

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Jean Lupien** *Respondent*.

1968: November 13; 1969: November 17.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Hall and Spence JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law—Evidence—Act of gross indecency—Psychiatric evidence of state of mind of accused—Intent—Admissibility—Criminal Code, 1953-54 (Can.), c. 51, s. 149.*

The respondent was convicted of attempting to commit an act of gross indecency. He was found by the police in a hotel bedroom in bed with another man, who was a female impersonator, and their respective positions in relation to each other were such as to justify the police in thinking that an act of gross indecency was taking place or was about to take place. The respondent seemed stunned after the entry of the police and during the interview that then took place. His defence was that he had believed his companion to be a woman. He sought to support his own evidence in this regard by the evidence of a psychiatrist. The trial judge excluded the psychiatric evidence based on interviews and tests which was tendered for the purpose of showing that the respondent had a certain type of defence mechanism which made him react violently against any homosexual activity and that he therefore would not have knowingly engaged in the homosexual practices which formed the subject of the charge.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*;

et

**Jean Lupien** *Intimé*.

1968: le 13 novembre; 1969: le 17 novembre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall et Spence.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel—Preuve—Acte de grossière indécence—Preuve psychiatrique sur l'état d'esprit du prévenu—Intention—Admissibilité—Code criminel, 1953-54 (Can.), c. 51, art. 149.*

L'intimé a été déclaré coupable de l'inculpation de tentative de perpétrer un acte de grossière indécence. La police l'a trouvé dans une chambre d'hôtel, au lit avec un autre homme, un travesti, et leur position respective l'un par rapport à l'autre était telle que la police était justifiée de penser qu'un acte de grossière indécence avait lieu ou était sur le point d'avoir lieu. L'intimé a semblé stupéfié après l'arrivée des policiers et pendant la conversation qui a suivi. Sa défense, c'est qu'il a cru que son compagnon était une femme. A l'appui de son témoignage à cet égard, il a offert celui d'un psychiatre. Le juge de première instance a écarté la preuve psychiatrique, fondée sur les interviews et les tests, laquelle était offerte dans le but de montrer que l'intimé avait un certain mécanisme de défense qui le faisait réagir violemment à l'encontre de toute activité homosexuelle et qu'en conséquence, il ne se serait pas engagé, sciemment, dans les relations sexuelles qui font l'objet de l'inculpation. La majorité en Cour d'appel a jugé

The majority of the Court of Appeal held the evidence to be admissible, set aside the conviction and directed a new trial. The Crown appealed to this Court.

*Held* (Ritchie and Spence JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

*Per* Martland and Judson JJ.: The evidence in question was inadmissible. The psychiatrist was being asked for an opinion, not as to whether the respondent was mentally capable of formulating an intent to commit the crime, but as to whether he did, on the facts of this case, formulate such an intent. There is no authority which establishes that the evidence of a psychiatrist can be introduced for a purpose such as this. What is sought to be done here is to enable a professional man to express his view to the jury upon the issue of the intent of the accused, upon evidence which is not before the jury, and which is, in part, hearsay evidence from the accused himself. The decision of this Court in *Wilband v. R.*, [1967] S.C.R. 14, is not contrary to this conclusion.

*Per* Hall J.: The trial judge should have admitted all the evidence which the psychiatrist was prepared to give. Whatever other causes there may be for the condition of homosexuality, psychological factors are of great importance. It follows that the evidence of psychiatrist is particularly relevant in cases involving homosexuality and the admissibility of opinion evidence from psychiatrists must be determined by its relevancy to the matter in issue at the trial. The evidence was relevant to the defence being put forward on behalf of the respondent, it was therefore admissible and the trial judge erred in rejecting it.

However, this was a proper case for the application of s. 592(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The evidence against the respondent was overwhelming and the verdict would necessarily have been the same even if the jury had heard the opinion which the psychiatrist was prepared to give.

*Per* Ritchie and Spence JJ., *dissenting*: The trial judge should have admitted the evidence in question. The fact that the methods pursued by the psychiatrist in reaching his opinion necessitated dependence on information obtained from the respondent and others which was not before the jury, does not make his opinion inadmissible although it may well be a fact to be considered in assessing the weight to be attached to it. The admission of the psychiatrist's

la preuve recevable, a écarté la déclaration de culpabilité et a ordonné un nouveau procès. La Couronne en a appelé à cette Cour.

*Arrêt*: L'appel doit être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie, les Juges Ritchie et Spence étant dissidents.

*Les Juges* Martland et Judson: La preuve en question était irrecevable. On a demandé au psychiatre de donner une opinion non sur la capacité intellectuelle chez l'intimé de former l'intention de commettre le crime mais sur la question de savoir s'il a, les faits étant ce qu'ils sont, véritablement eu cette intention. Il n'y a aucun précédent qui démontre qu'un psychiatre peut témoigner de cette façon. Ce qu'on veut faire ici, c'est permettre à un expert de donner son avis sur la question de l'intention du prévenu en se fondant sur une preuve qui n'est pas faite devant le jury et qui consiste en partie d'une preuve de oui-dire provenant de l'inculpé lui-même. La décision de cette Cour dans l'affaire *Wilband c. R.*, [1967] R.C.S. 14, ne contredit pas cette conclusion.

*Le Juge* Hall: Le juge de première instance aurait dû admettre toute la preuve que le psychiatre voulait présenter. Quelles que soient les autres causes de l'état d'homosexualité, les facteurs psychologiques jouent un très grand rôle. Il s'ensuit que les témoignages de psychiatres sont particulièrement appropriés dans des affaires où il est question d'homosexualité. C'est sa pertinence à l'objet du procès qui doit déterminer l'admissibilité du témoignage d'expert fourni par des psychiatres. La preuve était pertinente à la défense qu'on voulait présenter pour le compte de l'intimé; elle était alors admissible et le juge de première instance a fait une erreur en la refusant.

Cependant, il s'agit ici d'une affaire où les dispositions de l'art. 592(1)(b)(iii) du *Code criminel* doivent s'appliquer. La preuve à l'encontre du prévenu était accablante et le verdict aurait nécessairement été le même, même si le jury avait entendu l'opinion que le psychiatre voulait présenter.

*Les Juges* Ritchie et Spence, *dissidents*: Le juge de première instance aurait dû admettre la preuve en question. Le fait que les procédés employés par le psychiatre pour se former une opinion dépendent nécessairement d'informations obtenues de l'intimé ou d'autres personnes, hors la présence du jury, ne rend point cette opinion irrecevable, bien qu'il puisse être un facteur à prendre en considération en évaluant sa force probante. L'on n'aurait pas

evidence as to the respondent's normal state of mind would not have offended the rule against the admissibility of hearsay. On the record, the evidence was tendered for the purpose of proving the doctor's opinion that this particular man had a certain type of defence mechanism that made him react violently against homosexual behaviour. 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 if such opinion is relevant, as it is here, 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.

APPEAL by the Crown from a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia<sup>1</sup>, setting aside the conviction of the respondent and directing a new trial. Appeal allowed and conviction restored, Ritchie and Spence JJ. dissenting.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the appellant.

*G. A. Martin, Q.C.*, and *R. V. Carter*, for the respondent.

The judgment of Martland and Judson JJ. was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal by the Crown from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia<sup>1</sup>, Davey C.J. dissenting, which set aside the conviction of the respondent of attempting to commit an act of gross indecency, and directed a new trial.

The facts are as follows:

On February 3, 1967, in the early hours of the morning, the respondent was observed leaving a cabaret with a person dressed and made up as a woman and taking a taxi to a hotel where, after registering under a false name, the two went to a room. Police officers listened at the locked door for some minutes, heard male voices conversing

enfreint la règle contre le ouï-dire en permettant la preuve de l'opinion psychiatrique que l'on voulait demander au psychiatre de fournir sur l'état d'esprit normal de l'intimé. Le dossier démontre que la preuve a été présentée dans le but de faire connaître l'opinion du médecin selon laquelle cet homme-là posséderait un genre de mécanisme de défense qui le fait réagir violemment à l'encontre de toute conduite homosexuelle. 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, et tel est le cas dans une affaire comme celle-ci, 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.

APPEL de la Couronne d'un jugement majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>1</sup>, écartant la déclaration de culpabilité de l'intimé et ordonnant un nouveau procès. Appel accueilli et déclaration de culpabilité rétablie, les Juges Ritchie et Spence étant dissidents.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'appelante.

*G. A. Martin, c.r.*, et *R. V. Carter*, pour l'intimé.

Le jugement des Juges Martland et Judson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le pourvoi est inscrit par le procureur général à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie Britannique<sup>1</sup>, le Juge en chef Davey étant dissident. Cet arrêt écarte la déclaration de culpabilité de l'intimé sur l'accusation de tentative de perpétrer un acte de grossière indécence, et ordonne un nouveau procès.

Les faits sont les suivants:

Le 3 février 1967, aux petites heures du matin, l'intimé a été vu sortant d'un cabaret en compagnie d'une personne habillée et maquillée comme une femme et prenant un taxi jusqu'à un hôtel où, après s'être inscrits sous de faux noms, ils sont montés à une chambre. Les agents de police ont écouté pendant quelques minutes

<sup>1</sup> (1968), 64 W.W.R. 721, 4 C.R.N.S. 250, [1969] 1 C.C.C. 32.

<sup>1</sup> (1968), 64 W.W.R. 721, 4 C.R.N.S. 250, [1969] 1 C.C.C. 32.

in French, obtained the key for the room from the hotel clerk and entered. They found the respondent and the other person naked on a bed. They noticed that the other person was a male, still wearing the blond female wig and heavy facial makeup in which he had been seen earlier. Although the officers saw no activity between the two on the bed, at the time of entry, their position was such that the respondent's head was lying a very short distance from the female impersonator's genital organs. The officers saw the respondent swing around on the bed away from that position. The respondent seemed stunned after the entry and during the interview that then took place with the police officers.

The respondent's defence was that he had believed his companion to be a woman.

The legal issue to be determined in this appeal is as to the admissibility of psychiatric evidence tendered on behalf of the respondent, which the trial judge ruled was inadmissible, but which the majority of the Court of Appeal held to be admissible.

The nature of the proposed evidence was described by counsel for the respondent in the following statement to the Court at trial:

The purpose for which I am attempting to tender this evidence is for the Doctor to describe what is the normal state of mind of Mr. Lupien, and on that basis compare the normal state of mind to the events that occurred in the room. When that is done then the Doctor has a norm from which to draw, upon which to base his opinion. Now that fundamentally is the basis upon which this evidence is being tendered.

Counsel then proceeded to review the nature and extent of the proposed psychiatric evidence as follows:

The Doctor will say that this man had a certain type of defensive mechanism that made him react violently to any homosexual overtone. He will say that is the normal state. And then he will compare that opinion with what occurred this night and say, "Taking the two together and having regard to the impact of one upon the other I have the following opinion to say, namely, he must have believed this

devant la porte verrouillée. Ils ont entendu des voix d'hommes qui parlaient en français. S'étant procurés la clef de la chambre auprès du garçon de nuit de l'hôtel, les agents sont entrés et ont trouvé l'intimé et l'autre personne nus sur un lit. Ils ont constaté que l'autre personne était un homme, encore affublé de la perruque blonde de femme et de l'épais maquillage qu'on lui avait vu plus tôt. Bien que les agents de police n'aient pas vu les deux personnes couchées faire quoi que ce soit, au moment où ils sont entrés la posture de l'intimé était telle que sa tête se trouvait très près des organes génitaux de celui qui était travesti en femme. Les agents ont vu l'intimé changer de position en se retournant vivement dans le lit. L'intimé a semblé stupéfié après l'arrivée des policiers et pendant la conversation qui a suivi avec eux.

La défense de l'intimé c'est qu'il a cru que son compagnon était une femme.

La question de droit à décider par le présent pourvoi est l'admissibilité de la preuve psychiatrique offerte de la part de l'intimé. Le juge de première instance l'a déclaré irrecevable, mais la majorité en Cour d'appel l'a jugé recevable.

L'avocat de l'intimé a décrit comme suit le caractère de la preuve qu'il voulait présenter dans l'exposé qu'il a fait à la Cour au procès:

[TRADUCTION] Le but que je veux atteindre en offrant cette preuve est de faire décrire par le médecin l'état d'esprit normal de M. Lupien, et d'après cette description lui faire comparer cet état d'esprit normal avec les événements qui se sont déroulés dans la chambre. Lorsque cela aura été fait, le médecin aura une norme sur laquelle il pourra étayer son opinion. Voilà fondamentalement la base sur laquelle je présente cette preuve.

L'avocat de l'intimé a alors exposé la nature et l'étendue de la preuve psychiatrique qu'il entendait présenter, comme suit:

[TRADUCTION] Le médecin dira que cet homme a un genre de mécanisme de défense qui le fait réagir violemment à tout ce qui est associé à l'homosexualité. Il dira que c'est l'état d'esprit normal. Il confrontera alors cette opinion avec les événements qui sont survenus cette nuit-là et il dira: «Considérant les deux ensemble et compte tenu de l'effet de l'un sur l'autre, je suis de l'avis suivant, savoir: il doit

person was a woman," and in so far his perception was diminished because of the things I did state in the hypothetical question, that because his perception was diminished one of two things occur, either he was not consciously aware of the genital organ he saw in front of him in the sense of being able to understand the person was a male or as soon as he became aware of it he should have rejected it and it would be inconceivable for him not to reject it.

The psychiatric examination involved the obtaining of information from the respondent and the psychiatrist said:

This is where I would have to assume the truthfulness of what he said referable to his background, his attitudes, his feelings, his beliefs, those things that would allow me to gain some idea and some opinion as to the sort of person that this man is, basically. As far as an answer to the question as to the state of this man's mind at the time or what happened at that time or what his thinking was at that time, no, it was not necessary to rely upon the truthfulness of what he had to say.

Essentially, the opinion would be that, based upon the psychiatric examination, the respondent's defence must be true.

In criminal trials, psychiatric evidence is most frequently introduced in cases where a plea of insanity is raised. There the issue is as to mental capacity and the opinions of experts on the subject of disease of the mind are clearly relevant and admissible.

In cases under s. 661 of the *Criminal Code*, involving the determination as to whether or not the accused is a dangerous sexual offender, the Court is required to hear the evidence of at least two psychiatrists. The reason for this provision would appear to be that the Court is being asked to forecast the likelihood, in the future, of a particular form of behaviour. The issue is not as to guilt in respect of a crime. It was in respect of this kind of inquiry that Fauteux J., delivering the judgment of the Court in *Wilband v. R.*<sup>2</sup>, defined the permissible sources of information upon which the psychiatrist could properly rely, including second-hand information.

avoir cru que cette personne était une femme», et en autant que sa faculté de perception était diminuée par ce que j'ai mentionné dans la question hypothétique, car sa faculté de perception était diminuée, il s'est produit l'une des deux choses suivantes, ou il n'a pas perçu consciemment les organes génitaux qu'il voyait devant lui, c'est-à-dire qu'il n'était pas à même de réaliser que cette personne était un homme, ou aussitôt qu'il s'en est rendu compte il l'a rejeté et il est inconcevable qu'il ne l'ait pas rejeté.

L'examen psychiatrique exigeait que l'intimé fournisse certains renseignements. Le psychiatre a dit à ce sujet:

[TRADUCTION] C'est là où je dois présumer de la véracité de ce qu'il dit sur ses antécédents, ses attitudes, ses sentiments, ses convictions et tout ce qui peut me permettre de me faire une idée ou une opinion sur le genre de personne qu'est cet homme foncièrement. Pour ce qui est de répondre à la question de savoir quel était l'état d'esprit de cet homme à ce moment-là, ou de savoir ce qui s'est passé à ce moment-là, ou de savoir ce qu'il pensait à ce moment-là, non, il n'a pas été nécessaire de me fier à la véracité de ce qu'il a dit.

Essentiellement, l'opinion serait à l'effet que, si l'on se fonde sur l'examen psychiatrique, la défense de l'intimé était nécessairement vraie.

Dans les procès criminels, on présente le plus souvent une preuve psychiatrique lorsqu'on invoque la défense d'aliénation mentale. Il s'agit alors de déterminer l'état mental et les témoignages d'experts sur les maladies mentales sont tout à fait pertinents et admissibles.

Dans les demandes en vertu de l'art. 661 du *Code criminel*, où il s'agit de décider si l'accusé est un délinquant sexuel dangereux, la Cour doit entendre le témoignage d'au moins deux psychiatres. Cette disposition existe semble-t-il parce que l'on demande à la Cour d'apprécier la probabilité d'un comportement particulier dans l'avenir. Il ne s'agit pas de décider si une personne est coupable d'un crime. C'était au sujet d'une enquête de ce genre que le Juge Fauteux, en exposant les motifs de la Cour dans l'affaire *Wilband c. La Reine*<sup>2</sup>, a défini les sources admissibles de renseignements dont le psychiatre peut se servir, y compris les renseignements obtenus par ouï-dire.

<sup>2</sup> [1967] S.C.R. 14, 2 C.R.N.S. 29, 60 W.W.R. 292, [1967] 2 C.C.C. 6.

<sup>2</sup> [1967] R.C.S. 14, 2 C.R.N.S. 29, 60 W.W.R. 292, [1967] 2 C.C.C. 6.

In *Fisher v. R.*<sup>3</sup>, which involved a charge of murder, the defence was that the accused was too drunk to have been capable of forming the requisite intent. The evidence of the Crown consisted largely of a statement given by the accused, which gave details of his movements before and after the killing, which he admitted. Psychiatric evidence was admitted in that case, in relation to the issue of mental capacity. The witness, having read the statement and being asked a hypothetical question, in which were included substantially the material facts related in the statement, stated that, in his opinion, anyone capable of doing what the accused was alleged to have done, would have the capacity to form an intent to murder, even if he had consumed 25 glasses of beer, or more.

There is no submission by the respondent in this case as to incapacity to form an intent to commit the crime charged, on the basis of insanity, drunkenness, or any other cause. The evidence which counsel for the respondent sought to lead was not to show that he was mentally incapable of forming the intent to commit the crime with which he was charged. Its purpose was to establish (partly on the basis of what the respondent had told the witness) that because the respondent normally reacted violently to homosexual practices he must have been telling the truth when, in the proved situation in which he was discovered, he said he thought his companion was a woman. In other words, the psychiatrist is being asked for an opinion, not as to whether the respondent was mentally capable of formulating an intent, but as to whether he did, on the facts of this case, formulate such intent. We have not been referred to any Canadian or English authority which establishes that the evidence of a psychiatrist can be introduced for a purpose such as this. If such evidence is held to be admissible in a case of this kind, then there would seem to be no reason why, on a charge of murder, psychiatric evidence could not be led as to the innate abhorrence of the accused

Dans l'affaire *Fisher c. La Reine*<sup>3</sup>, il s'agissait d'une accusation de meurtre et la défense était que l'accusé était trop ivre pour être capable de former l'intention nécessaire. La preuve de la poursuite consistait principalement en une déclaration de l'accusé, où il rendait compte de ses allées et venues avant et après l'assassinat, déclaration qu'il a reconnue. On a permis de présenter une preuve psychiatrique dans cette affaire, afin d'établir la capacité intellectuelle de l'accusé. Après avoir lu la déclaration de l'accusé, le témoin à une question hypothétique renfermant en substance les faits essentiels mentionnés à la déclaration, a répondu qu'à son avis toute personne capable de faire ce que l'accusé était censé avoir fait, était capable de former l'intention de commettre un meurtre, même si elle avait bu 25 verres de bière ou plus.

Dans la présente affaire, l'intimé n'a pas allégué l'incapacité pour cause d'aliénation mentale, d'ivresse ou autrement de former l'intention de commettre le crime dont il est accusé. La preuve que l'avocat de l'intimé voulait présenter ne tendait pas à démontrer que ce dernier était mentalement incapable de former l'intention de commettre le crime dont il était accusé. Le but de cette preuve était d'établir, en se fondant en partie sur ce que l'intimé avait dit au témoin, que, parce que l'intimé réagissait normalement de façon violente aux pratiques homosexuelles, il disait certainement la vérité quand, dans les circonstances où on l'a trouvé et dont on a fait la preuve, il a dit avoir cru que son compagnon était une femme. En d'autres mots, on demande au psychiatre de donner une opinion non sur la capacité intellectuelle chez l'intimé de former une telle intention mais sur la question de savoir s'il a, les faits étant ce qu'ils sont, véritablement eu cette intention. On ne nous a cité aucun précédent ni au Canada, ni en Angleterre, qui démontre qu'un psychiatre peut témoigner de cette façon. Si un tel témoignage est tenu pour admissible dans une affaire de ce genre, il ne semble y avoir aucune raison qui empêcherait dans le cas d'une accusation de meurtre, de présenter

<sup>3</sup> [1961] S.C.R. 535, 130 C.C.C. 1, 35 C.R. 107.

<sup>3</sup> [1961] R.C.S. 535, 130 C.C.C. 1, 35 C.R. 107.

in respect of physical violence, or on a charge of theft, of the innate respect of the accused for private property rights.

I agree with the view expressed by Davey C.J. in this case:

The opinion that Lupien would not have knowingly engaged in the acts alleged is in the particular circumstances of this case too dangerous to be admitted, because without any necessity it comes too close to the very thing the jury had to find on the whole of the evidence.

The jury is required to determine the intent of the accused upon the evidence before it. What is sought to be done here is to enable a professional man to express his view to the jury upon that issue, upon evidence which is not before the jury, and which is, in part, hearsay evidence from the accused himself. In my opinion evidence of this kind should not be admitted.

I do not regard the decision of this Court in the *Wilband* case, *supra* as being contrary to this conclusion. As I have already indicated, the psychiatric evidence in question in that case was required to be heard by virtue of s. 661(2) of the *Criminal Code* on a hearing to determine whether an accused person, already convicted, was a dangerous sexual offender. That determination involved an inquiry as to whether he was a person likely to cause injury, pain or other evil to any person through failure to control his sexual impulses or was likely to commit a further sexual offence. On that issue Parliament has required that the Court have the assistance of evidence from at least two psychiatrists. The *Wilband* case held that, in giving their evidence they were entitled to form an opinion through recognized psychiatric procedures and to consider all possible sources of information.

In the present case the issue is as to guilt or the basis of proved facts, which already exist not a forecast as to future conduct. In this case there is no statutory requirement to hear psychia-

une preuve psychiatrique à l'effet que le prévenu a une aversion innée pour la violence physique, ou dans le cas d'une accusation de vol qu'il a un respect inné du droit de propriété d'autrui.

Je suis d'accord avec l'opinion exprimée par le Juge en chef Davey à ce sujet:

[TRADUCTION] Il est trop dangereux dans les circonstances particulières de cette affaire de permettre la preuve de l'opinion que Lupien n'aurait pas sciemment posé les actes qu'on lui impute parce que, sans nécessité, elle vient trop près de la conclusion même que le jury doit tirer de la preuve.

Le jury doit juger de l'intention de l'inculpé d'après la preuve qui lui est présentée. Ce qu'on veut faire ici, c'est permettre à un expert de donner son avis sur cette question en se fondant sur une preuve qui n'est pas faite devant le jury et qui consiste en partie d'une preuve de oui-dire provenant de l'inculpé lui-même. A mon avis, une preuve de ce genre ne doit pas être admise.

Je ne considère pas que la décision de cette Cour dans l'affaire *Wilband* (déjà citée) contredise cette conclusion. Comme je l'ai déjà indiqué, la preuve psychiatrique dont il est question dans cette affaire-là était requise pour une demande en vertu de l'art. 661(2) du *Code criminel* visant à faire décider si le prévenu déjà déclaré coupable était un délinquant sexuel dangereux. Cette décision nécessitait une audition sur la question de savoir si le prévenu était un individu qui causerait vraisemblablement une lésion corporelle, une douleur ou un autre mal à quelqu'un à cause de son impuissance à maîtriser ses impulsions sexuelles, ou qui commettrait vraisemblablement une autre infraction d'ordre sexuel. Sur cette question, le Parlement a exigé que la Cour ait l'avantage d'entendre le témoignage d'au moins deux psychiatres. Dans l'affaire *Wilband*, il a été décidé que ces derniers, pour leur témoignage avaient le droit de se former une opinion selon les procédés psychiatriques reconnus et de prendre en considération toutes les sources possibles d'information.

Dans la présente affaire, il s'agit de statuer sur la culpabilité en se fondant sur des faits prouvés qui existent déjà et non de prévoir un comportement à venir. Le Code n'exige pas dans

tric evidence. It is sought to adduce such opinion evidence on the very issue which the jury is bound to determine on the facts proved before it.

For these reasons, I would allow the appeal and restore the conviction and sentence.

The judgment of Ritchie and Spence J.J. was delivered by

ITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal brought by the Attorney General of British Columbia under the provisions of s. 598(1)(a) of the *Criminal Code* from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia<sup>4</sup> (Davey C.J. *dissenting*) whereby that Court set aside the conviction of the respondent for attempting to commit an act of gross indecency and ordered a new trial limited to that issue.

The respondent was found by the police in a hotel bedroom in bed with another man, who was a female impersonator, and there is, in my view, no doubt that their respective positions in relation to each other were such as to justify the police in thinking that an act of gross indecency was taking place or was about to take place.

The respondent's main defence was that at all times, until just before the police entered the room, he thought that his companion was a woman, and it was sought to support his own evidence in this regard by the evidence of Dr. Newman, a highly qualified psychiatrist, who was present throughout the trial and who had interviewed the respondent and others and subjected the respondent to certain psychiatric tests for the purpose of determining what his normal state was in relation to sex.

Counsel for the Crown took objection to the introduction of this evidence from Dr. Newman and after lengthy argument from counsel on both sides, the learned trial judge ruled that questioning by defence counsel in this regard should be limited to asking the doctor a hypothetical question based on the assumption of the truth of the evidence adduced at the trial in order to

ce cas-ci qu'on entende le témoignage d'un psychiatre. On cherche à présenter ce témoignage d'expert sur la question même que le jury doit juger, d'après la preuve qui lui a été soumise.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité et la sentence.

Le jugement des Juges Ritchie et Spence a été rendu par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Ce pourvoi est introduit par le procureur général de la Colombie-Britannique, en vertu des dispositions de l'art. 598(1)(a) du *Code Criminel*, à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>4</sup> (le Juge en chef Davey *dissident*). Cet arrêt écarte la déclaration de culpabilité de l'intimé pour tentative de perpétrer un acte de grossière indécence, et ordonne un nouveau procès sur ce seul chef d'accusation.

La police a trouvé l'intimé dans une chambre d'hôtel, au lit avec un autre homme, un travesti, et il n'y a aucun doute, à mon avis, que leur position respective l'un par rapport à l'autre était telle que la police était justifiée de penser qu'un acte de grossière indécence avait lieu ou était sur le point d'avoir lieu.

La défense principale de l'intimé c'est qu'il a toujours cru, jusqu'à l'instant même qui a précédé l'entrée des policiers dans la chambre, que son compagnon était une femme. A l'appui de son témoignage à cet égard, l'intimé a offert celui du docteur Newman, psychiatre hautement qualifié, qui a assisté à tout le procès, a eu des entrevues avec l'intimé et d'autres personnes, et a soumis l'intimé à certains tests psychiatriques dans le but de déterminer son attitude normale envers le sexe.

Le substitut a soulevé une objection à l'encontre de cette preuve par le D<sup>r</sup> Newman. Après une longue argumentation des avocats des deux parties, le savant Juge de première instance a décidé que l'interrogatoire par l'avocat de la défense à ce sujet devait se limiter à poser au médecin une question hypothétique: En supposant la véracité de la preuve fournie au procès

<sup>4</sup> (1968), 64 W.W.R. 721, 4 C.R.N.S. 250, [1969] 1 C.C.C. 32.

<sup>4</sup> (1968), 64 W.W.R. 721, 4 C.R.N.S. 250, [1969] 1 C.C.C. 32.



obtain his opinion as to the effect which the respondent's lack of sleep, heavy work schedule and consumption of liquor had had on his state of mind at the time when he was found in such a compromising position by the police officers in the early hours of the morning.

The learned trial judge, however, excluded the psychiatric evidence based on interviews and tests which was tendered for the purpose of showing that, in Dr. Newman's opinion, Lupien had a certain type of defence mechanism which made him react violently against any homosexual activity and that he therefore would not have knowingly engaged in the homosexual practices which formed the subject of the charge.

The members of the Court of Appeal were unanimous in expressing the opinion, with which I agree, that the doctor's opinion given in answer to the hypothetical question which was put to him was properly admitted in evidence, but the majority of the Court, in ordering a new trial, took the view that the learned trial judge had erred in excluding the doctor's opinion based on the interviews he had conducted and on the psychiatric tests and procedures to which he subjected the respondent. It is the dissenting opinion of the learned Chief Justice in this latter regard which forms the basis of this appeal.

In excluding the opinion formed by the doctor as a result of his own investigations and tests, the learned trial judge cited the decision of this Court in *Bleta v The Queen*<sup>5</sup>, where it was said, at p. 564:

The question of whether or not an accused person was in a state of automatism so as not to be legally responsible at the time when he committed the acts with which he is charged, is a question of fact, and indeed may be the most vital question of fact in a criminal case, and it is because the opinion of an expert witness on such a question can serve only to confuse the issue unless the proven facts upon which it is based have been clearly indicated to the jury that the practice has grown up of requiring counsel,

<sup>5</sup> [1964] S.C.R. 561, 44 C.R. 193, [1965] 1 C.C.C. 1, 48 D.L.R. (2d) 139.

et se reportant au moment où, aux petites heures du matin, les policiers ont trouvé l'intimé dans une position compromettante, quelle est son opinion au sujet de l'effet produit sur l'état d'esprit de l'intimé par le manque de sommeil, un programme de travail chargé et la consommation d'alcool?

Le savant Juge de première instance a toutefois écarté la preuve psychiatrique fondée sur les entrevues et les tests laquelle était offerte dans le but de montrer que, de l'avis du docteur Newman, Lupien avait un certain mécanisme de défense qui le faisait réagir violemment à l'encontre de toute activité homosexuelle et qu'en conséquence, il ne se serait pas engagé, sciemment, dans les relations homosexuelles qui font l'objet de l'inculpation.

Les membres de la Cour d'appel ont, à l'unanimité, été d'avis que l'opinion du médecin, avancée en réponse à la question hypothétique qui lui avait été posée, avait été à juste titre admise en preuve. Je suis aussi de cet avis. Mais la majorité de la Cour, en ordonnant un nouveau procès, a déclaré que le savant Juge de première instance s'est trompé en refusant d'admettre en preuve l'opinion du médecin, fondée sur les entrevues qu'il avait eues ainsi que sur les tests et procédés psychiatriques auxquels il avait soumis l'intimé. Le pourvoi est basé sur la dissidence du savant Juge en chef au sujet de cette dernière question.

En rejetant l'opinion formulée par le médecin par suite de ses propres recherches et tests, le savant Juge de première instance a cité la décision de cette Cour dans *Bleta c. La Reine*<sup>5</sup> où il est dit, à la page 564:

[TRADUCTION] La question de savoir si un prévenu était dans un état d'automatisme tel qu'il n'était pas légalement responsable au moment où il a commis les actes dont il est accusé est une question de fait. C'est peut-être en vérité la question de fait la plus importante dans une affaire criminelle et c'est parce que l'opinion d'un témoin expert sur une telle question ne peut servir qu'à jeter la confusion dans les esprits à moins que les faits prouvés sur lesquels elle est basée n'aient été clairement exposés au jury,

<sup>5</sup> [1964] R.C.S. 561, 44 C.R. 193, [1965] 1 C.C.C. 1, 48 D.L.R. (2d) 139.

when seeking such an opinion, to state those facts in the form of a hypothetical question.

The case of *Bleta v. The Queen, supra*, was concerned with the proper way in which to elicit an opinion from an expert witness based upon evidence which has been adduced in his presence at the trial. The sentence cited by the learned trial judge from the decision of this Court is directly followed in the same paragraph by these words:

In cases where the expert has been present throughout the trial and there is conflict between the witnesses, it is obviously unsatisfactory to ask him to express an opinion based upon the evidence which he had heard because the answer to such a question involves the expert in having to resolve the conflict in accordance with his own view of the credibility of the witnesses and the jury has no way of knowing upon what evidence he based his opinion. Where, however, there is no conflict in the evidence, the same difficulty does not necessarily arise and different considerations may therefore apply.

The *Bleta* case came to this Court on appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario which had allowed an appeal by the Crown and ordered a new trial on the ground, *inter alia*, that a doctor called for the defence "was improperly permitted to express an opinion based on his assessment of the evidence." There is no such suggestion in the present case and I do not think that the *Bleta* case is to be taken as deciding that a counsel is precluded from eliciting the opinion of a doctor as to a person's state of health based on his medical knowledge and on his questioning of his patient out of the presence of the jury.

It was contended in the present case that Dr. Newman's opinion as to the way in which the respondent would normally react to homosexual advances was inadmissible as offending the rule against the introduction of hearsay evidence in that it must of necessity have been based upon what he was told by the respondent and others in the course of the interviews he conducted and on the results of the tests which he had carried out.

que l'usage s'est établi d'obliger l'avocat recherchant une telle opinion à exposer les faits sous la forme d'une question hypothétique.

Dans l'affaire *Bleta c. La Reine*, précitée, il s'agissait de décider de quelle façon on doit solliciter d'un témoin expert une opinion fondée sur la preuve faite au procès en sa présence. La phrase prise dans le jugement de cette Cour qui est citée par le savant Juge de première instance, est immédiatement suivie, dans le même alinéa, par ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans les affaires où l'expert est présent tout au long du procès, il n'est évidemment pas satisfaisant de lui demander de formuler une opinion fondée sur les témoignages qu'il a entendus lorsque ceux-ci sont contradictoires, parce que la réponse à une telle question entraîne l'expert à résoudre la contradiction selon son appréciation personnelle de la crédibilité des témoins. Le jury n'a alors aucun moyen de savoir sur quelle preuve il fonde son opinion. Toutefois, là où il n'y a pas de témoignages contradictoires, la même difficulté ne se présente pas nécessairement et d'autres motifs peuvent donc être à considérer.

L'affaire *Bleta* est venue devant cette Cour par suite d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel d'Ontario, qui avait accueilli un appel du procureur général et ordonné un nouveau procès, pour le motif, entre autres, qu'un médecin cité comme témoin par la défense [TRADUCTION] «avait été indûment autorisé à exprimer une opinion fondée sur son appréciation de la preuve». Il n'est aucunement question de cela dans la présente affaire et je ne crois pas que l'affaire *Bleta* puisse être considérée comme ayant établi qu'un avocat ne peut demander à un médecin au sujet de l'état de santé d'une personne, une opinion basée sur ses connaissances médicales et sur des questions qu'il a posées au patient hors la présence du jury.

Dans la présente affaire, on a prétendu que l'opinion du D<sup>r</sup> Newman sur la réaction normale de l'intimé aux avances homosexuelles est irrecevable parce qu'elle irait à l'encontre de la règle que l'on ne peut faire de preuve par ouï-dire, vu qu'elle est nécessairement fondée sur ce que l'intimé et d'autres personnes lui ont dit au cours des entrevues qu'il a eues et sur les résultats des tests qu'il a faits.

The truth of any statements made to the doctor in the course of his psychiatric enquiry was not at issue in the present case. What was being sought here was evidence of the opinion which he had formed as the result of applying his medical knowledge of an analysis of the respondent's disposition as manifested by his words, attitudes and reactions when subjected to questioning, and to other psychiatric procedures designed to reveal his true character. It is the admissibility or inadmissibility of an opinion so formed which is at issue here and, in my view, the fact that the methods pursued by the psychiatrist in reaching his opinion necessitated dependence on information obtained from the respondent and others which was not before the jury, does not make his opinion inadmissible although it may well be a factor to be considered in assessing the weight to be attached to that opinion. If it were otherwise, the Courts would be denied many medical opinions based on clinical methods of diagnosis.

In the case of *Wilband v. Her Majesty the Queen*,<sup>6</sup> the point was taken that certain evidence given by psychiatrists under the provisions of s. 661(2) of the *Criminal Code* was inadmissible as offending against the hearsay rule, and in the course of his reasons for judgment, Mr. Justice Fauteux had this to say, at p. 21:

Dealing with hearsay:—The evidence, in this case, indicates that to form an opinion according to recognized normal psychiatric procedures, the psychiatrist must consider all possible sources of information, including second-hand source information, the reliability, accuracy and significance of which are within the recognized scope of his professional activities, skill and training to evaluate. Hence, while ultimately his conclusion may rest, in part, on second-hand source material, it is nonetheless an opinion formed according to recognized normal psychiatric procedures. It is not to be assumed that Parliament contemplated that the opinion which the psychiatrists would form and give to assist the Court, would be formed by methods other than those recognized in normal psychiatric procedures. The value of a psychiatrist's opinion may be affected to

Dans la présente affaire, la véracité des déclarations faites au médecin au cours de son examen psychiatrique n'est aucunement en question. Ce que l'on recherchait ici, c'est un témoignage exposant l'opinion à laquelle le médecin était arrivé par l'application de ses connaissances médicales à une analyse des tendances de l'intimé, telles que manifestées par ses propos, attitudes et réactions lorsqu'il a été soumis à un interrogatoire, et à d'autres procédés psychiatriques destinés à révéler son vrai caractère. C'est la recevabilité d'une opinion obtenue de cette façon qui est en litige ici. A mon avis, le fait que les procédés employés par le psychiatre pour se former une opinion dépendent nécessairement d'informations obtenues de l'intimé ou d'autres personnes, hors la présence du jury, ne rend point cette opinion irrecevable, bien qu'il puisse être un facteur à prendre en considération en évaluant la force probante de cette opinion. S'il en était autrement, les tribunaux seraient privés d'un nombre important d'opinions médicales fondées sur des méthodes cliniques de diagnostic.

Dans l'affaire *Wilband c. La Reine*<sup>6</sup>, on a prétendu que certains témoignages donnés par des psychiatres, en vertu des dispositions de l'art. 661(2) du *Code Criminel*, étaient irrecevables en ce qu'ils allaient à l'encontre de la règle du oui-dire. M. le Juge Fauteux dit, à la page 21 de ses motifs:

[TRADUCTION] Au sujet du oui-dire: dans cette affaire, la preuve indique qu'afin de se former une opinion conformément aux procédés psychiatriques couramment reconnus, le psychiatre doit tenir compte de toutes les sources possibles d'information, y compris le oui-dire, son activité professionnelle normale ainsi que sa compétence et ses capacités l'habilitant à juger de la crédibilité, précision et signification de ses sources d'information. Par conséquent, bien qu'en définitive sa conclusion puisse reposer, en partie, sur du oui-dire, elle n'en reste pas moins une opinion formée selon les procédés psychiatriques couramment reconnus. On ne peut supposer que le Parlement a voulu que l'opinion formulée par le psychiatre pour aider la Cour soit obtenue selon des méthodes autres que celles qui sont reconnues dans les procédés psychiatriques

<sup>6</sup> [1967] S.C.R. 14, 2 C.R.N.S. 29, 60 W.W.R. 292, [1967] 2 C.C.C. 6.

<sup>6</sup> [1967] R.C.S. 14, 2 C.R.N.S. 29, 60 W.W.R. 292, [1967] 2 C.C.C. 6.

the extent to which it may rest on second-hand source material; but that goes to the weight and not to the receivability in evidence of the opinion, which opinion is no evidence of the truth of the information but evidence of the opinion formed on the basis of that information.

It is true that in the *Wilband* case Mr. Justice Fauteux was considering psychiatric evidence on the issue of whether an accused person who had already been convicted was "a dangerous sexual offender", and that it was the status of the accused rather than his guilt or innocence which was at issue, but I am satisfied that what was said in that case in relation to the hearsay rule applies with equal force to the present circumstances.

In view of the above, I am of the opinion that the admission of the psychiatric evidence sought to be adduced from Dr. Newman as to the respondent's normal state of mind would not have offended the rule against the admissibility of hearsay, but this is far from the end of the matter as the dissent of the learned Chief Justice is based on broader grounds. In the course of his reasons for judgment he said:

I would exclude the evidence on the broad ground that it was not admissible for the purpose it was tendered. It must be clearly understood what that purpose was, so I reiterate that it was to show that Lupien's normal personality and his defence mechanisms would cause him to reject homosexual advances or commerce, and so in the opinion of the experts he would not knowingly have engaged in them. They sought to explain the evidence on the ground that Lupien must have honestly believed Boisvert to be a woman, or by impairment of his understanding and judgment.

The opinion that Lupien would not have knowingly engaged in the acts alleged is in the particular circumstances of this case too dangerous to be admitted, because without any necessity it comes too close to the very thing the jury had to find on the whole of the evidence. But there is a more basic objection. Put in simple English the doctors were being invited to say that Lupien was a normal man, and as a normal man he would be instinctively repelled by and recoil from a homosexual act. The jurors were the proper people to say what a normal

normaux. La valeur de l'opinion avancée par un psychiatre peut être amoindrie dans la mesure où elle est fondée sur le oui-dire, mais cela touche sa valeur probante et non sa recevabilité en preuve; en effet, cette opinion n'est pas une preuve de la véracité des informations, mais une preuve de l'idée faite à partir de ces informations.

Il est vrai que, dans l'affaire *Wilband*, le Juge Fauteux considérait une preuve psychiatrique alors qu'il s'agissait de décider si un inculpé qui venait d'être condamné était un «délinquant sexuel dangereux»; c'est l'état de l'accusé plutôt que sa culpabilité ou son innocence qui était en question, mais j'ai la conviction que ce qui a été dit dans cette affaire sur la règle du oui-dire s'applique avec autant de force à la situation présente.

Vu ce qui précède, je suis d'avis que l'on n'aurait pas enfreint la règle contre le oui-dire en permettant la preuve de l'opinion psychiatrique que l'on voulait demander au D<sup>r</sup> Newman de fournir sur l'état d'esprit normal de l'intimé. Cela est cependant loin de régler la question vu que la dissidence du savant Juge en chef se fonde sur des motifs plus larges. Dans son exposé, il dit:

[TRADUCTION] Je rejetterais cette preuve pour ce motif général qu'elle n'est pas recevable dans le but pour lequel on veut la présenter. Il faut comprendre clairement quel est ce but, aussi, je répète qu'il s'agit de démontrer que la personnalité normale de Lupien et ses mécanismes de défense l'auraient poussé à rejeter toute avance ou relation homosexuelle; ainsi, de l'avis des experts, il ne s'y serait pas sciemment engagé. Ils ont voulu expliquer la preuve faite en soutenant que Lupien devait avoir cru sincèrement que Boisvert était une femme, ou que son intelligence et son jugement avaient défailli. Il est trop dangereux dans les circonstances particulières de cette affaire de permettre la preuve de l'opinion que Lupien n'aurait pas sciemment posé les actes qu'on lui impute parce que, sans nécessité, elle vient trop près de la conclusion même que le jury doit tirer de la preuve. Mais il y a une objection plus fondamentale. C'est tout simplement qu'on demandait aux médecins de dire que Lupien était un homme normal, et qu'en tant que tel il avait une répulsion instinctive envers tout acte homosexuel, de sorte qu'il aurait reculé devant l'idée de s'y

man would do in those circumstances for that would depend upon their knowledge of people.

I agree with the Chief Justice that if the evidence had been tendered for the purpose of showing that Lupien was a normal man, the conclusion as to how he would have acted under the circumstances would have been a question for the jury; but, with all respect, as I understand the record, the evidence was not tendered for this purpose at all but rather for the purpose of proving the doctor's opinion that this particular man had a certain type of defence mechanism that made him react violently against homosexual behaviour. The evidence which the learned trial judge excluded was described by the respondent's counsel in the following terms:

Now, here the doctor will say—and I am going to be a little bit inept in doing it—the doctor will say that this man had a certain type of defensive mechanism that made him react violently to any homosexual overtone. He will say that is the normal state. And then he will compare that opinion with what occurred this night and say, "Taking the two together and having regard to the impact of one upon the other I have the following opinion to say, namely, he must have believed this person was a woman", and (2) in so far his perception was diminished because of the things I did state in the hypothetical question, that because his perception was diminished one of two things occur, either he was not consciously aware of the genital organ he saw in front of him in the sense of being able to understand the person was a male or (2) as soon as he became aware of it he should have rejected it and it would be inconceivable for him not to reject it.

As I understand it, the evidence thus sought to be adduced was directed towards obtaining Dr. Newman's opinion to the effect that the respondent was so constituted as to be incapable of formulating the intention to commit a homosexual act, and it appears to me that the question of whether or not a man has homosexual tendencies or inclinations is one which is well adapted to the diagnosis of a psychiatrist and that such an

adonner. Ce sont les jurés qui étaient appelés à dire ce qu'un homme normal aurait fait dans ces circonstances, car cela dépend de leur connaissance des hommes.

Je partage l'opinion du Juge en chef à l'effet que si la preuve avait été présentée dans le but de démontrer que Lupien est un homme normal, la conclusion à tirer sur sa façon d'agir en de telles circonstances aurait été du domaine du jury. Mais, en toute déférence, le dossier démontre, à mon avis, que la preuve n'a pas du tout été présentée dans ce but, mais plutôt dans le but de faire connaître l'opinion du médecin selon laquelle cet homme-là posséderait un genre de mécanisme de défense qui le fait réagir violemment à l'encontre de toute conduite homosexuelle. La preuve que le savant Juge de première instance a rejetée a été décrite, par l'avocat de l'intimé, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Or, ici le médecin dira—et je suis incapable de le dire aussi bien que lui—le médecin dira que cet homme a un genre de mécanisme de défense qui le fait réagir violemment à tout ce qui est associé à l'homosexualité. Il dira que c'est l'état d'esprit normal. Il confrontera alors cette opinion avec les événements qui sont survenus cette nuit-là et il dira: «Considérant les deux ensemble, et compte tenu de l'effet de l'un sur l'autre, je suis de l'avis suivant, savoir: il doit avoir cru que cette personne était une femme», et (2) en autant que sa faculté de perception était diminuée par ce que j'ai mentionné dans la question hypothétique, car sa faculté de perception était diminuée, il s'est produit l'une des deux choses suivantes, ou il n'a pas perçu consciemment les organes génitaux qu'il voyait devant lui, c'est-à-dire qu'il n'était pas à même de réaliser que cette personne était un homme, ou (2) aussitôt qu'il s'en est rendu compte il l'a rejeté et il est inconcevable qu'il ne l'ait pas rejeté.

A mon avis, la preuve que l'on voulait alors faire recevoir est l'opinion du D<sup>r</sup> Newman que l'intimé est constitué de telle façon qu'il est incapable de former l'intention de commettre un acte homosexuel. Il me semble que la question de savoir si un homme a ou n'a pas de tendances ou penchants homosexuels en est une qui se prête très bien au diagnostic d'un psychiatre, et qu'une telle opinion formée dans ce domaine de

opinion formed in this area of human behaviour is relevant and admissible in a case such as the present one.

This was not a question of adducing character evidence in the sense of reputation, and I think that the rule laid down in 1865 by Cockburn C.J., in *Reg. v. Rowton*<sup>7</sup>, to the effect that evidence of character can only be introduced by seeking evidence of the accused's general reputation in the neighbourhood to which he belongs, is singularly inappropriate to the introduction of evidence from psychiatrists as to the accused's disposition.

The *Rowton* case was decided many years before the development of psychiatry as an accepted branch of medicine and we were not referred to any case in which the rule there stated was applied so as to exclude such evidence.

In the course of his reasons for judgment in the case of *Fisher v. The Queen*<sup>8</sup>, with which nine members of this Court were "in substantial agreement" (see [1961] S.C.R. 535 at 538) Aylesworth J.A. said at page 21, speaking of the evidence of the psychiatrist called by the Crown in that case:

He was, of course, assuming the facts given him as an hypothesis to be true, giving his opinion upon one of the vital issues to be decided by the jury, but that does not *per se* render his opinion inadmissible. . . . Psychiatry is a comparatively modern and special branch of medical science which deals with the study of the mind, the working of the mind, the mental state of an individual as demonstrated by his conversation, attitude and actions. I entertain no doubt that Dr. Easton as a specialist in psychiatry for many years and with the experience which his position entails, is qualified to express an opinion upon the mental capacity of an individual such as appellant to form a certain intent, . . .

In the *Fisher* case the accused, who was charged with murder, had given a statement to the police in which he described in great detail his activities during the evening up until the time when the murder was alleged to have taken place. In the course of the cross-examination of certain Crown

la conduite humaine est pertinente et recevable dans une affaire comme celle-ci.

Il ne s'agissait pas ici de fournir une preuve du caractère, au sens de réputation. Je suis d'avis que la règle établie en 1865 par le Juge en chef Cockburn, dans *Regina v. Rowton*<sup>7</sup>, selon laquelle la preuve du caractère ne peut être faite que par des témoignages sur la réputation générale de l'accusé dans le milieu auquel il appartient, est singulièrement inapplicable à l'introduction de témoignages de psychiatres sur les prédispositions du prévenu.

L'affaire *Rowton* a été décidée bien avant que la psychiatrie ne devienne une discipline médicale reconnue et on ne nous a cité aucune affaire où la règle qu'elle établit a été appliquée de manière à écarter une telle preuve.

Dans l'exposé de ses motifs en l'affaire *Fisher v. The Queen*<sup>8</sup>, avec lequel neuf membres de cette Cour ont été «généralement d'accord», (voir [1961] R.C.S. 535, à la p. 538), le Juge d'appel Aylesworth dit, à la page 21, au sujet du témoignage du psychiatre cité par la Couronne dans cette affaire-là:

[TRADUCTION] Naturellement, en supposant que les faits qui lui ont été proposés à titre d'hypothèse sont vrais, il donnait son avis sur l'une des questions les plus importantes soumises au jury pour décision, mais cela ne rend pas son avis irrecevable en soi . . . La psychiatrie est une branche relativement moderne et spécialisée de la médecine ayant pour objet l'étude de l'esprit, de son fonctionnement, et de l'état mental de l'individu, tel que révélé par sa conversation, son attitude et ses actes. Je n'ai aucun doute que le D<sup>r</sup> Easton, spécialisé en psychiatrie depuis plusieurs années, et jouissant de l'expérience que sa position exige, est qualifié pour formuler un avis sur la capacité intellectuelle d'un individu tel que l'appelant de former une certaine intention . . .

Dans l'affaire *Fisher*, le prévenu, inculpé de meurtre, avait fait à la police une déclaration dans laquelle il décrivait, par le menu, ses activités durant la soirée, jusqu'au moment où l'on prétendait que le meurtre avait été commis. Au cours du contre-interrogatoire de certains

<sup>7</sup> (1865), 10 Cox C.C. 25 at 29.

<sup>8</sup> (1961), 130 C.C.C. 1.

<sup>7</sup> (1865), 10 Cox C.C. 25 à 29.

<sup>8</sup> (1961), 130 C.C.C. 1.

witnesses it became apparent that an attempt was being made to make out a defence of drunkenness and before closing the case for the prosecution, the Crown called Dr. Easton, the Director of Psychiatry at the Ontario Hospital in New Toronto, who was asked a hypothetical question based in large measure on the statement made by the accused to the police in answer to which he expressed the opinion that anyone able to do what the appellant was alleged to have done could have the capacity to form the intent to murder, even after he had consumed 25 glasses of beer or more. It appears to me that the opinion so sought by the Crown came as close as possible to being evidence of the very thing that the jury had to find if the defence of drunkenness was to be negated and the accused convicted. In approving the admission of the psychiatrist's evidence, Aylesworth J.A. concluded, at page 21:

The relation of appellant's actions and conduct, as posed to the doctor, to appellant's mental capacity, was surely a matter upon which the witness could call into play his special knowledge in that field. The fact that the witness did not examine the appellant, in my opinion, can have no bearing upon the question of the admissibility of his evidence; the whole basis of his evidence, as has been said already, was the effect of appellant's activities as demonstrating to an expert in the field of psychiatry, *the presence or absence of a specific degree of mental capacity*. While the value of that evidence was for the jury, it was in my view, admissible evidence.

(The italics are my own.)

What was sought to be introduced in the present case was evidence from a specialist in the field of psychiatry as to the absence of a specific degree of behavioural capacity and I think that Mr. Justice Aylesworth's language applies and that "while the value of that evidence was for the jury it was . . . admissible evidence."

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 con-

témoins de la poursuite, il est devenu clair qu'on essayait d'établir une défense d'ivresse et, avant de terminer sa preuve, le ministère public a cité le D<sup>r</sup> Easton, directeur du service de psychiatrie à l'*Ontario Hospital* de New Toronto, et lui a posé une question hypothétique, basée dans une large mesure sur la déclaration du prévenu aux policiers. En réponse, le D<sup>r</sup> Easton a exprimé l'avis que toute personne capable de faire ce que l'appellant était censé avoir fait, était capable de former l'intention de commettre un meurtre, même si elle avait bu 25 verres de bière ou plus. A mon avis, l'opinion ainsi sollicitée par la poursuite se rapprochait à l'extrême de la preuve du fait même sur lequel le jury avait à se prononcer si la défense d'ivresse devait être rejetée et le prévenu condamné. En se disant d'accord sur l'admissibilité en preuve du témoignage du psychiatre, le Juge d'appel Aylesworth a conclu, à la page 21:

[TRADUCTION] La relation entre les actes et la conduite de l'appellant et sa capacité intellectuelle, que l'on demandait au médecin d'établir, est sûrement une question au sujet de laquelle le témoin pouvait avoir recours à ses connaissances spéciales dans ce domaine. Le fait que le témoin n'avait pas examiné l'appellant ne peut, à mon avis, avoir aucune influence sur la recevabilité de son témoignage; le seul fondement de son témoignage c'est comme on l'a déjà dit, que les actes de l'appellant peuvent avoir l'effet de démontrer, aux yeux d'un expert dans le domaine de la psychiatrie, *la présence ou l'absence d'un degré déterminé de capacité intellectuelle*. Quoique l'appréciation de cette preuve doit être laissée au jury, elle est à mon avis recevable.

(Les italiques sont de moi.)

C'est une preuve émanant d'un spécialiste dans le domaine de la psychiatrie, relativement à l'absence d'un degré déterminé de capacité de comportement, qu'on a cherché à présenter dans la présente affaire. Je suis d'avis que les paroles du Juge Aylesworth s'appliquent et que «quoique l'appréciation de cette preuve doit être laissée au jury, elle est . . . recevable».

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