

**René Vaillancourt** *Appellant*;

and

**Her Majesty the Queen** *Respondent*.

1975: January 29, 30; 1975: February 13.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law—Evidence—Expert evidence—Psychiatric opinion—Admissibility—Examination of accused at instance of Crown without notice or court order—Criminal Code, ss. 465(c), 543, 608.2.*

Appellant was arrested on February 1, 1973, and held in custody. At the request of the Crown a number of psychiatrists examined the accused at various dates all a considerable time prior to the preliminary hearing. There was no judicial determination that such examination should be permitted and it appeared that on the dates in question appellant was not represented by counsel although he had been interviewed by duty counsel under the provisions of the Ontario Legal Aid Scheme. At trial the judge admitted the evidence of these psychiatrists when they were called to testify in reply as witnesses for the Crown. The Court of Appeal decided *inter alia* that the trial judge had not erred in admitting this evidence and dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

As was said in the Court of Appeal, while it would be preferable for the Crown to seek a Court order for psychiatric examination of an accused under arrest and to advise defence counsel, where applicable, of their intention to have such examination, the Crown's failure so to do is not by itself a basis for the exclusion of the psychiatric evidence. As there does not appear to be a provision in the *Criminal Code* or elsewhere which would authorize a court to give an order for examination of an accused in the circumstances of his confinement in the Toronto Jail all a court can do is to express regret that no such provision exists and that therefore no Court order had been obtained.

*R. v. Lafrance* (1972), 8 C.C.C. (2d) 22, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal<sup>1</sup> for Ontario dismissing an appeal from a

<sup>1</sup> (1974), 16 C.C.C. (2d) 137.

**René Vaillancourt** *Appelant*;

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*.

1975: les 29 et 30 janvier; 1975: le 13 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

*Droit criminel—Preuve—Témoins experts—Opinion des psychiatres—Recevabilité—Examen de l'accusé à la demande de la Couronne sans avis ni ordonnance de la Cour—Code criminel, art. 465 c), 543, 608.2.*

L'appelant a été arrêté le 1<sup>er</sup> février 1973 et emprisonné. A la demande de la Couronne plusieurs psychiatres ont examiné l'accusé à différentes dates, toutes bien avant l'enquête préliminaire. Ces examens ont été faits sans aucune autorisation judiciaire et il appert qu'à chaque occasion l'appelant n'était pas représenté par un avocat bien qu'il ait eu l'occasion de consulter l'avocat de service désigné en vertu du programme d'aide juridique de l'Ontario. Au procès, le juge a accepté la preuve apportée par les psychiatres qui ont témoigné en réplique pour la Couronne. La Cour d'appel a décidé, entre autres, que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en acceptant ces témoignages et elle a rejeté l'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

Comme l'a déclaré la Cour d'appel, bien qu'il soit souhaitable que la Couronne obtienne du tribunal une ordonnance avant l'examen psychiatrique d'un accusé et qu'elle avise l'avocat de la défense, l'omission de la Couronne de ce faire ne constitue pas en soi un motif d'exclusion de la preuve psychiatrique. Comme il n'y a pas de disposition dans le *Code criminel* ou ailleurs qui autoriserait un tribunal à rendre une ordonnance en vue de l'examen d'un accusé dans les circonstances de sa détention à la prison de Toronto, un tribunal ne peut que déplorer le fait qu'aucune disposition semblable n'existe et qu'aucune ordonnance judiciaire n'a donc été obtenue.

Arrêt mentionné: *R. v. Lafrance* (1972), 8 C.C.C. (2d) 22.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup> qui a rejeté un appel d'une

<sup>1</sup> (1974), 16 C.C.C. (2d) 137.

conviction by Donnelly J., with a jury, of capital murder. Appeal dismissed.

*Arthur Maloney, Q.C., and Clare E. Lewis, for the appellant.*

*David Watt, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on January 25, 1974, wherein that Court dismissed an appeal by the accused from his conviction on October 1, 1973, at a trial before Donnelly J. and a jury of the offence of capital murder. The judgment of the Court of Appeal has since been reported in (1974), 16 C.C.C. (2d) 137. That report contains a very detailed account of all the circumstances and I, therefore, do not intend to repeat them in these reasons.

After counsel for the accused had presented his argument before the Court of Appeal for Ontario, that Court called upon counsel for the Crown to argue only grounds of appeal which counsel for the accused had, in his notice of appeal, designated as grounds 1, 2 and 5.

In this Court, after counsel for the appellant (the accused) had presented his argument, the Court called upon counsel for the Crown to reply only on ground of appeal 1. This ground of appeal, as set out in the appellant's notice of appeal to this Court, was as follows:

THE COURT OF APPEAL FOR THE PROVINCE OF ONTARIO ERRED IN HOLDING THAT THE LEARNED TRIAL JUDGE WAS CORRECT IN ADMITTING THE EVIDENCE OF THE PSYCHIATRISTS CALLED TO TESTIFY IN REPLY AS WITNESSES FOR THE CROWN.

Ground of appeal No. 1 before the Court of Appeal for Ontario was cited in the reasons given by the Chief Justice of Ontario as follows:

THE LEARNED TRIAL JUDGE ERRED IN ADMITTING THE EVIDENCE OF THE PSYCHIATRISTS CALLED TO TESTIFY IN REPLY AS WITNESSES FOR THE CROWN.

déclaration de culpabilité pour meurtre qualifié prononcé par le juge Donnelly, siégeant avec un jury. Pourvoi rejeté.

*Arthur Maloney, c.r., et Clare E. Lewis, pour l'appellant.*

*David Watt, pour l'intimée.*

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 25 janvier 1974 qui rejetait l'appel d'une déclaration de culpabilité pour meurtre qualifié prononcée le 1<sup>er</sup> octobre 1973 contre l'accusé lors de son procès devant l'honorable juge Donnelly et un jury. L'arrêt de la Cour d'appel a depuis été publié à (1974) 16 C.C.C. (2d) 137. Ce rapport judiciaire relate en détails toutes les circonstances de l'affaire, c'est pourquoi je n'ai aucune intention de les répéter ici.

Après que la Cour d'appel de l'Ontario eut entendu les arguments de l'avocat de l'accusé, elle a demandé au procureur de la Couronne de n'arguer que les moyens d'appel 1, 2 et 5 qui avaient été ainsi désignés par l'avocat de l'accusé dans son avis d'appel.

En cette Cour, après la plaidoirie de l'avocat de l'appellant (l'accusé), nous avons demandé au procureur de la Couronne de ne répliquer qu'au moyen d'appel N<sup>o</sup> 1. Ce moyen d'appel, tel qu'il apparaît dans l'avis d'appel déposé par l'appellant en cette Cour, est formulé comme suit:

[TRADUCTION] LA COUR D'APPEL DE LA PROVINCE DE L'ONTARIO A ERRÉ EN CONCLUANT QUE LE SAVANT JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE AVAIT ACCEPTÉ À BON DROIT LA PREUVE APPORTÉE PAR LES PSYCHIATRES QUI ONT TÉMOIGNÉ EN RÉPLIQUE POUR LA COURONNE.

Le moyen d'appel N<sup>o</sup> 1 allégué devant la Cour d'appel de l'Ontario et cité dans les motifs du juge en chef de l'Ontario, se lisait comme suit:

[TRADUCTION] LE SAVANT JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE A ERRÉ EN ACCEPTANT LA PREUVE APPORTÉE PAR LES PSYCHIATRES QUI ONT TÉMOIGNÉ EN RÉPLIQUE POUR LA COURONNE.



It will be seen that it is exactly the same ground of appeal.

I have carefully perused the reasons given by Gale C.J.O. for the dismissal of this ground of appeal. I am in complete agreement with them and have very little to add. There is one matter, however, upon which I feel it only proper to express concern.

The appellant, after his arrest on February 1, 1973, was, of course, held in custody. He appeared in police court in the City of Toronto on February 2, 1973, and on February 9, 1973, for remand. On each of those occasions, he was taken by detectives of the Toronto Police Department to be interviewed by a solicitor who was the designated duty counsel present under the provisions of the Ontario Legal Aid scheme. There is no other indication of any kind that until after the examinations by Crown psychiatrists, to which I shall refer, the appellant consulted or retained any other legal counsel. The duties of the duty counsel under the provisions of the Ontario Legal Aid scheme are set out in Reg. 557 (R.R.O. 1970) under *The Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239, and I quote paras. 69 and 89 of such regulations:

69. Where a person has been taken into custody or summoned and charged with an offence, he may obtain before any appearance to the charge the assistance of duty counsel who shall,

(a) advise him of his rights and take such steps as the circumstances require to protect his rights, including representing him on an application for remand or adjournment or for bail or on the entering of a plea of guilty and making representations with respect to sentence where a plea of guilty is entered;

89. The customary solicitor and client relationship shall exist between a solicitor and his client.

The Crown called in reply the following professional witnesses:

*Dr. Joseph Thomas Marotta*, who testified that on September 5, 1973, he had seen the appellant at the request of Dr. Davidson, a psychiatrist who had testified on behalf of the defence, and that he had conducted an EEG examination of the appel-

Nous verrons qu'il s'agit exactement du même moyen d'appel.

J'ai lu attentivement les motifs pour lesquels le juge en chef Gale a rejeté ce moyen d'appel. Je suis entièrement d'accord avec lui et j'ai peu à ajouter. Cependant, il y a un aspect de cette affaire qui me préoccupe et qu'il y a lieu d'explicitier.

Après son arrestation le 1<sup>er</sup> février 1973, l'appellant a naturellement été emprisonné. Le 2 février 1973, il a comparu une première fois devant le tribunal de police à Toronto, puis une seconde fois, le 9 février 1973, pour renvoi. A chacune de ces occasions, des policiers de la Sûreté municipale de Toronto lui ont présenté un avocat qui était l'avocat de service désigné en vertu du programme d'aide juridique de l'Ontario. Il n'existe aucune autre indication que l'appellant a consulté ou retenu les services d'un autre avocat avant les examens que lui ont fait subir les psychiatres de la Couronne et que je mentionnerai plus loin. Les fonctions de l'avocat de service en vertu du programme d'aide juridique de l'Ontario sont prévues au règlement 557 (R.R.O. 1970) établi en vertu du *Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239. Voici les art. 69 et 89 des règlements:

[TRADUCTION] 69. Lorsqu'une personne a été amenée en détention ou a reçu une sommation et a été accusée d'une infraction, elle peut obtenir avant de comparaître à l'accusation l'assistance d'un avocat de service qui doit,

a) l'aviser de ses droits et prendre les mesures que les circonstances exigent pour protéger ses droits, y compris la représenter dans une demande de renvoi ou d'ajournement ou de cautionnement ou lors de l'inscription d'un aveu de culpabilité et faire des observations concernant la sentence lorsqu'un plaidoyer de culpabilité a été inscrit;

89. Les rapports ordinaires avocat-client doivent exister entre un avocat et son client.

En réplique, la Couronne a convoqué les témoins-experts suivants:

Le *D<sup>r</sup> Joseph Thomas Marotta* a témoigné que le 5 septembre 1973, il avait examiné l'appellant à la demande du docteur Davidson, un psychiatre qui avait témoigné pour la défense, et qu'il avait fait subir à l'appellant un électro-encéphalogramme

lant which examination revealed no abnormality of any description. It is to be noted that this witness had performed his service at the request of the defence and I am not dealing further with his evidence.

*Dr. Peter Watts Rowsell*, who testified that he examined the accused February 9, 1973, at the Don Jail in Toronto. This examination was made at the request of counsel for the Crown. There is nothing to show that the accused had any notice that he was to be so examined nor was anyone who in any way represented him consulted. Dr. Rowsell gave expert opinion evidence as to the mental condition of the appellant.

*Dr. David Lang Common*, the consultant psychiatrist at the Toronto Jail, examined the appellant at the Toronto Jail on February 12, 1973. He testified that upon seeing the appellant, he introduced himself and said "I am Dr. Common. I am the jail psychiatrist and I have been asked by Mr. Whitehead, the superintendent, to examine you", to which the appellant replied, "What! Do I have to see another psychiatrist? There is nothing wrong with me". Again, there is no evidence that there was any previous notice to the appellant that such examination would take place nor was anyone consulted on behalf of the appellant. Again, the witness, Dr. Common, gave expert opinion evidence as to the mental condition of the appellant.

*Dr. Andrew Ian Malcolm* examined the appellant on February 10, 1973, in the Don Jail. This examination was also made at the request of the Crown and Dr. Malcolm reported immediately to Crown counsel. Again, there is nothing in the evidence that the appellant had any notice of such examination or that anyone was consulted on behalf of the appellant.

All of these examinations took place a considerable time before the appellant appeared on preliminary hearing and there was no kind of judicial determination whatsoever that such examination should be permitted. Since it would appear that at the time the examinations took place the appellant was not in fact represented by counsel, there was no legal representative with whom the counsel for the Crown could confer.

qui n'a révélé aucun indice de comportement anormal. Il est à noter que ce témoin avait agi à la demande de la défense et je m'abstiendrai d'examiner davantage son témoignage.

Le *D<sup>r</sup> Peter Watts Rowsell* a témoigné qu'il a examiné l'accusé le 9 février 1973 à la prison Don à Toronto. Cet examen lui avait été demandé par le procureur de la Couronne. Rien ne démontre que l'accusé a été avisé de l'examen ou qu'un de ses représentants a été consulté à ce sujet. Le docteur Rowsell a témoigné à titre d'expert quant à la condition mentale de l'appellant.

Le *D<sup>r</sup> David Lang Common*, le psychiatre consultant de la prison de Toronto, a examiné l'appellant à cet endroit le 12 février 1973. Il a témoigné qu'il s'est présenté à l'appellant de cette façon: [TRADUCTION] «Je suis le docteur Common. Je suis le psychiatre résidant et M. Whitehead, le surintendant, m'a demandé de vous examiner», ce à quoi l'appellant a répondu [TRADUCTION] «Quoi! Dois-je voir un autre psychiatre? Je ne suis pas malade». Encore une fois, il n'y a aucune preuve que l'appellant a été avisé qu'il devait subir cet examen ou que quelqu'un a été consulté en son nom. Le docteur Common a aussi témoigné à titre d'expert quant à la condition mentale de l'appellant.

Le *D<sup>r</sup> Andrew Ian Malcolm* a examiné l'appellant le 10 février 1973 à la prison Don. C'est la Couronne qui, encore une fois, avait demandé cet examen et le docteur Malcolm a immédiatement soumis son rapport au procureur de la Couronne. De nouveau, aucune preuve ne démontre que l'appellant a été avisé qu'il devait subir cet examen ou que quelqu'un a été consulté en son nom.

Tous ces examens ont eu lieu bien avant que l'appellant comparaisse à l'enquête préliminaire et ils ont été fait sans autorisation judiciaire. Puisqu'il semble que l'appellant n'était pas représenté par un avocat lorsque ces examens ont eu lieu, il n'y avait donc aucun représentant juridique avec qui le procureur de la Couronne pouvait conférer.



It was the submission of counsel for the accused to the Court of Appeal for Ontario and to this Court that under these circumstances the learned trial judge should have refused to permit these three last-named witnesses to give evidence and that a court order should have been obtained on notice prior to such examinations taking place.

Gale C.J.O., in his reasons for judgment, said:

Although this Court has already pointed out that it would be preferable for the Crown to seek a Court order for psychiatrists' examination of an accused under arrest, and when the accused has retained counsel to advise defence counsel of their proposal to have a psychiatrists' examination of the accused, the Crown's failure to do so is not by itself a basis for excluding that evidence.

As I have said, I am in agreement with the reasons of the learned Chief Justice of Ontario including that statement.

The learned Chief Justice was referring to the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Lafrance*<sup>2</sup>, where speaking for the Court, he said:

Complaint was taken that he ought not to have been so examined without notice to his counsel, or without an order of the Court. We agree that it would have been better to have had the concurrence of counsel, or an order of the Court, although in this respect we must point out that Crown counsel did in fact attempt to obtain the permission of defence counsel, but went ahead with the examinations when he could not reach him. However, the evidence was not inadmissible, and we think the learned Judge could not be said to have exercised his discretion incorrectly, if one was available to him, in permitting that evidence to be introduced. In this connection we have in mind the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Wray*, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673, [1971] S.C.R. 272. For these reasons the appeal will be dismissed.

It is noteworthy that in the *Lafrance* case the examination by the psychiatrist to which defence counsel took objection was made while the accused had been confined in the mental hospital at Pene-

L'avocat de l'accusé a allégué devant la Cour d'appel de l'Ontario et devant cette Cour que, dans ces circonstances, le juge de première instance n'aurait pas dû permettre aux trois derniers témoins susmentionnés de déposer et qu'une ordonnance du tribunal aurait dû être obtenue sur avis avant de procéder à ces examens.

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef Gale a dit ceci:

[TRADUCTION] Même si cette Cour a déjà signalé qu'il serait souhaitable que la Couronne obtienne du tribunal une ordonnance avant l'examen psychiatrique d'un accusé en état d'arrestation, et lorsque l'accusé a retenu les services d'un avocat, qu'elle avise ce dernier de sa demande en vue d'un examen psychiatrique de l'accusé, l'omission par la Couronne de ce faire ne constitue pas en soi un motif d'exclusion de cette preuve.

Comme je l'ai dit, je suis en accord avec les motifs formulés par le savant juge en chef de l'Ontario, y compris celui-là.

Le savant juge en chef s'est reporté à l'arrêt rendu par le Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Lafrance*<sup>2</sup>, où il a dit, alors qu'il s'exprimait au nom de la Cour:

[TRADUCTION] Une plainte a été formulée à l'effet qu'il n'aurait pas dû être ainsi examiné sans aviser son avocat ou sans obtenir une ordonnance de la Cour. Nous convenons qu'il aurait été préférable d'obtenir auparavant l'assentiment de son avocat ou une ordonnance de la Cour, bien qu'à cet égard nous devons souligner que le procureur de la Couronne a effectivement tenté d'obtenir la permission de l'avocat de la défense, mais ne pouvait entrer en contact avec lui, il procéda aux examens. Cependant, la preuve n'était pas inadmissible, et nous croyons qu'il ne peut être dit que le savant juge a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire, s'il existait, en permettant le dépôt de cette preuve. Sous ce rapport, nous songeons à la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Wray*, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673, [1971] R.C.S. 272. Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Il convient de noter que dans l'affaire *Lafrance*, l'examen psychiatrique auquel s'est opposé l'avocat de la défense avait été fait alors que l'accusé se trouvait à l'hôpital psychiatrique de Penetanguis-

<sup>2</sup> (1972), 8 C.C.C. (2d) 22.

<sup>2</sup> (1972), 8 C.C.C. (2d) 22.

tanguishene and there may have been some jurisdiction for a court to make an order under those circumstances. In the circumstances in the present case, the accused was confined in the Toronto Jail. I have been unable to discover any provision in the *Criminal Code* or elsewhere which would authorize some court to give an order for his examination.

It must be remembered that these examinations took place prior to the preliminary inquiry and it would appear that in the opinion of the Crown counsel it was necessary in the due administration of justice to have these psychiatric examinations at that time. Counsel for the appellant referred to s. 465 (c), s. 543 and s. 608.2 of the *Criminal Code*, but reference to these actions indicates that they are all concerned with a later period when the accused was at preliminary inquiry, at trial, or before the Court of Appeal, and I am of the opinion that they are quite inapplicable to the circumstances in the present appeal.

The interest of the accused in the issue of whether he should be subject to psychiatric examination and in the form and content of that examination is, of course, evident. It would appear that a provision whereby there could be an application made to a designated judicial officer upon notice to an accused person for an order permitting such examination would be a proper provision in the protection of the rights and interests of an accused person. If notice of such an application were given to an accused person, then the accused person would be in the position where he could immediately seek advice from a solicitor in reference thereto and would result in either the retaining of such a solicitor or seeking the services of legal aid under the various provincial plans. At the present time, it would seem that all a court can do is to express regret that no court order had been obtained without being able to point out how such a court order could be obtained. In the present circumstances, as I have said, I am of the opinion that the appeal could not succeed.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

hene, et un tribunal aurait pu être compétent pour rendre une ordonnance dans ce cas-là. Dans les circonstances de la présente affaire, l'accusé était détenu à la prison de Toronto. Je n'ai trouvé aucune disposition dans le *Code criminel* ou ailleurs qui autoriserait un tribunal à rendre une ordonnance en vue de l'examen de l'accusé.

Il ne faut pas oublier que l'on a procédé à ces examens avant l'enquête préliminaire et il semblerait que, de l'avis du procureur de la Couronne, la bonne administration de la justice nécessitait que ces examens psychiatriques aient lieu à cette époque. L'avocat de l'appellant a invoqué les art. 465c), 543 et 608.2 du *Code criminel*, mais ces derniers n'entrent en jeu que plus tard, lorsque l'accusé subit son enquête préliminaire ou son procès, ou lorsqu'il est devant la Cour d'appel, et je suis d'avis qu'ils sont absolument inapplicables aux circonstances du présent pourvoi.

L'accusé a bien sûr un intérêt certain dans la question de savoir s'il doit subir un examen psychiatrique, et dans la forme et le contenu de cet examen. Il me semble que les droits et les intérêts d'un accusé seraient beaucoup mieux protégés s'il existait une disposition en vertu de laquelle la demande d'une ordonnance en vue d'un tel examen serait présentée à un fonctionnaire judiciaire et signifiée à l'accusé. Si l'avis d'une telle demande était signifié à un accusé, ce dernier serait alors en mesure de se renseigner immédiatement auprès d'un avocat et il pourrait ainsi retenir ses services ou recourir au service d'aide juridique qu'offrent les divers programmes provinciaux. A l'heure actuelle, il semble qu'un tribunal ne peut que déplorer le fait qu'aucune ordonnance judiciaire n'a été obtenue, sans avoir la possibilité d'indiquer la procédure à suivre pour obtenir une telle ordonnance. Dans les circonstances, comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que ce pourvoi ne peut pas être accueilli.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Appel rejeté.*

*Solicitors for the appellant: Arthur Maloney, and Clare E. Lewis, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Arthur Maloney, et Clare E. Lewis, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Le Procureur général de l'Ontario, Toronto.*