the accused to call a psychiatrist who testified that the accused's wife had a psychopathic personality disturbance with brain damage. This psychiatric evidence showed that a third party, the accused's wife, was more likely to have committed the crime because of her abnormal personality/disposition. Martin J.A., speaking for the Court, found that disposition to commit a crime is generally relevant since it goes to the probability/propensity of the person doing or not doing the act charged. He then referred to *R. v. Lupien*, at p. 169, as creating the following exception:

One of the exceptions to the general rule that the character of the accused, in the sense of disposition, when admissible, can only be evidenced by general reputation, relates to the admissibility of psychiatric evidence where the particular disposition or tendency in issue is characteristic of an abnormal group, the characteristics of which fall within the expertise of the psychiatrist.

After having noted the applicability of *R. v. Lupien*, Martin J.A. engaged in a lengthy discussion of the exception and in fact extended *R. v. Lupien*. This extension, at pp. 173-75 of *R. v. McMillan*, was affirmed by the Supreme Court of Canada:

I do not consider that, because the crime under consideration was not one that could only be committed by a person with a special or abnormal propensity, psychiatric evidence with respect to Mrs. McMillan's disposition, was, therefore, inadmissible, in the circumstances of this case.

All evidence to be admissible must, of course, be relevant to some issue in the case. Psychiatric evidence with respect to the personality traits or disposition of a person, whether of the accused or another, may be admissible for different purposes. While those purposes are not mutually exclusive, evidence which is relevant for one purpose may not be for another.

Dans l'affaire *R. c. McMillan*, l'accusé était inculpé du meurtre de son jeune enfant. Il plaidait que c'était en fait sa femme, et non lui, qui avait tué l'enfant. Le juge du procès a permis à l'accusé d'appeler un psychiatre qui a témoigné que l'épouse de l'accusé souffrait d'un trouble psychopathique de la personnalité et de lésions cérébrales. Cette preuve psychiatrique a démontré qu'un tiers, l'épouse de l'accusé, était plus susceptible d'avoir commis le crime en raison de sa personnalité et de sa prédisposition toutes deux anormales. Exprimant l'opinion de la Cour, le juge Martin a conclu que la prédisposition à commettre un crime est généralement pertinente puisqu'en ce qui concerne la perpétration de l'acte reproché, elle vise la propension et la probabilité. Il a ensuite indiqué que l'arrêt *R. c. Lupien*, à la p. 169, créait l'exception suivante:

[TRADUCTION] L'une des exceptions à la règle générale suivant laquelle, lorsqu'elle est admissible, la moralité de l'accusé (dans le sens de la prédisposition) ne peut être démontrée que par la preuve de la réputation générale, porte sur l'admissibilité de la preuve psychiatrique lorsque la prédisposition ou la propension en question est propre à un groupe anormal, dont les caractéristiques relèvent de l'expertise du psychiatre.

Après avoir noté l'applicabilité de cet arrêt, le juge Martin a longuement analysé l'exception et il a en fait élargi la portée de l'arrêt *R. c. Lupien*. Cette expansion, aux pp. 173 à 175 de l'arrêt *R. c. McMillan*, a été confirmée par la Cour suprême du Canada:

[TRADUCTION] Je ne considère pas que, du fait qu'il ne s'agit pas d'un crime qui n'aurait pu être commis que par une personne dotée d'une propension particulière ou anormale, la preuve psychiatrique relative à la prédisposition de Mme McMillan était par conséquent inadmissible dans les circonstances de l'espèce.

Pour être admissible, toute preuve doit évidemment être pertinente relativement à certaines questions soulevées dans l'affaire. La preuve psychiatrique relative aux traits de caractère ou à la prédisposition d'une personne, qu'il s'agisse ou non de l'accusé, peut être admissible à différentes fins. Si ces fins ne sont pas mutuellement exclusives, la preuve pertinente quant à une fin peut ne pas l'être quant à une autre.

Psychiatric evidence with respect to the personality traits or disposition of an accused, or another, is admissible provided:

- (a) the evidence is relevant to some issue in the case;
- (b) the evidence is not excluded by a policy rule;
- (c) the evidence falls within the proper sphere of expert evidence.

One of the purposes for which psychiatric evidence may be admitted is to prove identity when that is an issue in the case, since psychical as well as physical characteristics may be relevant to identify the perpetrator of the crime.

Where the offence is of a kind that is committed only by members of an abnormal group, for example, offences involving homosexuality, psychiatric evidence that the accused did or did not possess the distinguishing characteristics of that abnormal group is relevant either to bring him within, or to exclude him from, the special class of which the perpetrator of the crime is a member. In order for psychiatric evidence to be relevant for that purpose, the offence must be one which indicates that it was committed by a person with an abnormal propensity or disposition which stamps him as a member of a special and extraordinary class.

Psychiatric evidence with respect to the personality traits or disposition of the accused, or another, if it meets the three conditions of admissibility above set out, is also admissible, however, as bearing on the probability of the accused, or another, having committed the offence.

It would appear that it was upon this latter ground that the psychologist's evidence was held to be admissible in *Lowery v. The Queen*, *supra*, although the features of the offence in that case were sufficiently indicative of the possession of an abnormal propensity by the perpetrator, that the expert evidence might have been relevant to the issue of identity as well. Since in that case the evidence was offered by the accused King, it was not excluded by the policy rule which prevents the prosecution from introducing evidence to prove that the accused by reason of his criminal propensities is likely to have committed the crime charged. Both accused in *Lowery v. The Queen* had psychopathic personalities (although the features of King's psychopathic personality were

La preuve psychiatrique relative aux traits de caractère ou à la prédisposition d'une personne, qu'il s'agisse ou non de l'accusé, est admissible à trois conditions:

- a) la preuve est pertinente quant à une question soulevée dans l'affaire;
- b) la preuve n'est exclue par aucune règle de principe;
- c) la preuve entre dans le domaine de la preuve d'expert.

La preuve psychiatrique peut être admise entre autres pour établir l'identité lorsque cet élément est soulevé dans l'affaire, puisque des caractéristiques tant psychiques que physiques peuvent être pertinentes relativement à l'identification de l'auteur du crime.

Lorsque l'infraction est de celles qui sont commises uniquement par les membres d'un groupe anormal, par exemple les infractions relatives à l'homosexualité, la preuve psychiatrique que l'accusé possédait ou non les caractéristiques distinctives de ce groupe anormal est pertinente relativement à son inclusion dans la catégorie particulière dont l'auteur du crime fait partie, ou à son exclusion. Pour que la preuve psychiatrique soit pertinente quant à cette fin, l'infraction doit indiquer qu'elle a été commise par un individu doté d'une propension ou d'une prédisposition anormale qui le désigne comme faisant partie d'une catégorie spéciale et extraordinaire.

Si elle satisfait aux trois conditions d'admissibilité énoncées ci-dessus, la preuve psychiatrique relative aux traits de caractère ou à la prédisposition d'une personne, qu'il s'agisse ou non de l'accusé, est toutefois également admissible comme portant sur la probabilité que l'accusé ou une autre personne ait commis l'infraction en cause.

Il semble que ce soit pour ce dernier motif que le témoignage du psychologue a été jugé admissible dans l'arrêt *Lowery c. The Queen*, précité, bien que les caractéristiques de l'infraction dans cette affaire aient suffisamment indiqué une propension anormale de l'auteur du crime pour que la preuve d'expert ait pu être pertinente relativement à la question de l'identité également. Puisque dans cette affaire la preuve a été produite par l'accusé King, elle n'a pas été exclue par la règle de principe qui interdit à la poursuite d'introduire une preuve pour établir qu'en raison de sa propension criminelle, l'accusé est susceptible d'avoir commis le crime reproché. Les deux accusés dans l'affaire *Lowery c. The Queen* ayant des personnalités de psychopathes (bien que les caractéristiques de la personnalité psychopathique de King soient moins marquées que celles de

less severe than Lowery's) and hence their personality traits fell within the proper sphere of expert evidence.

Where the crime under consideration does not have features which indicate that the perpetrator was a member of an abnormal group, psychiatric evidence that the accused has a normal mental make-up but does not have a disposition for violence or dishonesty or other relevant character traits frequently found in ordinary people is inadmissible. The psychiatric evidence in the circumstances postulated is not relevant on the issue of identity to exclude the accused as the perpetrator any more than the possession of violent or dishonest tendencies by the accused or a third person would be admissible to identify the accused or the third person as the perpetrator of the crime.

"So common a characteristic is not a recognisable mark of the individual." (*Per Lord Sumner in Thompson v. Director of Public Prosecutions* (1918), 26 Cox C.C. 189 at p. 199.)

While such evidence is relevant as bearing on the probability of the accused having committed the crime, the psychiatric evidence proffered in such circumstances really amounts to an attempt to introduce evidence of the accused's good character, as a normal person, through a psychiatrist. Such evidence does not fall within the proper sphere of expert evidence and is subject to the ordinary rule applicable to character evidence which, in general, requires the character of the accused to be evidenced by proof of general reputation.

I leave open, until the question is required to be decided, whether when the crime is one assumed to be committed by normal persons, e.g., rape, psychiatric evidence is admissible to show that the accused is a member of an abnormal group, possessing characteristics which make it improbable that he committed the offence, e.g., that he is a homosexual with an aversion to heterosexual relations. I am disposed, however, to think that such evidence is admissible. [Emphasis in original.]

The evidence of the psychiatrist was held to be admissible.

Martin J.A. elaborated on the reasoning set out above in *R. v. Robertson, supra*. That case involved a 16-year-old accused charged with bru-

Lowery), leurs traits de caractère entraient dans le domaine de la preuve d'expert.

Lorsque le crime en cause ne présente aucune caractéristique indiquant que l'auteur faisait partie d'un groupe anormal, la preuve psychiatrique que l'accusé a une constitution mentale normale, mais qu'il n'a pas de prédisposition à la violence ou à la malhonnêteté ou d'autres traits de caractère pertinents que possèdent fréquemment les personnes ordinaires, est inadmissible. Dans les circonstances énoncées, la preuve psychiatrique n'est pas plus pertinente relativement à la question de l'identité en vue de déterminer que l'accusé n'est pas l'auteur du crime que ne serait admissible la preuve que l'accusé ou un tiers a une tendance violente ou malhonnête en vue de déterminer que l'accusé ou le tiers est l'auteur du crime.

«Une caractéristique si courante ne constitue pas une marque reconnaissable de l'individu.» (Les motifs de lord Sumner dans l'arrêt *Thompson c. Director of Public Prosecutions* (1918), 26 Cox C.C. 189, à la p. 199.)

Si une telle preuve est pertinente parce qu'elle porte sur la probabilité que l'accusé ait commis le crime, la preuve psychiatrique produite dans de telles circonstances équivaut réellement à une tentative d'introduire une preuve de la bonne moralité de l'accusé, comme une personne normale, par l'entremise d'un psychiatre. Une telle preuve n'entre pas dans le domaine de la preuve d'expert. Elle est assujettie à la règle ordinaire en matière de preuve de moralité qui, en général, requiert que la moralité de l'accusé soit démontrée au moyen de la preuve de sa réputation générale.

Je laisse ouverte, jusqu'à ce qu'elle doive être tranchée, la question de savoir, lorsqu'un crime, comme le viol, est présumé être commis par des personnes normales, si la preuve psychiatrique est admissible pour établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal possédant des caractéristiques en raison desquelles il est peu probable qu'il ait commis l'infraction, comme le fait qu'il soit un homosexuel ayant une aversion pour les relations hétérosexuelles. Je suis toutefois disposé à penser qu'une telle preuve est admissible. [En italique dans l'original.]

Le témoignage du psychiatre a été jugé admissible.

Le juge Martin a commenté le raisonnement énoncé ci-dessus dans l'arrêt *R. c. Robertson*, précité, où l'accusé de 16 ans était inculpé d'avoir tué

tally murdering a nine-year-old girl by kicking her. The defence sought to introduce expert psychiatric evidence to show that a propensity for violence or aggression was not a part of the accused's psychological make-up. This tended to rebut evidence led by the Crown as to the accused's violent character. Martin J.A. summed up, at p. 426:

While the judgment of Ritchie, J., deals only with the admissibility of psychiatric evidence with respect to disposition in offences involving homosexuality, there would appear to be no logical reason why such evidence should not be admitted on the same principle in other cases where there is evidence tending to show that, by reason of the nature of the offence, or its distinctive features, its perpetrator was a person who, in the language of Lord Sumner, was a member of "a specialized and extraordinary class", and whose psychological characteristics fall within the expertise of the psychiatrist, for the purpose of showing that the accused did not possess the psychological characteristics of persons of that class. Obviously, where such evidence is adduced by the accused, the prosecution is entitled to call psychiatric evidence in order to rebut the evidence introduced by the defence.

In my view, however, the judgment of Ritchie, J., in *R. v. Lupien, supra*, provides no support for a conclusion that, in the case of ordinary crimes of violence, psychiatric evidence is admissible to prove that the accused's psychological make-up does not include a tendency or disposition for violence.

Martin J.A. further stated, at pp. 429-30:

In my view, psychiatric evidence with respect to disposition or its absence is admissible on behalf of the defence, if relevant to an issue in the case, where the disposition in question constitutes a characteristic feature of an abnormal group falling within the range of study of the psychiatrist, and from whom the jury can, therefore, receive appreciable assistance with respect to a matter outside the knowledge of persons who have not made a special study of the subject. A mere disposition for violence, however, is not so uncommon as to constitute a feature characteristic of an abnormal group falling within the special field of study of the psychiatrist and permitting psychiatric evidence to be given of the absence of such disposition in the accused. [Emphasis in original.]

brutalement à coups de pied une fille de neuf ans. La défense avait tenté d'introduire une preuve psychiatrique d'expert pour démontrer que la constitution psychologique de l'accusé n'indiquait aucune propension à la violence ou à l'agression. Cette preuve visait à réfuter la preuve introduite par le ministère public au sujet de la nature violente de l'accusé. Le juge Martin a résumé à la p. 426:

[TRADUCTION] Si les motifs du juge Ritchie ne portent que sur l'admissibilité de la preuve psychiatrique relative à la prédisposition à commettre des infractions relatives à l'homosexualité, il ne paraît exister aucune raison logique de ne pas admettre une telle preuve en se fondant sur le même principe dans d'autres affaires où la preuve tend à démontrer qu'en raison de la nature de l'infraction ou de ses caractéristiques distinctives, son auteur faisait partie, dans les termes de lord Sumner, d'une «catégorie spéciale et extraordinaire», dont les caractéristiques psychologiques relèvent du domaine d'expertise du psychiatre, dans le but de démontrer que l'accusé ne possédait pas les caractéristiques psychologiques propres aux personnes de cette catégorie. De toute évidence, lorsqu'une telle preuve est produite par l'accusé, la poursuite peut produire une preuve psychiatrique pour la réfuter.

À mon avis, toutefois, l'opinion du juge Ritchie dans *R. c. Lupien*, précité, n'offre aucun appui à la conclusion que, dans le cas de crimes ordinaires de violence, la preuve psychiatrique est admissible pour démontrer que la constitution psychologique de l'accusé n'inclut aucune tendance ou prédisposition à la violence.

Le juge Martin a ajouté aux pp. 429 et 430:

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve psychiatrique relative à la prédisposition ou à son absence est admissible pour le compte de la défense si elle est pertinente relativement à une question soulevée dans l'affaire, lorsque la prédisposition en question constitue un élément caractéristique d'un groupe anormal qui entre dans le domaine d'étude du psychiatre, et duquel le jury peut donc recevoir une aide appréciable à l'égard d'une question qui se situe à l'extérieur de la connaissance des personnes qui n'ont pas étudié le sujet. Une simple prédisposition à la violence n'est toutefois pas inhabituelle au point de constituer un élément caractéristique d'un groupe anormal qui entre dans le domaine particulier d'étude du psychiatre et qui permet que la preuve psychiatrique de l'absence d'une telle prédisposition chez l'accusé soit produite. [En italique dans l'original.]

Given this reasoning, Martin J.A. concluded that the crime was not specially marked and so the conditions for the admissibility of psychiatric evidence were not met.

A useful summary of the principles that emerge from the cases is made by Alan W. Mewett, "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, at pp. 35-36, of his article where he points out the various contexts in which an accused can tender character evidence by way of an expert:

There are thus three basic requirements that must be met before such psychiatric evidence can even be considered as potentially admissible. First, it must be relevant to an issue. Second, it must be of appreciable assistance to the trier of fact and third, it must be evidence that would otherwise be unavailable to the ordinary layman without specialized training, but these requirements only set forth the general requirements for the admissibility of expert testimony.

Once these hurdles have been passed, a number of different scenarios may be postulated. The crime may be an "ordinary" one (which I take to mean a crime for which no special mental characteristics on the part of the perpetrator would be required) and the accused is an "ordinary" person; the crime may be an "ordinary" one, but the accused an "extraordinary" person (*i.e.*, having some peculiar mental make-up that would tend to show that he would not commit that "ordinary" crime); the crime may be "extraordinary", but the accused "ordinary"; or the crime may be "extraordinary" and the accused "extraordinary", in a different direction.

In the first scenario, the evidence is irrelevant because it is simply not probative of anything. In the second it is probative and admissible but only if the extraordinary characteristic of the accused tends to show that he would not commit an ordinary crime of that nature (such as a homosexual being charged with a heterosexual offence). In the third, if it is shown that the crime is such that it could only, or in all probability would only, be committed by a person having identifiable peculiarities that the accused does not possess, it would be admissible. In the last scenario, the situation is the same provided that the difference in the abnormalities tends to exclude the accused from the probable group of perpetrators.

Suivant ce raisonnement, le juge Martin a conclu que le crime n'était pas spécialement marqué, et que les conditions d'admissibilité de la preuve psychiatrique n'étaient donc pas remplies.

Alan W. Mewett, dans un article intitulé «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, aux pp. 35 et 36, résume utilement les principes qui ressortent de la jurisprudence. Il souligne les différents contextes dans lesquels un accusé peut produire une preuve de moralité par l'entremise d'un expert:

[TRADUCTION] Il faut donc satisfaire à trois exigences fondamentales pour que la preuve psychiatrique puisse même être considérée comme peut-être admissible. Premièrement, elle doit être pertinente relativement à une question en litige. Deuxièmement, elle doit apporter une aide appréciable au juge des faits et troisièmement, elle ne pourrait être obtenue autrement par le profane ordinaire qui ne possède aucune formation spécialisée. Ces conditions ne font toutefois qu'énoncer les exigences générales d'admissibilité du témoignage d'expert.

Une fois surmontés ces obstacles, différents scénarios peuvent être posés. Le crime peut être «ordinaire» (ce qui à mon avis signifie un crime pour lequel aucune caractéristique mentale particulière ne serait requise chez l'auteur du crime) et l'accusé, une personne «ordinaire»; le crime peut être «ordinaire», et l'accusé, une personne «extraordinaire» (c'est-à-dire que sa constitution mentale particulière tendrait à démontrer qu'il ne commettrait pas ce crime «ordinaire»); le crime peut être extraordinaire, mais l'accusé «ordinaire»; ou le crime et l'accusé peuvent tous deux être «extraordinaires», dans un sens différent.

Dans le premier scénario, la preuve n'est pas pertinente parce qu'elle ne prouve simplement rien. Dans le second, elle n'est probante et admissible que si la caractéristique extraordinaire de l'accusé tend à établir qu'il ne commettrait pas un crime ordinaire de cette nature (comme l'homosexuel accusé relativement à une infraction de nature hétérosexuelle). Dans le troisième, s'il est démontré que le crime est tel qu'il ne pourrait être ou, selon toutes les probabilités, ne serait commis que par une personne ayant des caractéristiques identifiables que l'accusé ne possède pas, elle serait admissible. Dans le dernier scénario, la situation est identique, pour autant que la différence entre les éléments anormaux tende à exclure l'accusé du groupe probable d'auteurs.

I question whether use of the terms "abnormal" and "normal" is the best way to describe the concept that underlies their use. The term "abnormal" is derived from the English cases in which it usually connotes the mental state of insanity or diminished responsibility. See *R. v. Chard, supra*, at p. 270. The basic rationale of these cases is that "normal" human behaviour is a matter which a judge or jury can assess without the assistance of expert evidence. Canadian cases have extended the exception to include what has been described as sexually deviant behaviour. See Rosemary Pattenden, "Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia", [1986] *Crim. L.R.* 92, at p. 100. The rationale underlying this extension is the relevance of the evidence based on the distinctiveness of the behavioural traits of either the putative perpetrator of the crime or the accused. This distinctiveness tends to exclude the accused from the category of persons that could or would likely commit the crime.

There are other reasons why the use of the term "abnormal" is no longer satisfactory. Even in medical circles there are differing views as to what constitutes abnormality. See Pattenden, *supra*, at p. 100, and David C. Rimm and John W. Sommerville, *Abnormal Psychology* (1977), at pp. 31 and 32. Moreover, it imports a value judgment on the lifestyle of some groups in society. This is aptly illustrated by considering the statement of Lord Sumner in *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, at p. 235:

The evidence tends to attach to the accused a peculiarity which, though not purely physical, I think may be recognized as properly bearing that name. Experience tends to show that these offences against nature connote an inversion of normal characteristics which, while demanding punishment as offending against social morality, also partake of the nature of an abnormal physical property. A thief, a cheat, a coiner, or a house-breaker is only a particular specimen of the genus rogue, and, though no doubt each tends to keep to his own line of business, they all alike possess the by no means extraordinary mental characteristic that they propose somehow to get their livings dishonestly. So common a

Je me demande si les termes «anormal» et «normal» sont la meilleure façon de décrire le concept qui sous-tend leur utilisation. Le terme «anormal» découle des affaires survenues en Angleterre, et dans lesquelles il dénote ordinairement l'état mental d'aliénation mentale ou de responsabilité amoindrie. Voir l'arrêt *R. c. Chard*, précité, à la p. 270. Selon le raisonnement qui sous-tend ces affaires, le comportement humain «normal» est une question que le juge ou le jury peut apprécier sans l'aide de la preuve d'expert. Au Canada, on a étendu l'exception pour y inclure ce qui a été qualifié de comportement sexuel déviant. Voir Rosemary Pattenden, «Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia», [1986] *Crim. L.R.* 92, à la p. 100. Cet élargissement est motivé par la pertinence de la preuve fondée sur le caractère distinctif des traits de comportement soit de l'auteur putatif du crime, soit de l'accusé. Ce caractère distinctif tend à exclure l'accusé de la catégorie de personnes qui pourraient commettre le crime ou qui seraient susceptibles de le commettre.

Il existe d'autres raisons pour lesquelles l'utilisation du terme «anormal» n'est plus satisfaisante. Même dans les milieux médicaux, il existe des opinions contradictoires quant à ce qui constitue l'anormalité. Voir Pattenden, *op. cit.*, à la p. 100, et David C. Rimm et John W. Sommerville, *Abnormal Psychology* (1977), aux pp. 31 et 32. En outre, le terme en question implique un jugement de valeur sur le style de vie de certains groupes de la société. Cela est bien illustré dans la déclaration de lord Sumner dans l'arrêt *Thompson c. The King*, [1918] A.C. 221, à la p. 235:

[TRADUCTION] La preuve tend à attacher à l'accusé une caractéristique qui, bien que n'étant pas purement physique, peut, à mon avis, être reconnue comme portant à juste titre ce nom. L'expérience tend à démontrer que ces infractions contraires à la nature dénotent une inversion de caractéristiques normales qui, bien qu'elles commandent une punition parce qu'elles offensent la moralité sociale, tiennent également d'une propriété physique anormale. Le voleur, le tricheur, le faux monnayeur ou le cambrioleur n'est qu'un modèle particulier du genre escroc, et bien qu'il ne fasse pas de doute que chacun tend à s'en tenir à son propre domaine, ils possèdent tous la caractéristique mentale, en ce qui concerne

characteristic is not a recognizable mark of the individual. Persons, however, who commit the offences now under consideration seek the habitual gratification of a particular, perverted lust, which not only takes them out of the class of ordinary men gone wrong, but stamps them with the hall-mark of a specialized and extraordinary class as much as if they carried on their bodies some physical peculiarity.

The difficulty in defining what is abnormal was recently referred to by McCarthy J.A. in *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254. At pages 256-57, speaking for the court, he stated:

What dispositions are to be classified as abnormal, as outside ordinary human experience, for the purpose of admitting psychiatric evidence may be a difficult question. A disposition for sadism is clearly abnormal. Dispositions for violence (short of sadism or something akin thereto), or for dishonesty, are clearly too common to be classified as abnormal. In sexual offences, classification is less easy. However, it seems to me that, whether it be called pedophilia or something else, a disposition in an adult to use boys of 10 and 11 for sexual gratification must be classified as abnormal. Accordingly, in the present case, psychiatric evidence is admissible to show that Garfinkle does not have such a disposition.

In my opinion, the term "distinctive" more aptly defines the behavioural characteristics which are a pre-condition to the admission of this kind of evidence.

How should the criteria for the admission of this type of evidence be applied? I find the following statement of Professor Mewett, *supra*, at p. 36, to be an apt characterization of the nature of the decision which the trial judge must make:

The categorization of crimes into the "ordinary" and the "extraordinary" is therefore a legal question to be determined by the judge, as is the "normality" or "abnormality" of the accused — to the despair, no doubt, of psychiatrists. But admissibility of evidence is a legal question and depends primarily upon relevance, that is, upon its

dinaire qu'ils se proposent d'une façon ou d'une autre de gagner leur vie malhonnêtement. Une caractéristique si courante ne constitue pas une marque reconnaissable de l'individu. Toutefois, les auteurs des infractions qui sont en cause en l'espèce recherchent la gratification habituelle d'une certaine luxure pervertie, qui non seulement les exclut de la catégorie des hommes ordinaires qui se sont écartés du droit chemin, mais indique également qu'ils appartiennent à une catégorie spéciale et extraordinaire, tout autant que si leur corps était marqué par un trait physique particulier.

La difficulté à déterminer ce qui est anormal a récemment été mentionnée par le juge McCarthy de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254. Aux pages 256 et 257, s'exprimant au nom de la cour, il a déclaré:

[TRADUCTION] La question de savoir quelles prédispositions doivent être qualifiées d'anormales, d'étrangères à la nature humaine ordinaire, dans le but d'admettre la preuve psychiatrique, peut être difficile à trancher. Une prédisposition au sadisme est manifestement anormale. Les prédispositions à la violence (sauf le sadisme ou quelque chose de semblable) ou à la malhonnêteté sont manifestement trop communes pour être qualifiées d'anormales. Les infractions sexuelles sont plus difficiles à classer. Toutefois, qu'on l'appelle pédophilie ou autre, il me semble que la prédisposition chez un adulte à utiliser des garçons de 10 et 11 ans pour obtenir une gratification sexuelle doit être qualifiée d'anormale. En conséquence, en l'espèce, la preuve psychiatrique est admissible pour démontrer que Garfinkle n'a pas une telle prédisposition.

À mon avis, le terme «distinctif» définit mieux les caractéristiques de comportement qui sont une condition préalable à l'admission de cette forme de preuve.

Comment les critères d'admission de cette preuve devraient-ils être appliqués? À mon avis, les propos suivants du professeur Mewett, précité, à la p. 36, qualifient bien la nature de la décision que le juge du procès doit prendre:

[TRADUCTION] La classification des crimes comme «ordinaires», ou «extraordinaires», est donc une question de droit, comme l'est la «normalité» ou l'«anormalité» de l'accusé — au désespoir, sans doute, des psychiatres. Mais, l'admissibilité de la preuve est une question de droit et dépend principalement de sa perti-

assistance to the trier of fact in his inference-drawing process, and this is governed, not by expertise, but by common sense and experience; words like "ordinary", "extraordinary" or "abnormal" are not meant to be scientific expressions but assessments of relevance and are thus clearly within the domain of the judge.

Before an expert's opinion is admitted as evidence, the trial judge must be satisfied, as a matter of law, that either the perpetrator of the crime or the accused has distinctive behavioural characteristics such that a comparison of one with the other will be of material assistance in determining innocence or guilt. Although this decision is made on the basis of common sense and experience, as Professor Mewett suggests, it is not made in a vacuum. The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioural profile which the expert is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinctive group. Put another way: Has the scientific community developed a standard profile for the offender who commits this type of crime? An affirmative finding on this basis will satisfy the criteria of relevance and necessity. Not only will the expert evidence tend to prove a fact in issue but it will also provide the trier of fact with assistance that is needed. Such evidence will have passed the threshold test of reliability which will generally ensure that the trier of fact does not give it more weight than it deserves. The evidence will qualify as an exception to the exclusionary rule relating to character evidence provided, of course, that the trial judge is satisfied that the proposed opinion is within the field of expertise of the expert witness.

### (3) *Application to This Case*

I take the findings of the trial judge to be that a person who committed sexual assaults on young women could not be said to belong to a group possessing behavioural characteristics that are sufficiently distinctive to be of assistance in identifying the perpetrator of the offences charged. Moreover,

nence, c'est-à-dire de l'aide qu'elle apporte au juge des faits en lui permettant de tirer des conclusions. Cette question repose non pas sur l'expertise, mais sur le bon sens et l'expérience; des mots tels «ordinaire», «extraordinaire» ou «anormal» ne sont pas destinés à être des expressions scientifiques, mais plutôt des appréciations de la pertinence. Par conséquent ils relèvent clairement du domaine du juge.

Avant d'admettre en preuve l'opinion d'un expert, le juge du procès doit être convaincu, en droit, que l'auteur du crime ou l'accusé possède des caractéristiques de comportement distinctives de sorte que la comparaison de l'un avec l'autre aidera considérablement à déterminer l'innocence ou la culpabilité. Bien que cette décision repose sur le bon sens et l'expérience, comme le professeur Mewett l'indique, elle n'est pas prise dans le vide. Le juge du procès devrait considérer, d'une part, l'opinion de l'expert et, d'autre part, si ce dernier exprime simplement une opinion personnelle ou si le profil de comportement qu'il décrit est couramment utilisé comme indice fiable de l'appartenance à un groupe distinctif. En d'autres termes, la profession scientifique a-t-elle élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime? Une conclusion affirmative sur ce fondement satisfera aux critères de pertinence et de fiabilité. Non seulement la preuve d'expert tendra à prouver un fait en litige, mais elle offrira aussi au juge des faits l'aide dont il a besoin. Une telle preuve aura satisfait au critère préliminaire de la fiabilité qui fera généralement en sorte que le juge des faits ne lui accorde pas plus de poids qu'elle ne le mérite. La preuve sera considérée comme une exception à la règle d'exclusion relative à la preuve de moralité à condition bien sûr que le juge du procès soit convaincu que l'opinion exprimée se situe dans le domaine d'expertise du témoin expert.

### (3) *Application à l'espèce*

À mon sens, le juge du procès a conclu qu'on ne peut dire de la personne qui a commis des agressions sexuelles sur de jeunes femmes qu'elle appartient à un groupe possédant des caractéristiques de comportement suffisamment distinctives pour faciliter l'identification de l'auteur des infrac-

the fact that the alleged perpetrator was a physician did not advance the matter because there is no acceptable body of evidence that doctors who commit sexual assaults fall into a distinctive class with identifiable characteristics. Notwithstanding the opinion of Dr. Hill, the trial judge was also not satisfied that the characteristics associated with the fourth complaint identified the perpetrator as a member of a distinctive group. He was not prepared to accept that the characteristics of that complaint were such that only a psychopath could have committed the act. There was nothing to indicate any general acceptance of this theory. Moreover, there was no material in the record to support a finding that the profile of a pedophile or psychopath has been standardized to the extent that it could be said that it matched the supposed profile of the offender depicted in the charges. The expert's group profiles were not seen as sufficiently reliable to be considered helpful. In the absence of these *indicia* of reliability, it cannot be said that the evidence would be necessary in the sense of usefully clarifying a matter otherwise unaccessible, or that any value it may have had would not be outweighed by its potential for misleading or diverting the jury. Given these findings and applying the principles referred to above, I must conclude that the trial judge was right in deciding as a matter of law that the evidence was inadmissible.

The Court of Appeal also supported the admissibility of the evidence on the basis that Dr. Hill's evidence tended to rebut alleged similarities between the evidence on the respective counts. On this point, Finlayson J.A. stated at p. 178:

Where, as here, the Crown alleges that the probative value of the similar fact evidence arises from the circumstance that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence, the defence is equally entitled to lead evidence as to features of the alleged acts which demonstrate dissimilarities . . . .

tions reprochées. En outre, le fait que l'auteur allégué du crime est un médecin n'a pas facilité la question parce qu'il n'existe aucune preuve acceptable indiquant que les médecins qui commettent des agressions sexuelles tombent dans une catégorie distinctive à laquelle se rattachent des caractéristiques identifiables. En dépit de l'opinion du Dr Hill, le juge du procès n'était pas non plus convaincu que les caractéristiques reliées à la quatrième plainte identifiaient l'auteur comme membre d'un groupe distinctif. Il n'était pas disposé à accepter que les caractéristiques de cette plainte étaient telles que seul un psychopathe pouvait avoir commis l'acte. Rien ne démontre que cette théorie soit généralement acceptée. Par ailleurs, aucun document dans le dossier ne permettait de conclure que le profil du pédophile ou du psychopathe a été normalisé au point où on pourrait soutenir qu'il correspond au profil présumé du délinquant décrit dans les accusations. Les profils de groupes décrits par l'expert n'ont pas été considérés suffisamment fiables pour être utiles. En l'absence d'indices de fiabilité, on ne pouvait pas dire que la preuve serait nécessaire au sens où elle clarifierait utilement une question qui serait autrement inaccessible, ou que la valeur qu'elle pourrait avoir ne serait pas surpassée par la possibilité qu'elle induise le jury en erreur ou le détourne de ses tâches. Compte tenu de ces conclusions, et appliquant les principes mentionnés ci-dessus, je dois conclure que le juge du procès a conclu à juste titre que, du point de vue juridique, la preuve était inadmissible.

La Cour d'appel avait aussi conclu à l'admissibilité de la preuve pour le motif que le témoignage du Dr Hill tendait à réfuter les similitudes alléguées entre la preuve relative aux divers chefs. À cet égard, le juge Finlayson a dit à la p. 178:

[TRANSLATION] Lorsque, comme en l'espèce, le ministère public allègue que la valeur probante de la preuve de faits similaires naît du fait que les actes comparés sont si inhabituels et d'une similitude si frappante que cette similitude ne peut être attribuée à la coïncidence, la défense a elle aussi le droit de produire une preuve relative aux caractéristiques des actes allégués qui démontrent des différences . . .

The judgment of the Court of Appeal was not supported on this ground either in the respondent's factum or in the oral argument.

The use to which the jury could put the evidence was explained by the trial judge in his charge to the jury. The key passage in the charge in this respect was the following:

If you conclude when considering any of the specific counts that evidence relating to any or all of the other counts is so similar that common sense dictates the relevancy of such evidence to one or more of the issues I mentioned earlier, then you may not must, draw the inferences to which I have referred. [Emphasis added.]

The similarities, which were detailed by the judge, were with respect to the *modus operandi* of the perpetrator of the acts which were the subject of the individual counts. No objection was taken to this aspect of the charge. This use of the similar fact evidence relates to a different issue from the subject matter of the proposed evidence of Dr. Hill. As discussed above, the dissimilarities addressed in Dr. Hill's proposed evidence are not as to *modus operandi* but rather with respect to the comparative psychological make-up of the respondent on the one hand and the alleged perpetrator of the acts charged, on the other. Furthermore, whether a crime is committed in a manner that identifies the perpetrator by reason of striking similarities in the method employed in the commission of other acts is something that a jury can, generally, assess without the aid of expert evidence. As stated by the trial judge, it is a matter of common sense.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, restore the convictions and remit the matter to the Court of Appeal for disposition of the sentence appeal.

*Appeal allowed.*

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

Le jugement de la Cour d'appel n'a pas été appuyé à cet égard ni dans le mémoire de l'intimé, ni dans les débats.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a expliqué l'utilisation que le jury pouvait faire de la preuve. Le passage clé de l'exposé à cet égard est le suivant:

[TRANSCRIPTION] Si vous déterminez, après avoir considéré un des chefs d'accusation, que la preuve relative à un ou à l'ensemble des autres chefs est semblable au point que le bon sens commande la pertinence d'une telle preuve quant à l'une ou plusieurs questions que j'ai mentionnées précédemment, vous pouvez alors tirer les conclusions que j'ai mentionnées. [Je souligne.]

Les similitudes, expliquées par le juge, portaient sur le *modus operandi* de l'auteur des actes qui étaient l'objet de chefs spécifiques. Aucune objection n'a été soulevée sur cet aspect de l'exposé. Cette utilisation de la preuve de faits similaires porte sur une question différente de l'objet du témoignage proposé du Dr Hill. Comme cela est indiqué plus haut, les différences dont traitait la preuve proposée par le Dr Hill ne concernaient pas le *modus operandi* mais plutôt la constitution psychologique du requérant comparée à celle de l'auteur des actes allégués. En outre, la question de savoir si le crime est commis d'une manière qui identifie l'auteur, en raison de similitudes frappantes dans la méthode utilisée pour perpétrer d'autres actes, peut être appréciée en général par un jury sans l'aide de la preuve d'expert. Comme le juge du procès l'a dit, c'est une question de bon sens.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel, de rétablir les déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle tranche l'appel de la sentence.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Greenspan,  
Humphrey, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Greenspan, Humphrey,  
Toronto.*