

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.-L.J. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. J.-L.J.

Neutral citation: 2000 SCC 51.

File No.: 26830.

1999: December 10; 2000: November 9.

Present: L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Admissibility — Mohan criteria — Accused charged with sexual assaults on two young male children — Expert witness testifying that accused's personality incompatible with any predisposition to commit such offences — Whether trial judge erred in excluding expert evidence.

The accused was charged with a series of sexual assaults on two young male children. He tendered the evidence of a psychiatrist to establish that in all probability a serious sexual deviant had inflicted the abuse, including anal intercourse, and no such deviant personality traits were disclosed by the accused in various tests including penile plethysmography. After a *voir dire*, the trial judge excluded the expert evidence because it purported to show only lack of general disposition and was not saved by the "distinctive group" exception recognized in *Mohan*. The accused was convicted. A majority of the Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial on the basis that the expert evidence was wrongly excluded.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

The trial judge's discharge of his gatekeeper function in the evaluation of the demands of a full and fair trial record, while avoiding distortions of the fact-finding

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.-L.J. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. J.-L.J.

Référence neutre: 2000 CSC 51.

N° du greffe: 26830.

1999: 10 décembre; 2000: 9 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Critères de l'arrêt Mohan — Accusé inculpé d'avoir agressé sexuellement deux garçonnets — Expert témoignant que la personnalité de l'accusé ne permet pas de conclure qu'il est prédisposé à commettre de telles infractions — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve d'expert?

L'accusé a été inculpé d'avoir commis une série d'agressions sexuelles sur deux garçonnets. Il a fait témoigner un psychiatre dans le but d'établir que, selon toute probabilité, l'auteur des mauvais traitements qui comprenaient des relations sexuelles anales était une personne atteinte d'une déviance sexuelle grave, et que divers tests administrés à l'accusé, dont une pléthysmographie pénienne, ne révélaient aucun trait de personnalité déviant de la sorte. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès a exclu la preuve d'expert pour le motif qu'elle paraissait démontrer seulement une absence de prédisposition générale disposition et n'était pas sauvegardée par l'exception du «groupe distinctif» reconnue dans l'arrêt *Mohan*. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que la preuve d'expert avait été exclue à tort.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Le fait que le juge du procès a évité que la recherche des faits soit faussée par la présentation d'un témoignage d'expert inapproprié, en exerçant sa fonction de

exercise through the introduction of inappropriate expert testimony, deserves a high degree of respect. In this case, the trial judge was not persuaded that the *Mohan* requirements had been met.

Novel science is subject to “special scrutiny”. In this case the psychiatrist was a pioneer in Canada in trying to use the penile plethysmograph, previously recognized as a therapeutic tool, as a forensic tool. Moreover, if expert evidence were accepted that the offence was probably committed by a member of a “distinctive group” from which the accused is excluded, it would be a short step to the conclusion on the ultimate issue of guilt or innocence. This was another reason for special scrutiny.

The “distinctive group” exception sought to be applied here requires that it be shown that the crime could only, or would only, be committed by a person having distinctive personality traits that the accused does not possess. The personality profile of the perpetrator group must identify truly distinctive psychological elements that were in all probability present and operating in the perpetrator at the time of the offence. The *Mohan* requirement that this profile be “standard” was to ensure that it is not put together on an *ad hoc* basis for the purpose of a particular case. Beyond that, the issue whether the “profile” is sufficient depends on the expert’s ability to identify and describe with workable precision what exactly distinguishes the distinctive or deviant perpetrator from other people and on what basis the accused can be excluded. The expert evidence tendered in this case was unsatisfactory on both points. The definition of the “distinctive” group of individuals with a propensity to commit the “distinctive crime” was vague. While the reference in *Mohan* to a “standard profile” should not be taken to require an exhaustive inventory of personality traits, the profile must confine the class to useful proportions. Furthermore, the witness did not satisfy the trial judge that the underlying principles and methodology of the tests administered to the accused were reliable and, importantly, applicable. Even giving a loose interpretation to the need for a “standard profile”, and passing over the doubts that only a pedophile would be capable of the offence, the evidence of the error rate in the tests administered to the accused was problematic. The possibility that such evidence would distort the fact-finding process was very real. Consideration of the cost-benefit analysis supports the trial judge’s conclusion that the testimony offered as many problems as it did solutions, and it was therefore

gardien dans l’évaluation des exigences de procès juste et équitable, mérite beaucoup de respect. Dans la présente affaire, le juge du procès n’était pas convaincu que les exigences de l’arrêt *Mohan* étaient respectées.

Une nouvelle théorie ou technique scientifique doit être «soigneusement examinée». En l’espèce, le psychiatre a fait œuvre de pionnier au Canada en essayant d’utiliser, en tant qu’outil médico-légal, la pléthysmographie pénienne auparavant reconnue comme étant un outil thérapeutique. De plus, si on acceptait une preuve d’expert que l’infraction a probablement été commise par un membre d’un «groupe distinctif» dont l’accusé est exclu, on serait très près de la conclusion sur la question fondamentale de la culpabilité ou de l’innocence. Cela justifiait d’autant plus un examen minutieux.

L’exception du «groupe distinctif» que l’on cherche à appliquer dans la présente affaire exige qu’il soit démontré que le crime ne serait ou ne pourrait être commis que par une personne ayant des traits de personnalité distinctifs que l’accusé ne possède pas. Le profil de personnalité du groupe auquel appartient l’auteur de l’infraction doit relever des éléments psychologiques véritablement distinctifs qui, selon toute probabilité, étaient présents et en action chez ce dernier au moment de la perpétration de l’infraction. L’exigence de l’arrêt *Mohan* que ce profil soit un profil «type» avait pour objet d’éviter qu’il soit établi de manière ponctuelle en fonction de chaque cas particulier. En outre, la réponse à la question de savoir si le «profil» est suffisant dépend de la capacité de l’expert de déterminer et décrire avec une précision réaliste ce qui, au juste, fait que l’auteur distinctif ou déviant du crime diffère des autres personnes, et du motif pour lequel l’accusé peut être exclu. La preuve d’expert qui a été produite en l’espèce était insuffisante à ces deux égards. La définition du groupe «distinctif» de personnes qui ont une propension à commettre ce «crime distinctif» était vague. Même si la mention d’un «profil type» dans l’arrêt *Mohan* ne devrait pas être interprétée comme exigeant un inventaire exhaustif des traits de personnalité, le profil doit ramener la catégorie à des proportions utiles. En outre, le témoin n’a pas convaincu le juge du procès que les principes et la méthode qui sous-tendent les tests administrés à l’accusé étaient fiables et, qui plus est, applicables. Même en donnant une interprétation large à la nécessité d’un «profil type» et en faisant abstraction des doutes que seul un pédophile serait capable de commettre l’infraction en cause, la preuve du taux d’erreur des tests administrés à l’accusé était problématique. La possibilité qu’une telle preuve fausse le processus de

within his discretion to exclude it. The majority of the Court of Appeal erred in interfering with the exercise of that discretion.

recherche des faits était très réelle. La prise en considération de l'analyse du coût et des bénéfices appuie la conclusion du juge du procès que ce témoignage a apporté autant de problèmes que de solutions, et le juge avait donc le pouvoir discrétionnaire de l'exclure. La Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en intervenant dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923); *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Protection de la jeunesse — 539*, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] Q.J. No. 3605 (QL); *People v. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry v. State*, 443 S.E.2d 667 (1994); *United States v. Powers*, 59 F.3d 1460 (1995); *State v. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (1995); *R. v. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341; *R. v. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL); *R. v. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th) 399; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530; *R. v. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283; *R. v. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL), leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vii; *R. v. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL); *R. v. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240; *R. v. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 152 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 159(1) [*idem*, s. 3].

Authors Cited

Barker, James G., and Robert J. Howell. "The Plethysmograph: A Review of Recent Literature" (1992), 20 *Bull. Am. Acad. Psychiatry & L.* 13.
 Delisle, R. J. "The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles" (1994), 29 C.R. (4th) 267.
 Mewett, Alan W. "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés:** *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (1923); *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Protection de la jeunesse — 539*, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] A.Q. n° 3605 (QL); *People c. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry c. State*, 443 S.E.2d 667 (1994); *United States c. Powers*, 59 F.3d 1460 (1995); *State c. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (1995); *R. c. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341; *R. c. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL); *R. c. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th) 399; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287; *R. c. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530; *R. c. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283; *R. c. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vii; *R. c. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL); *R. c. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240; *R. c. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360; *Davie c. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 152 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 159(1) [*idem*, art. 3].

Doctrine citée

Barker, James G., and Robert J. Howell. «The Plethysmograph: A Review of Recent Literature» (1992), 20 *Bull. Am. Acad. Psychiatry & L.* 13.
 Delisle, R. J. «The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles» (1994), 29 C.R. (4th) 267.
 Mewett, Alan W. «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.

Morin, Luc, et Claude Boisclair. «La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert» (1992), 23 *R.D.U.S.* 27.

Myers, John E. B., et al. «Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation» (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 2229, 130 C.C.C. (3d) 541, [1998] Q.J. No. 2493 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual offences and ordering a new trial. Appeal allowed.

Carole Lebeuf and *Stella Gabbino*, for the appellant.

Pauline Bouchard and *Sharon Sandiford*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal we are required to consider aspects of the “gatekeeper function” performed by trial judges in the reception of novel scientific evidence. The respondent was charged with a series of sexual assaults over a period of four months on two young males with whom he stood in a parental relationship. At the time of the offences, which involved the allegation of anal penetration, the young males were between three and five years old. The defence contended that such offences were committed by someone possessed of a highly distinct personality disorder, and tendered an expert psychiatrist, Dr. Édouard Beltrami, to testify that the respondent's personality was incompatible with any predisposition to commit such offences. The evidence was excluded by the trial judge, who convicted the respondent. A new trial was ordered by a majority of the Quebec Court of Appeal on the basis that this evidence was wrongly excluded. We are of the opinion that in the circumstances the trial judge was entitled to exclude the expert evidence and that the appeal must be allowed and the conviction restored.

Morin, Luc, et Claude Boisclair. «La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert» (1992), 23 *R.D.U.S.* 27.

Myers, John E. B., et al. «Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation» (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 2229, 130 C.C.C. (3d) 541, [1998] A.Q. n° 2493 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'infractions d'ordre sexuel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Carole Lebeuf et *Stella Gabbino*, pour l'appelante.

Pauline Bouchard et *Sharon Sandiford*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à examiner des aspects de la «fonction de gardien» qu'exerce le juge du procès lorsqu'il reçoit une preuve scientifique d'un genre nouveau. L'intimé a été accusé d'avoir commis, pendant quatre mois, une série d'agressions sexuelles sur deux garçonnetts auxquels il tenait lieu de père. Au moment des infractions, qui auraient comporté des actes de pénétration anale, les garçonnetts avaient entre trois et cinq ans. La défense a prétendu que la personne qui avait commis ces infractions souffrait d'un trouble de la personnalité très particulier, et a fait comparaître un psychiatre expert, le Dr Édouard Beltrami, qui a témoigné que la personnalité de l'intimé ne permettait pas de conclure qu'il était prédisposé à commettre de telles infractions. Le juge du procès a exclu cette preuve et a déclaré l'intimé coupable. La Cour d'appel du Québec à la majorité a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que cette preuve avait été exclue à tort. Nous sommes d'avis que, dans les circonstances, le juge du procès avait le droit d'exclure la preuve d'expert et que le pourvoi doit être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie.

I. The Facts

2 The respondent's family situation is complex. Between February 1, 1995 and May 19, 1995, he had custody of W. and L., two children between three and five years old. The respondent testified that at the time of the events, he was living with his current wife and her son. Because W. and L. did not get along well with his wife's son, the respondent had rented an apartment for them where they lived with a female friend, who looked after them at nights and during the weekends, and a babysitter who came in on weekdays. The respondent visited the apartment on a daily basis, took about half of his meals there and was often present during the weekends.

3 On May 9, 1995, a child and youth protection centre received information alleging that L. had been sexually abused by the respondent. About a week later, the two children were removed from the respondent's custody and placed in a foster home. The foster mother did not know the respondent nor did she know why the children had been removed from his custody. She and her sister testified against the respondent at the trial.

1. *Statements by the Children*

4 The foster mother testified that:

(i) While giving a bath to the two children, she observed them rubbing their penises together. W. then started to hit L.'s buttock with his penis. On being questioned, the children said it was "Papi" who showed them to do that.

(ii) Another time, W. told her that "Papi" had rubbed his "*coulout*" on his body, had [TRANSLATION] "wet his hair", and that "when papi finished doing that . . . he put his *coulout* in his behind", and that when he had done doing that, there was blood in W's excrement. W. told her

I. Les faits

La situation familiale de l'intimé est complexe. Entre le 1^{er} février 1995 et le 19 mai 1995, il a eu la garde de W. et de L., deux enfants qui avaient entre trois ans et cinq ans. Dans son témoignage, l'intimé a déclaré qu'à l'époque où les épisodes se sont produits, il habitait avec son épouse actuelle et le fils de cette dernière. Comme W. et L. ne s'entendaient pas bien avec le fils de celle-ci, l'intimé avait loué un appartement pour eux où ils habitaient en compagnie de l'une de ses amies qui s'occupait d'eux le soir et la fin de semaine; une dame les gardait durant la semaine. L'intimé se rendait quotidiennement à l'appartement, y prenait environ la moitié de ses repas et y était souvent présent la fin de semaine.

Le 9 mai 1995, un centre de protection de l'enfance et de la jeunesse a été informé que l'intimé aurait agressé sexuellement L. Environ une semaine plus tard, l'intimé s'est vu retirer la garde des deux enfants, qui ont été placés dans une famille d'accueil. La mère de la famille d'accueil ne connaissait aucunement l'intimé et ne savait pas non plus pourquoi il avait perdu la garde des enfants. Sa sœur et elle ont témoigné contre l'intimé au procès.

1. *Les déclarations des enfants*

Dans son témoignage, la mère de la famille d'accueil a affirmé ce qui suit:

(i) Alors qu'elle donnait un bain aux deux enfants, elle a remarqué qu'ils frottaient leur pénis ensemble. W. s'est ensuite mis à frapper le derrière de L. avec son pénis. Quand elle les a questionnés à ce sujet, les enfants ont répondu que c'était «papi» qui leur avait montré cela.

(ii) À une autre occasion, W. lui a révélé que «papi» avait frotté son «coulout» sur son corps, qu'il avait «mouillé ses cheveux», que «quand son papi a fini de faire ça, [. . .] il met son coulout dans son derrière» et que lorsqu'il eut terminé, il y avait du sang dans les selles de W.

that this was painful and caused him to walk with difficulty. According to the foster mother, W. had tears in his eyes when he gave this account. “*Coulout*” is a slang word for penis. The foster mother said she had never heard the word until the child mentioned it.

The sister of the foster mother also did not know the respondent. She testified that at one point she was watching television with the children. During an episode in which two persons were kissing, W. blurted out a similar “*coulot*” story with the same details about blood and difficulties in walking. W. said that “Papi” would then clean up the excrement with some paper and that “Papi’s” “*coulout*” is quite different than his: [TRANSLATION] “it’s bigger and all hairy”.

On October 24, 1995, Sergeant Binette asked W. who had put his “*coulout*” in his buttock. The child answered “Papi J.” and quickly identified the respondent as “Papi J.” when presented with pictures.

2. *The Charges*

The respondent was charged with sexual offences in relation to both W. and L., including touching for a sexual purpose the body of a person under the age of 14 years, unlawful anal intercourse, and sexual assault.

3. *The Examining Physicians*

Dr. Desmarchais, a pediatricist retained by the Crown, examined W. on July 24, 1995, more than two months after the children were removed from the respondent’s custody. She observed a 1.5 cm lesion near the anus and thought that there was no doubt that the boy had been sodomized. On the other hand, Dr. Chabot, also a pediatricist who testified for the Crown, was equivocal. He examined W. on August 31, 1995. He said that while the scar was longer than one might expect from constipation,

W. lui a dit que c’était douloureux et qu’il avait ensuite de la difficulté à marcher. Selon la mère de la famille d’accueil, W. avait les larmes aux yeux en racontant cela. «Coulout» est un mot d’argot qui désigne le pénis. La mère de la famille d’accueil a dit qu’elle n’avait jamais entendu ce mot avant que l’enfant l’utilise.

La sœur de la mère de la famille d’accueil ne connaissait pas non plus l’intimé. Elle a témoigné qu’à un moment donné elle regardait la télévision avec les enfants. Au cours d’un épisode dans lequel deux personnes s’embrassaient, W. a lâché une histoire semblable de «coulout» avec les mêmes détails en ce qui concerne le sang et la difficulté à marcher. W. a dit que «papi» prenait ensuite un papier pour enlever les excréments et que le «coulout» de «papi» était très différent du sien: «c’est plus gros [et] plein de cheveux».

Le 24 octobre 1995, le sergent Binette a demandé à W. qui avait mis son «coulout» dans son derrière. L’enfant a répondu «papi J.» et a rapidement identifié l’intimé comme étant «papi J.» quand on lui montré des photos.

2. *Les accusations*

L’intimé a été accusé d’avoir commis des infractions d’ordre sexuel sur W. et L., notamment d’avoir touché le corps d’un enfant de moins de 14 ans à des fins d’ordre sexuel, d’avoir eu des relations sexuelles anales illicites avec une autre personne et de s’être livré à une agression sexuelle.

3. *Les médecins examinateurs*

Le Dr Desmarchais, une pédiatre dont les services ont été retenus par le ministère public a examiné W. le 24 juillet 1995, soit plus de deux mois après que l’intimé eut perdu la garde des enfants. Elle a constaté une lésion de 1,5 cm près de l’anus, qui, à son avis, indiquait indubitablement que le garçon avait été sodomisé. Par contre, le Dr Chabot, un autre pédiatre ayant témoigné pour le ministère public, était nuancé dans ses conclusions. Il a examiné W. le 31 août 1995. Il a affirmé

5

6

7

8

tion, the injury was consistent with constipation as well as with sodomy.

4. *The Excluded Evidence*

⁹ In the course of his trial, the respondent tendered the evidence of Dr. Édouard Beltrami, a qualified psychiatrist who works extensively in the field of clinical psychology. Dr. Beltrami's evidence was tendered to establish that in all probability a serious sexual deviant had inflicted anal intercourse on two children of that age, and no such deviant personality traits were disclosed in Dr. Beltrami's testing of the respondent. The Crown objected to the admission of this evidence and a *voir dire* was held. Dr. Beltrami testified in the *voir dire* as follows:

(1) While it is not possible to establish a standard profile of individuals with a disposition to sodomize young children, such individuals [TRANSLATION] "frequently" or "habitually" exhibited certain distinctive characteristics which could be identified. The respondent had been tested for these characteristics and excluded.

(2) The tests, which had been administered by Dr. Beltrami's assistant, but the results evaluated by Dr. Beltrami himself, consisted of two approaches, the first a series of general personality tests, and the second a test which Dr. Beltrami considered could detect individuals with serious sexual disorders.

¹⁰ In the first set of tests, the respondent was asked a series of questions about his family history, his schooling, his work experiences, his emotional and sexual life, his hobbies and life habits. The "Minnesota Multiphasic Personality Inventory Test Version 2" (hereinafter "MMPI2") was also administered. The respondent's reactions, while being questioned, were monitored by electromyography (EMG), which measures anxiety. It acts as a sort of

que, même si la cicatrice était plus longue que celle à laquelle on pourrait s'attendre lorsqu'il y a constipation, la blessure était compatible autant avec la constipation qu'avec la sodomie.

4. *La preuve exclue*

Au cours de son procès, l'intimé a fait témoigner le D^r Édouard Beltrami, un psychiatre compétent dont maints travaux portent sur le domaine de la psychologie clinique. Le témoignage du D^r Beltrami visait à établir que, selon toute probabilité, une personne atteinte d'une déviance sexuelle grave avait eu des relations sexuelles anales avec deux enfants de cet âge, et les tests qu'il avait administrés à l'intimé ne révélaient aucun trait de personnalité déviant de la sorte. Le ministère public s'est opposé à l'admission de cette preuve et un *voir-dire* a été tenu. Au cours du *voir-dire*, le D^r Beltrami a témoigné ainsi:

(1) Bien qu'il soit impossible d'établir le profil type des individus prédisposés à sodomiser de jeunes enfants, ces individus démontrent «fréquemment» ou «habituellement» certaines caractéristiques distinctives identifiables. L'intimé a été testé en fonction de ces caractéristiques et a été écarté.

(2) Les tests, qui ont été administrés par l'assistant du D^r Beltrami mais dont les résultats ont été évalués par le D^r Beltrami lui-même, comportaient deux volets, soit, dans un premier temps, une série de tests de personnalité généraux et, dans un deuxième temps, un test qui, selon le D^r Beltrami, permettait de détecter les individus atteints de troubles sexuels graves.

Dans la première série de tests, l'intimé s'est vu poser une série de questions sur ses antécédents familiaux, ses études, son expérience de travail, sa vie affective et sexuelle, ses passe-temps et ses habitudes de vie. On lui a également administré la deuxième version du test intitulé «Inventaire multiphasique de la personnalité du Minnesota» (ci-après «MMPI2»). Les réactions de l'intimé, lorsqu'il était questionné, étaient captées par électro-

lie detector. The objective of the MMPI2 is to identify different potential personality characteristics, including the tendency to be truthful, to hide symptoms, to be subject to psychosis, to be depressive, to be hyperactive, to be anxious, to be histrionic, etc. These tests are not designed specifically for the detection of sexual disorders.

The second and more controversial test was directed to the respondent's sexual preferences. It consisted of exposing him to images and sounds of sexual activity, both normal and deviant, and measuring his physiological reaction through a gauge attached to his penis. The "strain gauge" is designed to pick up signs of physical arousal. Dr. Beltrami explained that if the subject has previously derived pleasure from a specific form of sexual activity, the pleasure is imprinted on the brain, and may be restimulated on further exposure to pictures or sounds of similar activity. This is how he explained it to the court:

[TRANSLATION]

Q. How do you . . . how is it done?

A. The subject is shown normal and deviant images and is played normal and deviant audio cassettes.

Q. Yes.

A. And those who have derived pleasure in the past from a deviant sexual activity, this . . .

Q. This test?

A. . . . this pleasure is kind of ingrained in his brain in the form of an engram, to use the technical term . . .

Q. Okay, just to . . .

A. And when the subject is shown the same situations, it will cause either a mini-erection of which he is sometimes not aware, but a tumescence, that is, a swelling of his penis that is measured with a device for that purpose that is connected to electronic instruments that take down the resulting measurements.

myographie (EMG), une technique permettant de mesurer l'anxiété. L'EMG est une sorte de détecteur de mensonges. Le MMPI2 vise à déceler diverses caractéristiques potentielles de la personnalité, dont la tendance à dire la vérité, à dissimuler des symptômes et à être psychotique, dépressif, hyperactif, anxieux, histrionique, etc. Ces tests ne sont pas conçus précisément pour déceler des troubles d'ordre sexuel.

Le deuxième test, qui est plus controversé, concernait les préférences sexuelles de l'intimé. Il consistait à lui présenter des images et à lui faire entendre des sons d'actes sexuels normaux et déviants, et à mesurer sa réaction psychologique au moyen d'un capteur attaché à son pénis. Le «capteur de contrainte» sert à déceler des signes d'excitation physique. Le Dr Beltrami a expliqué que si le sujet a déjà éprouvé du plaisir en se livrant à une certaine forme d'activité sexuelle, ce plaisir est enraciné dans son cerveau, et il peut être stimulé de nouveau en présence d'images ou de sons d'actes semblables. Voici comment il a expliqué cela à la cour:

Q. De quelle façon qu'on . . . que c'est fait ça?

R. C'est qu'on projette des images normales et déviantes, on fait écouter des cassettes audio normales et déviantes au sujet.

Q. Oui.

R. Et les gens qui ont déjà eu du plaisir dans une activité sexuelle déviante, cet . . .

Q. Ce test?

R. . . . ce plaisir est un peu comme enraciné dans son cerveau sous forme d'engramme, pour utiliser le terme technique . . .

Q. O.K., juste pour . . .

R. Et quand on lui représente ces mêmes situations, ça va provoquer ou une mini-érection dont il est parfois pas conscient, mais une tumescence, c'est-à-dire un gonflement de son pénis qui est mesuré avec un appareil adéquat, et relié à des appareils électroniques qui prennent des mesures en conséquence.

- 12 All of the tests used standardized questions, images and scenarios. The respondent was never confronted with specific images designed to replicate the offences alleged against him.
- Tous les tests comportaient des questions, des images et des scénarios normalisés. On n'a jamais montré l'intimé des images particulières visant à reproduire les infractions qui lui étaient reprochées.
- 13 Dr. Beltrami testified on the *voir dire* that the first set of tests showed that the respondent had had an unexceptional childhood, that he had not been sexually abused, that he had a good education which allowed him to hold a responsible job and that he was ingenious and entrepreneurial. He noted that the respondent often maintained two or three intimate heterosexual relationships at the same time without his partners knowing about one another. There were several children from these various relationships. Dr. Beltrami notes [TRANSLATION] "He clearly exhibits judgment problems in his tumultuous emotional life. On the other hand, he does not seem to have the irrational ideas associated with sexual offences." Dr. Beltrami noted a tendency on the part of the respondent to deceive, but apart from some emotional instability with women, Dr. Beltrami concluded that the respondent did not have any particular pathologies.
- Le Dr Beltrami a témoigné, au cours du voir-dire, que la première série de tests montrait que l'intimé avait eu une enfance ordinaire, qu'il n'avait pas été victime d'abus sexuel, qu'il avait un bon niveau de scolarité qui lui a permis d'obtenir un emploi comportant des responsabilités, et qu'il était ingénieux et animé de l'esprit d'entreprise. Il a noté que l'intimé entretenait souvent deux ou trois relations hétérosexuelles intimes en même temps sans que ses partenaires ne soient au courant de ce fait. Plusieurs enfants sont issus de ces diverses relations. Le Dr Beltrami note: «Il montre clairement des troubles de jugement dans sa vie affective tumultueuse. Par contre, il ne semble pas avoir les idées irrationnelles liées à la délinquance sexuelle.» Le Dr Beltrami a remarqué une tendance à la tromperie chez l'intimé, mais il a conclu que, à part une certaine instabilité affective avec les femmes, ce dernier ne souffrait d'aucun trouble particulier.
- 14 With respect to the plethysmograph test, Dr. Beltrami concluded that the respondent has [TRANSLATION] "a clearly normal profile with a preference for adult women and a slight attraction to adolescents. He exhibits no deviation in respect of boys in general or prepubescent boys".
- Pour ce qui est de la pléthysmographie, le Dr Beltrami a jugé que l'intimé avait «un profil clairement normal avec une préférence pour les femmes adultes et une légère attirance pour les adolescentes. Il ne présente aucune déviation vis-à-vis des garçons en général ou prépubères».
- 15 The trial judge ruled Dr. Beltrami's evidence inadmissible. He acquitted the respondent of the charges related to L. but convicted the respondent of having, for a sexual purpose, invited, counseled or incited W. to touch the body of the respondent, (s. 152 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46) and having engaged in an act of anal intercourse (s. 159(1) of the *Criminal Code*). The respondent was sentenced to imprisonment of two years on each charge, to be served concurrently. The majority of the Court of Appeal, Robert J.A. dissenting, found that Dr. Beltrami's evidence ought to have been admitted, allowed the appeal and ordered a new trial.
- Le juge du procès a décidé que la preuve du Dr Beltrami était inadmissible. Il a acquitté l'intimé quant aux accusations relatives à L., mais l'a déclaré coupable d'avoir, à des fins d'ordre sexuel, invité, engagé ou incité W. à le toucher (art. 152 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), et d'avoir eu des relations sexuelles anales avec une autre personne (par. 159(1) du *Code criminel*). L'intimé a été condamné à purger concurremment des peines de deux ans d'emprisonnement pour chaque chef d'accusation. Après avoir statué que la preuve du Dr Beltrami aurait dû être admise, la Cour d'appel à la majorité, le juge Robert étant dissident, a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

II. Judgments

1. *Court of Québec*, No. 500-01-015157-958, September 27 and October 18, 1996

Judge Trudel recognized Dr. Beltrami as an expert in psychiatry, sexology and physiology. He characterized his evidence, however, as evidence only of general disposition or propensity to commit this type of offence. As such, the evidence did not come within the “distinctive group” exception recognized in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, which he interpreted as requiring a scientifically established standard profile of the “distinctive group” of offenders. As Dr. Beltrami had acknowledged that no such standard profile had been developed, the exception was therefore inapplicable and the evidence excluded. Convictions were entered in relation to the offences against W.

2. *Quebec Court of Appeal* (1998), 130 C.C.C. (3d) 541

The respondent appealed his conviction on several grounds. For present purposes, it is sufficient to summarize the opinions of the Court of Appeal in relation to the admission of Dr. Beltrami’s evidence, which formed the basis of the dissent.

(a) Beauregard and Fish J.J.A., majority

Fish J.A., with whom Beauregard J.A. agreed, allowed the appeal and ordered a new trial on the basis that the trial judge erred in not admitting Dr. Beltrami’s evidence.

In the opinion of the majority, even if Dr. Beltrami was unable to identify a “single set of behavioural characteristics shared by every adult, male pedophile” (p. 545), he was nonetheless able to give evidence concerning the respondent’s behavioural profile and to assert, in substance, that it included none of the characteristics that were in

II. Les jugements

1. *Cour du Québec*, n° 500-01-015157-958, 27 septembre et 18 octobre 1996

Le juge Trudel a reconnu le D^r Beltrami comme étant un expert en psychiatrie, en sexologie et en physiologie. Il a toutefois considéré que son témoignage était une simple preuve de prédisposition ou de propension générale à commettre ce genre d’infraction. Ainsi, la preuve en question n’était pas visée par l’exception du «groupe distinctif» reconnue dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, qu’il a interprétée comme exigeant l’existence d’un profil type établi scientifiquement du «groupe distinctif» de délinquants. Comme le D^r Beltrami avait reconnu qu’aucun profil type de cette nature n’avait été établi, l’exception était donc inapplicable et la preuve a été exclue. Des déclarations de culpabilité ont été inscrites relativement aux infractions dont W. avait été victime.

2. *Cour d’appel du Québec*, [1998] R.J.Q. 2229

L’intimé en a appelé de sa déclaration de culpabilité pour plusieurs motifs. Pour les fins qui nous occupent, il suffit de résumer les opinions de la Cour d’appel relatives à l’admission de la preuve du D^r Beltrami, qui constituaient le fondement de la dissidence.

a) Les juges Beauregard et Fish, majoritaires

Le juge Fish, avec l’appui du juge Beauregard, a accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve du D^r Beltrami.

Selon les juges majoritaires, bien que le D^r Beltrami ait été incapable de relever le [TRADUCTION] «moindre ensemble de caractéristiques de comportement que partagent tous les pédophiles adultes de sexe masculin» (p. 2232), il a pu néanmoins témoigner au sujet du profil de comportement de l’intimé et affirmer, pour l’essentiel, que ce profil ne comportait aucune des caractéristiques qui, selon lui, étaient [TRADUCTION] «compatibles

16

17

18

19

his view “compatible with the . . . offence with which [he] was charged” (p. 545).

avec [...] l’infraction dont [il] était accusé» (p. 2232).

20 Concerning the reliability requirement, Fish J.A. did not believe that absolute reliability was the standard. He noted that the plethysmograph is generally recognized by the scientific community and is used by psychiatric facilities such as the Institut Philippe Pinel de Montréal to monitor the result of treatment for sexual pathologies. He noted that Dr. Beltrami had testified that the respondent’s results show a sexual preference for adult women and no desire or preference for children.

Quant à l’exigence de fiabilité, le juge Fish ne croyait pas que la fiabilité absolue était la norme applicable. Il a fait remarquer que la pléthysmographie est généralement reconnue par la communauté scientifique et que les établissements psychiatriques tels que l’Institut Philippe Pinel de Montréal s’en servent pour contrôler les résultats du traitement de troubles sexuels. Il a souligné que le D^r Beltrami avait témoigné que les résultats de l’intimé montraient qu’il avait une préférence sexuelle pour les femmes adultes et qu’il n’éprouvait aucun désir et n’avait aucune préférence pour les enfants.

21 Fish J.A. did not interpret *Mohan, supra*, as requiring “the mechanical exclusion of expert evidence on the sole ground that the scientific community has not developed a single set of personality traits — or single psychological profile — that is common to every offender who commits the crime charged” (p. 546). He observed that in *Mohan* Sopinka J. cited *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254 (Que. C.A.), with apparent approval. In *Garfinkle*, the Quebec Court of Appeal had ruled Dr. Beltrami’s evidence admissible on the facts presented in that case.

Le juge Fish n’a pas considéré que l’arrêt *Mohan*, précité, exige [TRADUCTION] «l’exclusion automatique d’une preuve d’expert du seul fait que la communauté scientifique n’a pas établi le moindre ensemble de traits de personnalité — ou le moindre profil psychologique — que partagent tous les délinquants qui commettent le crime reproché» (p. 2233). Il a fait observer que, dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka avait cité et paru approuver l’arrêt *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254 (C.A. Qué.). Dans l’arrêt *Garfinkle*, la Cour d’appel du Québec avait jugé la preuve du D^r Beltrami admissible d’après les faits de l’affaire.

22 Unlike the expert evidence rejected in *Mohan*, the evidence of Dr. Beltrami was to the effect that “the offence charged involves an extreme degree of sexual deviancy. It can properly be characterized as distinctive in virtue of the biological nature of the act and the very young age of the alleged victims” (p. 547). These elements point to an offender having one or more distinctive personality traits. According to Dr. Beltrami, the person who committed the offence would likely respond measurably to the penile plethysmograph test since the instrument is particularly effective in detecting extreme deviance. The respondent did not test positive, and Dr. Beltrami’s evidence could therefore be “of material assistance in determining innocence or guilt”: *Mohan, supra*, at p. 37. The

Contrairement à la preuve d’expert rejetée dans l’arrêt *Mohan*, la preuve du D^r Beltrami indiquait que [TRADUCTION] «l’infraction reprochée comporte un niveau extrême de déviance sexuelle. Elle peut être qualifiée, à juste titre, de distinctive en raison de la nature biologique de l’acte et du très jeune âge des prétendues victimes» (p. 2233). Ces éléments portent à croire qu’il s’agit d’un délinquant qui possède un ou plusieurs traits de personnalité distinctifs. D’après le D^r Beltrami, la personne qui a commis l’infraction réagirait probablement de façon appréciable au test de la pléthysmographie pénienne étant donné que l’appareil utilisé est particulièrement efficace pour détecter la déviance extrême. Le test de l’intimé ne s’est pas révélé positif, et la preuve du D^r Beltrami

majority allowed the appeal and ordered a new trial.

(b) Robert J.A., dissenting

Referring to *Mohan, supra*, Robert J.A. reviewed the criteria applicable to the admissibility of expert evidence as to disposition to commit a crime. What is required is that the person who has committed the crime *or* the accused has “distinctive characteristics” that allow the trier of fact to make comparisons that will help him or her to determine the issue of guilt. The dissent is based in part on the following passage in *Mohan*, at p. 37:

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. [Emphasis added.]

Robert J.A. agreed with the trial judge that Dr. Beltrami’s evidence was inadmissible largely because science has not yet identified a standard profile for individuals who commit sodomy on young children. The fact that Dr. Beltrami considered the respondent’s personality to be incompatible with characteristics that are [TRANSLATION] “frequently” or “habitually” found among people who commit the crime with which the respondent was accused does not satisfy the *Mohan* test. Dr. Beltrami’s evidence amounted to evidence of general disposition and did not come within the limited exception to the prohibition against such evidence. Robert J.A. would thus have dismissed the appeal.

III. Analysis

Expert witnesses have an essential role to play in the criminal courts. However, the dramatic growth in the frequency with which they have been

pourrait donc «aide[r] considérablement à déterminer l’innocence ou la culpabilité»: *Mohan*, précité, à la p. 37. La Cour à la majorité a accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

b) Le juge Robert, dissident

Se référant à l’arrêt *Mohan*, précité, le juge Robert a examiné les critères applicables à l’admissibilité d’une preuve d’expert en ce qui concerne la prédisposition à commettre un crime. Il faut que l’auteur du crime *ou* l’accusé possède des «caractéristiques distinctives» qui permettent au juge des faits de faire des comparaisons qui l’aideront à décider de la culpabilité ou de l’innocence. La dissidence repose en partie sur le passage suivant de l’arrêt *Mohan*, à la p. 37:

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. [Je souligne.]

Le juge Robert a convenu avec le juge du procès que la preuve du D^r Beltrami était inadmissible en grande partie parce que la science n’avait encore défini aucun profil type des personnes qui se livrent à la sodomie sur de jeunes enfants. Le fait que le D^r Beltrami a considéré que la personnalité de l’intimé est incompatible avec les caractéristiques qui se retrouvent «fréquemment» ou «habituellement» chez les personnes qui commettent le crime dont est accusé l’intimé ne satisfait pas au critère de l’arrêt *Mohan*. La preuve du D^r Beltrami constituait une preuve de prédisposition générale et n’était pas visée par l’exception limitée de l’interdiction de produire une telle preuve. Le juge Robert aurait donc rejeté l’appel.

III. Analyse

Les témoins experts ont un rôle essentiel à jouer devant les tribunaux criminels. Toutefois, la croissance spectaculaire de la fréquence de

23

24

25

called upon in recent years has led to ongoing debate about suitable controls on their participation, precautions to exclude “junk science”, and the need to preserve and protect the role of the trier of fact — the judge or the jury. The law in this regard was significantly advanced by *Mohan*, *supra*, where Sopinka J. expressed such a concern at p. 21:

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.

and at p. 24:

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.

26

In *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, La Forest J. warned at p. 434 about undue weight being given to “evidence cloaked under the mystique of science”, and more recently in *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385, the Ontario Court of Appeal rejected the evidence of an expert who was put forward by the defence to discuss the frailties of eyewitness identification. Finlayson J.A. observed that admission of such evidence would suggest that without expert help “our jury system is not adequate to the task of determining the guilt of an accused person beyond a reasonable doubt where the identification evidence is pivotal to the case for the Crown” (p. 395). The present appeal involves a provincial court judge sitting alone, but it raises the same controversy about the need to draw the line properly between the role of the expert and the role of the court.

27

In *Mohan*, the Court excluded expert evidence that was directed to a similar point to the one made here by Dr. Beltrami. In that case, a practising physician was charged with four counts of sexual

l’assignation de témoins experts au cours des dernières années est à l’origine du débat actuel qui porte sur les restrictions qu’il convient d’appliquer à leur participation, les précautions à prendre pour écarter la «science de pacotille», et la nécessité de préserver et de protéger le rôle du juge des faits, que ce soit le juge ou le jury. L’arrêt *Mohan*, précité, a fait grandement progresser le droit à cet égard. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a fait part de cette préoccupation, à la p. 21:

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.

Et à la p. 24:

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.

Dans l’arrêt *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 434, le juge La Forest a fait une mise en garde sur le poids indu accordé à la «preuve empreinte de la mystique de la science», et plus récemment, dans l’arrêt *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté une preuve d’expert soumise par la défense pour analyser les faiblesses de l’identification par témoin oculaire. Le juge Finlayson a souligné que l’admission d’une telle preuve indiquerait que, sans l’aide d’un expert, [TRADUCTION] «notre système de jury n’est pas en mesure de déterminer la culpabilité d’un accusé hors de tout doute raisonnable lorsque la preuve d’identification est essentielle à la preuve du ministère public» (p. 395). Le présent pourvoi concerne un juge d’une cour provinciale siégeant seul, mais il suscite la même controverse quant à la nécessité de tracer convenablement la ligne entre le rôle de l’expert et celui de la cour.

Dans l’arrêt *Mohan*, la Cour a exclu une preuve d’expert portant sur un point de vue semblable à celui exprimé par le Dr Beltrami en l’espèce. Dans cette affaire, un médecin faisait l’objet de quatre

assault on four female patients aged 13 to 16. The defence tendered a psychiatrist who was prepared to testify that the perpetrator of the alleged offences was part of a limited and distinctive group of individuals (pedophiles and sexual psychopaths) and that the accused did not possess the characteristics typical of members of the group. This Court accepted the trial judge's conclusion that science had not yet developed sufficiently standardized profiles of pedophiles and sexual psychopaths against which an alleged perpetrator could be matched. The evidence was therefore rejected as unreliable, and unnecessary in the sense that it was not required to clarify "a matter otherwise inaccessible" (p. 38).

In the course of *Mohan* and other judgments, the Court has emphasized that the trial judge should take seriously the role of "gatekeeper". The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility.

The Court's gatekeeper function must afford the parties the opportunity to put forward the most complete evidentiary record consistent with the rules of evidence. As McLachlin J. noted in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611:

Canadian courts, like courts in most common law jurisdictions, have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted.

Nevertheless, the search for truth excludes expert evidence which may "distort the fact-finding process" (*Mohan*, at p. 21). To assist in the gatekeeper exercise, the Court established a list of criteria against which, on this appeal, the admissibility of Dr. Beltrami's evidence must be judged. For ease of exposition, I will address these criteria in a

chefs d'agression sexuelle sur quatre patientes âgées de 13 à 16 ans. La défense a fait comparaître un psychiatre qui était prêt à témoigner que l'auteur des infractions reprochées faisait partie d'un groupe limité et distinctif de personnes (celui des pédophiles et des psychopathes sexuels) et que l'accusé ne possédait pas les caractéristiques habituelles des membres de ce groupe. Notre Cour a accepté la conclusion du juge du procès que la science n'avait encore établi aucun profil suffisamment normalisé des pédophiles et des psychopathes sexuels auquel l'auteur présumé pouvait être comparé. La preuve a donc été rejetée pour le motif qu'elle n'était ni fiable, ni nécessaire en ce sens qu'elle n'était pas requise pour clarifier «une question qui serait autrement inaccessible» (p. 38).

Dans *Mohan* et d'autres arrêts, la Cour a souligné que le juge du procès devrait prendre au sérieux son rôle de «gardien». La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité.

En raison de sa fonction de gardienne, la Cour doit offrir aux parties la possibilité de soumettre la preuve la plus complète, conformément aux règles de la preuve. Comme l'a fait remarquer le juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611:

Les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable.

Néanmoins, la recherche de la vérité exclut la preuve d'expert susceptible de «fausser le processus de recherche des faits» (*Mohan*, à la p. 21). Pour faciliter l'exercice du rôle de gardien, la Cour a établi une liste de critères qui, en l'espèce, doivent servir à évaluer l'admissibilité de la preuve du Dr Beltrami. Pour des raisons de commodité, je

28

29

sequence that differs somewhat from that followed in *Mohan*.

1. Subject Matter of the Inquiry

30 In *Mohan*, Sopinka J., at p. 23, approved a passage from *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684, that “[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”. See also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, per Dickson J., at p. 42; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, per Wilson J., at p. 896; and *McIntosh*, *supra*, per Finlayson J.A., at p. 392.

31 Dr. Beltrami’s evidence satisfies this threshold requirement. In *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff’d [1977] 2 S.C.R. 824, Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal considered psychiatric evidence of disposition admissible “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” (p. 169 (emphasis added)). See also *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *McMillan*, *supra*; and *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.). This line of cases was approved in *Mohan* with the notation that the operative concept is “distinctive” rather than “abnormal”, at p. 36:

In my opinion, the term “distinctive” more aptly defines the behavioural characteristics which are a precondition to the admission of this kind of evidence.

32 The exception is based on the notion that “psychical as well as physical characteristics may be relevant to identify the perpetrator of the crime” (*McMillan*, per Martin J.A., at p. 173), and “involves the psychiatrist in expressing his conclusion that the accused does not have the capacity to commit the crime with which he is charged” (*Lupien*, *supra*, per Ritchie J., at p. 278 (emphasis added)). This is clearly a proper subject matter for

vais les aborder dans un ordre qui diffère quelque peu de celui suivi dans l’arrêt *Mohan*.

1. Objet de l’analyse

Dans l’arrêt *Mohan*, à la p. 23, le juge Sopinka a approuvé le passage de l’arrêt *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684, selon lequel [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 connaissances spéciales». Voir également *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, le juge Dickson, à la p. 42; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, le juge Wilson, à la p. 896; *McIntosh*, précité, le juge Finlayson, à la p. 392.

La preuve du Dr Beltrami respecte cette exigence préliminaire. Dans *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824, le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario a considéré qu’une preuve psychiatrique de prédisposition est admissible [TRADUCTION] «lorsque la prédisposition ou la propension en question est propre à un groupe anormal, dont les caractéristiques relèvent de l’expertise du psychiatre» (p. 169 (je souligne)). Voir également *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263, *McMillan*, précité, et *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.). La Cour, dans l’arrêt *Mohan*, a approuvé ce courant jurisprudentiel en notant, à la p. 36, que le concept-clé est le terme «distinctif» plutôt que le terme «anormal»:

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.

Cette exception s’appuie sur l’idée que [TRADUCTION] «des caractéristiques tant psychiques que physiques peuvent être pertinentes pour identifier l’auteur du crime» (*McMillan*, le juge Martin, à la p. 173), et «amène le psychiatre à exprimer l’avis que l’inculpé ne possède pas la capacité de commettre le crime dont il est accusé» (*Lupien*, précité, le juge Ritchie, à la p. 278 (je souligne)). Il s’agit clairement d’un sujet qui se prête à une preuve

expert evidence. Whether or not the evidence tendered in this particular case is admissible remains to be established.

2. *Novel Scientific Theory or Technique*

Mohan kept the door open to novel science, rejecting the “general acceptance” test formulated in the United States in *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), and moving in parallel with its replacement, the “reliable foundation” test more recently laid down by the U.S. Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). While *Daubert* must be read in light of the specific text of the *Federal Rules of Evidence*, which differs from our own procedures, the U.S. Supreme Court did list a number of factors that could be helpful in evaluating the soundness of novel science (at pp. 593-94):

- (1) whether the theory or technique can be and has been tested:

Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry.

- (2) whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication:

[S]ubmission to the scrutiny of the scientific community is a component of “good science,” in part because it increases the likelihood that substantive flaws in methodology will be detected.

- (3) the known or potential rate of error or the existence of standards; and,
- (4) whether the theory or technique used has been generally accepted:

A “reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scien-

d’expert. Il reste à déterminer si la preuve soumise dans la présente affaire est admissible.

2. *Nouvelle théorie ou technique scientifique*

L’arrêt *Mohan* a laissé la porte ouverte aux nouvelles théories ou techniques scientifiques, rejeté le critère de [TRADUCTION] «l’acceptation générale» formulé aux États-Unis dans *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), et s’est engagé dans la même direction que le critère qui l’a remplacé, à savoir celui du [TRADUCTION] «fondement fiable» qui a été établi plus récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Bien que l’arrêt *Daubert* doive s’interpréter en fonction du texte particulier des *Federal Rules of Evidence*, qui diffère de celui de nos propres règles de procédure, la Cour suprême des États-Unis a énuméré un certain nombre de facteurs susceptibles d’être utiles pour évaluer la solidité d’une nouvelle théorie ou technique scientifique (aux pp. 593 et 594):

- (1) la théorie ou la technique peut-elle être vérifiée et l’a-t-elle été?

[TRADUCTION] La méthode scientifique actuelle est fondée sur la formulation d’hypothèses et leur vérification pour voir si elles sont fausses; en réalité, cette méthode est ce qui distingue la science des autres domaines de la connaissance.

- (2) la théorie ou la technique a-t-elle fait l’objet d’un contrôle par des pairs et d’une publication?

[TRADUCTION] [L]’assujettissement à l’examen de la communauté scientifique fait partie de l’«application rigoureuse de la démarche scientifique», en partie parce qu’il augmente les chances de déceler des failles importantes dans la méthode en cause.

- (3) le taux connu ou potentiel d’erreur ou l’existence de normes, et
- (4) la théorie ou la technique utilisée est-elle généralement acceptée?

[TRADUCTION] L’«évaluation de la fiabilité n’exige pas, quoiqu’elle le permette, l’identification explicite d’une

tific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community.”

. . . .

Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and “a known technique which has been able to attract only minimal support within the community,” . . . may properly be viewed with skepticism.

34 Thus, in the United States, as here, “general acceptance” is only one of several factors to be considered. A penile plethysmograph may not yet be generally accepted as a forensic tool, but it may become so. A case-by-case evaluation of novel science is necessary in light of the changing nature of our scientific knowledge: it was once accepted by the highest authorities of the western world that the earth was flat.

35 In *Mohan*, Sopinka J. emphasized that “novel science” is subject to “special scrutiny”, at p. 25:

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 penile plethysmograph, as noted by Fish J.A., is generally recognized by the scientific community and is used by psychiatric facilities such as the Institut Philippe Pinel de Montréal to monitor the result of treatment for sexual pathologies. The plethysmograph enables the medical staff to assess the progress of therapy of known and admitted sexual deviants. This is inapplicable to the respondent. He denies he is part of such a group. He is not undergoing therapy. Dr. Beltrami is a pioneer in Canada in trying to use this therapeutic tool as a forensic tool where the problems are firstly to determine whether the offence could only be committed by a perpetrator who possesses distinctive and identifiable psychological traits, secondly to determine

communauté scientifique pertinente ni la détermination d'un degré particulier d'acceptation au sein de cette communauté.»

. . . .

L'acceptation générale peut être un facteur important pour décider qu'un élément de preuve particulier est admissible, et «une technique connue qui n'a obtenu qu'un appui minimal au sein de la communauté,» [. . .] peut à juste titre être envisagée avec scepticisme.

En conséquence, aux États-Unis comme ici, l'«acceptation générale» n'est qu'un des divers facteurs dont il faut tenir compte. La pléthysmographie pénienne n'est peut-être pas encore généralement acceptée en tant qu'outil médico-légal, mais elle peut le devenir. Une évaluation dans chaque cas des nouvelles théories ou techniques scientifiques est nécessaire compte tenu de la nature changeante de notre connaissance scientifique: les plus hautes autorités du monde occidental ont déjà accepté que la terre était plate.

À la page 25 de l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka a souligné qu'une «nouvelle théorie ou technique scientifique» doit être «soigneusement examinée»:

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.

La pléthysmographie pénienne, comme l'a noté le juge Fish, est généralement reconnue par la communauté scientifique et les établissements psychiatriques tels que l'Institut Philippe Pinel de Montréal s'en servent pour contrôler les résultats du traitement de troubles sexuels. La pléthysmographie permet au personnel médical d'évaluer les progrès des thérapies suivies par les déviants sexuels connus et avérés. Cela ne s'applique pas à l'intimé. Il nie faire partie d'un tel groupe. Il ne suit aucune thérapie. Au Canada, le D^r Beltrami fait œuvre de pionnier en essayant d'utiliser cet outil thérapeutique en tant qu'outil médico-légal lorsqu'on a du mal à déterminer, premièrement, si l'infraction ne peut avoir été commise que par une

whether a “standard profile” of those traits has been developed, and thirdly to match the accused against the profile. Dr. Beltrami’s evidence is therefore subject to “special scrutiny”. While the techniques he employed are not novel, he is using them for a novel purpose. A level of reliability that is quite useful in therapy because it yields some information about a course of treatment is not necessarily sufficiently reliable to be used in a court of law to identify or exclude the accused as a potential perpetrator of an offence. In fact, penile plethysmography has received a mixed reception in Quebec courts: *Protection de la jeunesse* — 539, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] Q.J. No. 3605 (QL) (S.C.); L. Morin and C. Boisclair in “La preuve d’abus sexuel: allégations, déclarations et l’évaluation d’expert” (1992), 23 *R.D.U.S.* 27. Efforts to use penile plethysmography in the United States as proof of disposition have largely been rejected: *People v. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry v. State*, 443 S.E.2d 667 (Ga. Ct. App. 1994); *United States v. Powers*, 59 F.3d 1460 (4th Cir. 1995); *State v. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (N.C. App. 1995); J. E. B. Myers et al., “Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation” (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1, at pp. 134-35; J. G. Barker and R. J. Howell, “The Plethysmograph: A Review of Recent Literature” (1992), 20 *Bull. Am. Acad. of Psychiatry & L.* 13.

Dr. Beltrami also purported to gain assistance from the personality inventory tests (MMPI2) about the propensity of the respondent for sexual deviance, but those tests are too broad and general for that purpose, although the results may well have provided useful background information to the more specific plethysmograph test. Again, it was open to him to establish the reliability of these tests for the purposes of excluding the respondent as perpetrator of the offences, but *Mohan* teaches that the attempt is to be regarded with “special scrutiny”.

3. *Approaching the Ultimate Issue*

Dr. Beltrami’s evidence, if accepted, was potentially very powerful. Once it is accepted that the

personne qui possède des traits psychologiques distinctifs et identifiables, deuxièmement, si un «profil type» de ces traits a été établi et, troisièmement, si l’accusé correspond à ce profil. La preuve du D^r Beltrami est donc «soigneusement examinée». Bien que les techniques utilisées ne soient pas nouvelles, il s’en sert à des fins nouvelles. Un niveau de fiabilité très utile en thérapie pour obtenir des renseignements quant à une série de traitements n’est pas nécessairement suffisant, devant une cour de justice, pour identifier ou exclure l’accusé en tant qu’auteur potentiel d’une infraction. En fait, la pléthysmographie pénienne a reçu un accueil mitigé au sein des tribunaux québécois: *Protection de la jeunesse* — 539, [1992] R.J.Q. 1144; *R. c. Blondin*, [1996] A.Q. n° 3605 (QL) (C.S.); L. Morin et C. Boisclair dans «La preuve d’abus sexuel: allégations, déclarations et l’évaluation d’expert» (1992), 23 *R.D.U.S.* 27. Aux États-Unis, les tentatives d’utiliser la pléthysmographie pénienne pour établir la prédisposition ont été vaines dans la plupart des cas: *People c. John W.*, 185 Cal.App.3d 801 (1986); *Gentry c. State*, 443 S.E.2d 667 (Ga. Ct. App. 1994); *United States c. Powers*, 59 F.3d 1460 (4th Cir. 1995); *State c. Spencer*, 459 S.E.2d 812 (N.C. App. 1995); J. E. B. Myers et autres, «Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation» (1989), 68 *Neb. L. Rev.* 1, aux pp. 134 et 135; J. G. Barker et R. J. Howell, «The Plethysmograph: A Review of Recent Literature» (1992), 20 *Bull. Am. Acad. of Psychiatry & L.* 13.

Le D^r Beltrami paraît également s’appuyer sur les tests d’inventaire de la personnalité (MMPI2) portant sur la propension de l’intimé à une déviance sexuelle, mais ces tests sont trop larges et généraux pour qu’il puisse le faire, même si les résultats peuvent bien avoir fourni des renseignements généraux utiles pour le test plus précis de la pléthysmographie. Là encore, il lui était loisible d’établir la fiabilité de ces tests afin d’exclure l’intimé en tant qu’auteur des infractions, mais l’arrêt *Mohan* nous enseigne qu’une telle démarche doit être «soigneusement examinée».

3. *Le rapprochement de la question fondamentale*

La preuve du D^r Beltrami, si elle était acceptée, pouvait être très puissante. Dès qu’on accepte que

36

37

offence was probably committed by a member of a “distinctive group” from which the accused has been excluded, it is a short step to the conclusion on the ultimate issue of guilt or innocence. Dr. Beltrami’s underlying hypothesis was that if the respondent did not “score” on the plethysmograph, he must lack the disposition to commit such acts. The inference is that if he lacks the disposition then he did not do it. The closeness of his opinion to the ultimate issue is another reason for special scrutiny, as mentioned by Sopinka J. in *Mohan*, at p. 25:

The closer the evidence approaches an opinion on an ultimate issue, the stricter the application of this principle.

See also *R. v. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341 (Ont. C.A.), per Rosenberg J.A., at p. 357.

4. *The Absence of Any Exclusionary Rule*

38

In *McMillan*, *supra*, and again in *Mohan*, *supra*, the Court carved out an exception to the general rule that the character of the accused, in the sense of disposition to commit or not to commit the offence, can only be evidenced by general reputation in the community. The “distinctive group” exception has already been mentioned. As explained by Professor A. W. Mewett in “Character as a Fact in Issue in Criminal Cases” (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, at pp. 35-36, discussed in *Mohan* at p. 34 *et seq.*, it arises in its relevant aspect where “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” (emphasis added). In *Garfinkle*, *supra*, pedophiles were considered such a “distinctive” group. It may be an issue, however, whether a particular offence “in all probability would only” have been committed by a pedophile, as opposed to a non-pedophile whose untypical behaviour was modified by impulsiveness, stress, alcohol or drugs (*R. v. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL) (Gen. Div.); *R. v. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th) 399 (Ont. Ct. (Prov. Div.)).

l’infraction a probablement été commise par un membre d’un «groupe distinctif» dont l’accusé est exclu, on est très près de la conclusion sur la question fondamentale de la culpabilité ou de l’innocence. Selon l’hypothèse sous-jacente du Dr Beltrami, si l’intimé n’a pas réagi à la pléthysmographie, il ne doit être pas prédisposé à commettre de tels actes. On en déduit que, s’il n’est pas prédisposé à commettre un acte, il ne l’a pas commis. Le fait que son opinion se rapproche de la question fondamentale justifie d’autant plus un examen minutieux, comme l’a mentionné le juge Sopinka dans l’arrêt *Mohan*, à la p. 25:

Plus la preuve se rapproche de l’opinion sur une question fondamentale, plus l’application de ce principe est stricte.

Voir également *R. c. Pascoe* (1997), 5 C.R. (5th) 341 (C.A. Ont.), le juge Rosenberg, à la p. 357.

4. *L’absence de toute règle d’exclusion*

Dans l’arrêt *McMillan*, précité, et encore une fois dans l’arrêt *Mohan*, précité, la Cour a établi une exception à la règle générale selon laquelle le caractère de l’accusé, dans le sens de la prédisposition à commettre ou à ne pas commettre l’infraction, ne peut être démontré que par sa réputation générale dans la collectivité. L’exception du «groupe distinctif» a déjà été mentionnée. Comme l’a expliqué le professeur A. W. Mewett, dans l’article intitulé «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, aux pp. 35 et 36, qui a été analysé dans l’arrêt *Mohan*, aux pp. 34 et suiv., elle s’applique lorsque [TRADUCTION] «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» (je souligne). Dans l’arrêt *Garfinkle*, précité, on a considéré que les pédophiles constituaient un tel groupe «distinctif». On peut toutefois se demander si une infraction particulière ne serait commise «selon toutes les probabilités [. . .] que» par un pédophile, par opposition à un non-pédophile dont le comportement inhabituel a été modifié par l’impulsivité, le stress, l’alcool ou une drogue (*R. c. B.L.*, [1988] O.J. No. 2522 (QL) (Div. gén.); *R. c. G. (J.R.)* (1998), 17 C.R. (5th)

Thus, in *Mohan, supra*, Sopinka J. pointed out at p. 38 that:

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. [Emphasis added.]

Similarly, in *McMillan, supra*, Spence J., at p. 827, approved Martin J.A.'s statement when the case was considered by the Ontario Court of Appeal that the evidentiary exception was limited to cases where "the offence is of a kind that is committed only by members of an abnormal group" (p. 173 (emphasis added)).

Subject to this precondition being established on a balance of probabilities, the personality profile of the perpetrator group must be sufficiently complete to identify *distinctive* psychological elements that were in all probability present and operating in the perpetrator at the time of the offence. Lack of distinctiveness robs the exception of its *raison d'être*. Thus *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.), Proulx J.A., upholding a trial judge's ruling excluding psychiatric testimony designed to establish that the perpetrator was marked by distinctive characteristics that neither accused possessed, stated at p. 34:

[TRANSLATION] . . . the trial judge, came to the proper conclusion, in a well-reasoned decision, that the crime charged did not involve behavioural characteristics which were sufficiently distinctive to facilitate the identification of the author of the crime. [Emphasis added.]

Similarly, in *R. v. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530 (Ont. C.A.), Doherty and Rosenberg JJ.A., applying *Mohan, supra*, stated at p. 537 that:

[T]he defence may, however, lead expert evidence of an accused's disposition where the crime alleged is one that

399 (C. Ont. (Div. prov.)). Ainsi, dans l'arrêt *Mohan*, précité, à la p. 38, le juge Sopinka a souligné que

[e]n 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. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *McMillan*, précité, à la p. 827, le juge Spence a approuvé la déclaration qu'a faite le juge Martin au moment où la Cour d'appel de l'Ontario examinait l'affaire, selon laquelle l'exception relative à la preuve se limitait aux cas où [TRADUCTION] «l'infraction est de celles qui sont commises uniquement par les membres d'un groupe anormal» (p. 173 (je souligne)).

40 Dans la mesure où cette condition préalable est établie selon la prépondérance des probabilités, le profil de personnalité du groupe auquel appartient l'auteur de l'infraction doit être suffisamment complet pour pouvoir relever des éléments psychologiques *distinctifs* qui, selon toute probabilité, étaient présents et en action chez ce dernier au moment de la perpétration de l'infraction. L'absence de caractère distinctif dépouille l'exception de sa raison d'être. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), le juge Proulx, confirmant la décision du juge du procès d'exclure un témoignage psychiatrique destiné à établir que l'auteur du crime en cause possédait des caractéristiques distinctives qu'aucun des accusés ne possédait, a affirmé à la p. 325:

. . . le premier juge a conclu à bon droit, dans une décision bien motivée, que le crime reproché ne comporte pas de caractéristiques de comportement suffisamment distinctives pour faciliter l'identification de l'auteur du crime. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *R. c. B. (S.C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 530 (C.A. Ont.), les juges Doherty et Rosenberg, appliquant l'arrêt *Mohan*, précité, ont affirmé ceci, à la p. 537:

[TRADUCTION] [L]a défense peut, toutefois, produire une preuve d'expert quant à la prédisposition de l'accusé,

was committed by a person who is part of a group possessing distinct and identifiable behavioural characteristics. In those cases, the defence may lead evidence to show that the accused's mental makeup or behavioural characteristics excluded him or her from that group.

41 The question is whether in addition to identifying and describing the distinct and identifiable behavioural characteristics, the expert must be able to point to a more elaborate "standard profile" filling in the rest of the personality portrait. *R. v. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), *per* Bateman J.A., at para. 10, is said to be support for that additional requirement. It is true, certainly, that in *Mohan*, Sopinka J. made reference to a standard profile in one of his formulations of the issue, at p. 37:

Has the scientific community developed a standard profile for the offender who commits this type of crime?

The question is what is meant by a "standard profile". Given that the purpose of the evidence is to define with reasonable precision the psychological characteristics of the class of people to which the perpetrator belongs, and on that basis argue that the accused is either included or excluded, the important thing is to identify what exactly differentiates or distinguishes the perpetrator class from the rest of the population. The "standard profile" relates directly to those distinguishing features. This is clear from Sopinka J.'s preceding sentence:

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.

42 The level of detail required in the "standard profile" may vary with the conclusiveness of individual elements. For example, if commission of an offence most likely requires so "distinctive" a psychological trait as necrophilia, as in *R. v. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL) (C.A.), leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. vii, it may be sufficient for exclusion to show that an accused has no such tendency without requiring the rest of the perpetra-

lorsque le crime reproché a été commis par une personne qui appartient à un groupe qui possède des caractéristiques de comportement distinctives et identifiables. Dans ces cas, la défense peut produire une preuve pour montrer que l'état d'esprit et les caractéristiques de comportement de l'accusé l'excluaient de ce groupe.

La question est de savoir si en plus de relever et de décrire les caractéristiques de comportement distinctives et identifiables, l'expert doit être capable d'indiquer un «profil type» plus détaillé qui complète le reste du portrait de la personnalité. On dit que cette exigence additionnelle trouve appui dans l'arrêt *R. c. K.B.* (1999), 176 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), le juge Bateman, au par. 10. Il est certes vrai qu'à la p. 37 de l'arrêt *Mohan* le juge Sopinka a fait référence à un profil type dans l'une de ses formulations de la question litigieuse.

... la profession scientifique a-t-elle élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime?

Il s'agit de déterminer ce qu'on entend par «profil type». Comme la preuve vise à définir avec une précision raisonnable les caractéristiques psychologiques de la catégorie de personnes à laquelle appartient l'auteur du crime reproché et, de là, à démontrer que l'accusé fait ou ne fait pas partie de cette catégorie, il importe de déterminer ce qui, au juste, différencie ou distingue du reste de la population les membres de la catégorie en cause. Le «profil type» concerne directement ces caractéristiques distinctives. Cela ressort clairement de la phrase précédente du juge Sopinka:

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.

Le niveau de précision que requiert le «profil type» peut varier selon le caractère concluant de certains éléments pris individuellement. Par exemple, si la perpétration d'une infraction exige, selon toute vraisemblance, un trait psychologique aussi «distinctif» que la nécrophilie, comme dans l'affaire *R. c. Malbœuf*, [1997] O.J. No. 1398 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. vii, il peut être suffisant pour écarter

tor's psychological portrait to be completed. In *Malbæuf* itself, the "necrophilia-lust type of murder" was considered sufficiently distinctive that the Crown was allowed to lead expert evidence that the accused "demonstrated distinctive characteristics that would place him in the category of persons who would commit this type of crime" (para. 5). A high level of distinctiveness, of course, is in addition to the other limitations on the Crown's ability to lead such expert evidence, including the requirements that it be relevant to an issue other than "mere propensity", and that its probative value outweighs its prejudicial effect: *Pascoe*, *supra*, at p. 355.

More common personality disorders are perhaps less distinctive than necrophilia. They are less likely to serve as "badges" to distinguish the perpetrator class from the rest of the population. Thus in *R. v. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL) (S.C.J.), the trial judge found that the personality profiles of the perpetrators offered by the expert were simply too broad to be of material assistance in determining guilt or innocence: "This collection of ailments appears too general and vague to meet the test in *Mohan*" (*per* Platana J., at para. 36).

Between these two extremes, the range and distinctiveness of personality traits attributed to perpetrators of different offences will vary greatly. The requirement of the "standard profile" is to ensure that the profile of distinctive features is not put together on an *ad hoc* basis for the purpose of a particular case. Beyond that, the issue is whether the "profile" is sufficient for the purpose to be served, whether the expert can identify and describe with workable precision what exactly distinguishes the distinctive or deviant perpetrator from other people. If the demarcation is clear and compelling, the fact the personality portrait cannot

l'accusé d'établir qu'il n'a pas une telle tendance, sans qu'il soit nécessaire de compléter le reste du portrait psychologique de l'auteur du crime reproché. Dans l'arrêt *Malbæuf* lui-même, le [TRADUCTION] «meurtre motivé par la nécrophilie» a été considéré comme étant suffisamment distinctif pour permettre au ministère public de produire une preuve d'expert que l'accusé «manifestait des caractéristiques distinctives qui le faisaient entrer dans la catégorie des personnes qui commettraient ce genre de crime» (par. 5). Il va sans dire qu'un caractère hautement distinctif s'ajoute aux autres limites applicables à la capacité du ministère public de produire une telle preuve d'expert, notamment les exigences suivantes: qu'elle ait un rapport avec une autre question litigieuse que la [TRADUCTION] «simple propension», et que sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable: *Pascoe*, précité, à la p. 355.

Les troubles de la personnalité plus courants sont peut-être moins distinctifs que la nécrophilie. Ils sont moins susceptibles de tenir lieu d'élément qui distingue du reste de la population la catégorie à laquelle appartient l'auteur du crime reproché. Ainsi, dans la décision *R. c. Perlett*, [1999] O.J. No. 1695 (QL) (C.S.J.), le juge du procès a conclu que les profils de personnalité des auteurs du crime reproché, soumis par l'expert, étaient tout simplement trop larges pour aider sérieusement à décider de la culpabilité ou de l'innocence: [TRADUCTION] «Le présent ensemble de maux paraît trop vague et général pour satisfaire au critère de l'arrêt *Mohan*» (le juge Platana, au par. 36).

Entre ces deux extrêmes, la gamme et le caractère distinctif des traits de personnalité attribués aux auteurs de différentes infractions varient considérablement. L'exigence du «profil type» a pour objet d'éviter que le profil des caractéristiques distinctives soit établi de manière ponctuelle en fonction de chaque cas particulier. En outre, il faut déterminer si le «profil» suffit aux fins auxquelles il doit servir et si l'expert peut déterminer et décrire avec une précision réaliste ce qui, au juste, fait que l'auteur distinctif ou déviant du crime diffère des autres personnes. Si la démarcation est claire et convaincante, le fait que le portrait de la

43

44

be filled in with elements that do not serve to distinguish the perpetrator is not fatal to acceptance of the evidence. While the trial judge was somewhat cryptic in his reasons on this point, it seems to me his decision is consistent with this analysis.

45 Fish J.A. pointed out in the court below that Sopinka J., in *Mohan*, *supra*, had cited *Garfinkle*, *supra*, where the Quebec Court of Appeal had allowed expert psychiatric evidence that pedophilia is “abnormal” and “that Garfinkle does not have such a disposition”. While the “distinctive offence” exception recognized in *Garfinkle* was affirmed in *Mohan*, *Garfinkle* itself was decided without the benefit of the elaboration of the “gate-keeper” function developed in *Mohan*. In *Mohan* itself, at p. 38, the exclusory evidence relating to pedophilia was ruled inadmissible because

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.

Each case turns on its facts. The conclusion of the *Garfinkle* trial judge, affirmed by the Quebec Court of Appeal, that in the circumstances there presented the evidence of Dr. Beltrami was probative and its benefit outweighed the cost, did not bind the trial judge on the facts of this case, who reached a contrary conclusion on the evidence presented in the *voir dire*.

5. A Properly Qualified Expert

46 Dr. Édouard Beltrami was accepted as qualified in the fields of psychiatry, sexology and physiology. It was within his expertise to give opinion evidence about the various tests administered under his supervision and his interpretation of the results.

6. Relevance of the Proposed Testimony

47 Evidence is relevant “where it has some tendency as a matter of logic and human experience

personnalité ne puisse être complété au moyen d’éléments qui ne servent pas à distinguer l’auteur des autres personnes n’est pas fatal pour ce qui est d’accepter la preuve. Bien que le juge du procès ait été quelque peu énigmatique dans ses motifs sur ce point, il me semble que sa décision est conforme à la présente analyse.

Le juge Fish de la Cour d’appel a souligné que, dans l’arrêt *Mohan*, précité, le juge Sopinka avait cité l’arrêt *Garfinkle*, précité, dans lequel la Cour d’appel du Québec avait admis une preuve d’expert en psychiatrie que la pédophilie est [TRADUCTION] «anormale» et «que Garfinkle n’a pas une telle prédisposition». Bien que l’exception de l’«infraction distinctive» reconnue dans l’arrêt *Garfinkle* ait été confirmée dans *Mohan*, l’arrêt *Garfinkle* a été rendu en l’absence de la fonction de «gardien» établie dans l’arrêt *Mohan*. Dans l’arrêt *Mohan* lui-même, à la p. 38, la preuve d’exclusion relative à la pédophilie a été jugée inadmissible car

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.

Chaque cas est un cas d’espèce. La conclusion du juge du procès dans *Garfinkle*, confirmée par la Cour d’appel du Québec, que, dans les circonstances de cette affaire, la preuve du Dr Beltrami était probante et ses bénéfices l’emportaient sur son coût ne liait le juge du procès en l’espèce, qui a tiré une conclusion contraire fondée sur la preuve présentée lors du *voir-dire*.

5. Un expert compétent

On a reconnu la compétence du Dr Édouard Beltrami dans les domaines de la psychiatrie, de la sexologie et de la physiologie. Il était compétent pour offrir un témoignage d’opinion concernant les divers tests administrés sous sa surveillance et son interprétation des résultats.

6. Pertinence du témoignage proposé

Une preuve est pertinente [TRADUCTION] «lorsque, selon la logique et l’expérience humaine, elle

to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would appear to be in the absence of that evidence” (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (1996), at p. 19). Because the concept of relevance provides a low threshold (“some tendency”), *Mohan* built into the relevance requirement a cost-benefit analysis to determine “whether its value is worth what it costs” (p. 21) in terms of its impact on the trial process. Thus the criteria for reception are relevance, reliability and necessity measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion: R. J. Delisle, “The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles” (1994), 29 C.R. (4th) 267. Whether considered as an aspect of relevance or a general exclusionary rule, “[t]he reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of expert evidence” (*Mohan*, at p. 21).

It is on this requirement that Dr. Beltrami’s evidence is most vulnerable.

(a) Existence of a Distinctive Group

Dr. Beltrami’s definition of the “distinctive” group of individuals with a propensity to commit these “distinctive crimes” is vague. As the trial judge and Robert J.A. noted, there is no standard profile. The reliability of the scientific foundations of the theory that certain acts will almost always be done by people having certain distinctive characteristics requires evidence; it cannot simply be assumed: *K.B.*, *supra*, at para. 12; *R. v. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240 (Alta. C.A.), at p. 246; *R. v. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360 (N.B.C.A.), at p. 366. Dr. Beltrami said that: [TRANSLATION] “there is no point in making me say it a thousand times, there is no standard profile, but nonetheless I compared certain characteristics that are found frequently, not absolutely . . .” (emphasis added). Dr. Beltrami describes these characteristics in the following way:

tend jusqu’à un certain point à rendre la proposition qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne paraîtrait sans elle» (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (1996), à la p. 19). Comme la notion de pertinence constitue un seuil peu élevé («tend jusqu’à un certain point»), l’arrêt *Mohan* a incorporé dans l’exigence de pertinence une analyse du coût et des bénéfices afin de déterminer «si la valeur en vaut le coût» (p. 21) en ce qui concerne son incidence sur le déroulement du procès. Les critères d’admissibilité applicables sont donc la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter: R. J. Delisle, «The Admissibility of Expert Evidence: A New Caution Based on General Principles» (1994), 29 C.R. (4th) 267. Qu’il soit considéré comme un aspect de la pertinence ou comme une règle d’exclusion générale, «[l]e facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l’appréciation de l’admissibilité de la preuve d’expert» (*Mohan*, à la p. 21).

C’est relativement à cette exigence que la preuve du Dr Beltrami est particulièrement vulnérable.

(a) L’existence d’un groupe distinctif

La définition que le Dr Beltrami a donnée du groupe «distinctif» de personnes qui ont une propension à commettre ces «crimes distinctifs» est vague. Comme l’ont fait remarquer le juge du procès et le juge Robert, il n’y a pas de profil type. La fiabilité des fondements scientifiques de la théorie selon laquelle certains actes sont presque toujours accomplis par des personnes qui possèdent certaines caractéristiques distinctives doit être prouvée; elle ne peut pas être simplement présumée: *K.B.*, précité, au par. 12; *R. c. S. (J.T.)* (1996), 47 C.R. (4th) 240 (C.A. Alb.), à la p. 246; *R. c. Dowd* (1997), 120 C.C.C. (3d) 360 (C.A.N.-B.), à la p. 366. Le Dr Beltrami a affirmé que «ça sert à rien de me le faire dire mille fois, y’en a pas de profil type, mais j’ai quand même comparé certaines caractéristiques qui se trouvent fréquemment, pas d’une manière absolue» (je souligne). Le Dr Beltrami décrit ces caractéristiques de la façon suivante:

48

49

[TRANSLATION] Well, as I just mentioned sexual abuse may . . . be committed by people who have organic disorders, people who are psychotic, mentally deficient people, alcoholics, drug addicts, so plainly different people may have committed sexual abuse, but normally, when young children have been abused with a clear and unmistakable [*sic*] such as penetration, there is — there is no one typical pathology, there is no pathology that is always the same and can be categorized, but normally there are a certain number of things that emerge, and the things that most often emerge are what was mentioned earlier, impulsiveness and also having inadequate social controls, which often have been passed on. So yes, it is true that there is no — it isn't a particular psychological type that commits these acts, but when someone has committed that act, there is a disorder somewhere and I considered all the possible disorders. [Emphasis added.]

While the reference in *Mohan* to a “standard profile” should not be taken to require an exhaustive inventory of personality traits, the profile must confine the class to useful proportions. A spectrum of personality “disorders” that stretches from alcoholics to sexual psychopaths is too broad to be useful. If a man with more or less ordinary sexual predilections is capable while under the influence of alcohol or drugs to have committed these offences, the class of potential perpetrators is insufficiently “distinctive” in the *Mohan* sense for the expert evidence to be useful. Dr. Beltrami considered biological factors related to sexual interests to be the most important indicator but did not rule out the possibility that the offence was prompted by behavioural rather than biological factors.

(b) Specificity of Tests

The defence was obliged to satisfy the court that the underlying principles and methodology of the tests administered to the respondent were reliable and, importantly, applicable. The MMPI2 and related tests were used to probe for behavioural problems that might trigger conduct that would be out of sexual character, but these tests were not designed to complement the plethysmograph test, and in any event drugs and alcohol-related

Bien, comme je l'ai dit tout à l'heure, l'abus sexuel peut [...] être commis par des gens qui ont des troubles organiques, des gens qui sont psychotiques, des débiles mentaux, des alcooliques, des toxicomanes, donc c'est évident que des gens différents peuvent avoir commis des abus sexuels, mais habituellement, quand il y a des abus sur des jeunes enfants avec un clair et marqué (*sic*) comme la pénétration, il y a, — il n'y a pas une pathologie type, il n'y a pas une pathologie qui est toujours la même et qui est catégorisable, mais habituellement y'a un certain nombre de choses qui ressortent et celles qui ressortent le plus souvent c'est ce qui a été cité plus tôt, l'impulsivité et aussi d'avoir des normes, qui souvent ont été héritées ailleurs, sociales et inadéquates. Alors, oui, c'est vrai qu'il n'y a pas, — ce n'est pas un type psychologique particulier qui commet ça, mais quand quelqu'un a commis cet acte-là il y a un dérangement quelque part et je les ai passés en revue les dérangements possibles. [Je souligne.]

Même si la mention d'un «profil type» dans l'arrêt *Mohan* ne devrait pas être interprétée comme exigeant un inventaire exhaustif des traits de personnalité, le profil doit ramener la catégorie à des proportions utiles. Un spectre des «troubles» de la personnalité qui s'étend des alcooliques aux psychopathes sexuels est trop large pour être utile. Si une personne qui a des préférences sexuelles plus ou moins ordinaires est susceptible d'avoir commis ces infractions alors qu'elle était sous l'influence de l'alcool ou d'une drogue, la catégorie d'auteurs potentiels des infractions n'est pas suffisamment «distinctive», au sens de l'arrêt *Mohan*, pour que la preuve d'expert soit utile. Le Dr Beltrami a estimé que les facteurs biologiques relatifs aux intérêts sexuels constituaient l'indice le plus important, mais il n'a pas écarté la possibilité que l'infraction soit imputable à des facteurs comportementaux plutôt qu'à des facteurs biologiques.

(b) La spécificité des tests

La défense devait convaincre la cour que les principes et la méthode qui sous-tendent les tests administrés à l'intimé étaient fiables et, qui plus est, applicables. Le MMPI2 et des tests connexes ont été utilisés pour tenter de déceler chez l'intimé des problèmes de comportement susceptibles de déclencher une conduite qui ne lui ressemble pas sur le plan sexuel, mais ces tests n'étaient pas conçus pour compléter le test de la pléthysmographie,

offences are hardly distinctive in the *Mohan* sense. Dr. Beltrami readily acknowledged that the MMPI2 was not designed for the detection of sexual disorders and it does not contain any specific probe for unusual sexual preferences. Nor were specific scenarios prepared for the plethysmograph test, as hereinafter discussed. There was in fact no evidence from the people who conducted the interviews or administered the plethysmograph test. No test protocols were introduced, and there was no confirmation that whatever standard procedures exist had been followed. An expert such as Dr. Beltrami is certainly entitled to rely on data generated by tests carried out under his supervision, but he more or less disavowed any supervisory function and could not answer specific questions about how the tests on the respondent were conducted.

(c) Error Rate in Plethysmograph Results

In his report presented at the *voir dire*, Dr. Beltrami indicated that the “sensitivity” of the plethysmograph would detect a sexual deviant 47.5 per cent of the time. Where a detection was in fact made, the result was considered highly reliable (97.4 per cent). The respondent tested negative, i.e., was excluded, but the success rate of 47.5 per cent means that even in a test population consisting entirely of sexual deviants, the test would deliver a false negative more than half of the time. Dr. Beltrami observed during the *voir dire*, for example, that [TRANSLATION] “So, I acknowledge that in the usual literature, with people who come from all backgrounds, putting all the studies together, that there are about fifty percent (50%) of individuals who do not score.” Such a result would render the test so prone to error as not to be useful for purposes of identification or exclusion.

When Dr. Beltrami was cross-examined on the 47.5 per cent success rate, he responded that [TRANSLATION] “nonetheless there are also articles

et, en tout état de cause, les infractions liées à la drogue et à l’alcool ne sont guère distinctives au sens de l’arrêt *Mohan*. Le D^r Beltrami a reconnu volontiers que le MMPI2 n’était pas conçu pour découvrir des troubles d’ordre sexuel et qu’il ne comportait rien de particulier pour détecter des préférences sexuelles inhabituelles. Aucun scénario particulier n’a été préparé pour le test de la pléthysmographie, comme nous le verrons plus loin. En fait, aucune preuve n’a été soumise par les gens qui ont effectué les entrevues ou administré le test de la pléthysmographie. Aucun protocole de test n’a été produit et rien n’a confirmé que toute procédure normale existante a été suivie. Un expert comme le D^r Beltrami a certainement le droit de se fonder sur des données obtenues grâce à des tests effectués sous sa surveillance, mais il a plus ou moins nié avoir exercé une fonction de surveillance et n’a pas pu répondre à des questions précises sur la façon dont les tests ont été administrés à l’intimé.

(c) Le taux d’erreur des résultats de la pléthysmographie

Dans le rapport qu’il a soumis lors du voir-dire, le D^r Beltrami a indiqué que la «sensibilité» du pléthysmographe permet de découvrir un déviant sexuel dans 47,5 pour 100 des cas. Quand un déviant sexuel est découvert, le résultat est considéré très fiable (97,4 pour 100). Le test subi par l’intimé s’est révélé négatif, en ce sens que l’intimé a été écarté, mais le taux de réussite de 47,5 pour 100 signifie que, même dans une population expérimentale composée entièrement de déviants sexuels, le test donnerait un faux résultat négatif dans plus de la moitié des cas. Au cours du voir-dire, le D^r Beltrami a fait remarquer ceci, par exemple: «Donc, je reconnais que dans la littérature habituelle, avec des gens venant de tous les milieux, en mettant ensemble toutes les études que, y’a presque cinquante pour cent (50%) d’individus qui parfois ne scorent pas.» Un tel résultat rendrait le test tellement sujet à erreur qu’il ne serait pas utile pour identifier ou pour exclure.

Quand le D^r Beltrami a été contre-interrogé au sujet du taux de réussite de 47,5 pour 100, il a répondu: «y’a aussi quand même y’a des articles

51

52

that clearly indicate that the younger the age to which the deviation relates and the more unusual it is, the more specific and precisely sensitive the test will be". He said that some unidentified studies done "in Montreal" suggested that the detection rate in more "unusual preferences" could be up to 87 per cent. Thus the sensitivity of the test would vary between 47.5 per cent and 87 per cent but Dr. Beltrami did not give a more precise figure within this range, except to say that in the case of a perpetrator who derived pleasure from anal penetration of a prepubescent child the detection rate would likely be at the higher end of the scale. He said:

[TRANSLATION] So then, when you are talking, if you want my professional opinion on anal penetration, it is a serious act that, despite what may be said about it, is not really naively so tolerated by children and it is an act that still requires some degree of pressure, whether it be psychological, whether it be physical force or something else, it leaves marks, it leaves marks and the well-known 40% may rise to 80% because this is really something outside of the norm.

53 Dr. Beltrami did not explain how, if the basis of the plethysmograph test was the stimulation of remembrance of past pleasures, the results would vary according to the degree of deviance from some norm, and the issue was not addressed in his written report.

54 Dr. Beltrami agreed that a false negative (i.e., instances where the plethysmograph failed to identify an actual deviant) can, among other things, be caused by the fact that the visual and auditive scenarios presented to the subject lacked certain specific elements of stimulation, for example humiliation of the victim. He said that tailor-made scenarios are sometimes built to fit exactly the alleged acts but that was not done in this case. The standardized scenarios used by Dr. Beltrami were not presented to the Court and no attempt was made to demonstrate that they in fact replicated the type of stimulation the putative offender would have had while committing the alleged act.

qui signalent bien que plus la déviation est vers un âge bas et qu'elle est inusitée, plus le test va être spécifique et sensible plus exactement». Il a précisé, sans plus, que des études effectuées «à Montréal» indiquaient que le taux de détection des «préférences» plus «inhabituelles» pouvait aller jusqu'à 87 pour 100. Ainsi, la sensibilité du test varierait entre 47,5 pour 100 et 87 pour 100, mais le D^r Beltrami n'a pas donné de chiffre plus précis à cet égard, sauf qu'il a affirmé que, lorsqu'une personne a tiré plaisir de la pénétration anale d'un enfant qui n'a pas atteint la puberté, le taux de détection est vraisemblablement plus élevé. Il a dit:

Alors, donc, quand on parle, si vous me demandez mon opinion professionnelle pour une pénétration anale, c'est un acte grave qui, quoiqu'on en dise, est pas si toléré que ça par des enfants naïvement et c'est un acte qui demande quand même une certaine pression, que ce soit psychologique, que ce soit de force physique ou autre et ça laisse des traces, ça laisse des traces et le fameux quarante pour cent (40%) peut remonter à quatre-vingts pour cent (80%) parce que là, on sort vraiment de la norme habituelle.

Le D^r Beltrami n'a pas expliqué comment, en supposant que le test de la pléthysmographie reposait sur la stimulation du souvenir de plaisirs passés, les résultats varieraient selon le degré de déviance par rapport à une norme donnée, et il n'a pas non plus abordé cette question dans son rapport écrit.

Le D^r Beltrami a convenu qu'un faux résultat négatif (c'est-à-dire lorsque la pléthysmographie n'a pas permis de découvrir un déviant réel) peut notamment être attribuable au fait que les scénarios visuels et auditifs présentés au sujet ne comportaient pas certains éléments de stimulation particuliers, tels que l'humiliation de la victime. Il a dit que des scénarios sont parfois conçus spécialement pour correspondre exactement aux faits allégués, mais que cela n'avait pas été fait en l'espèce. Les scénarios normalisés dont s'est servi le D^r Beltrami n'ont pas été soumis à la Cour, et l'on n'a pas tenté de démontrer qu'ils reproduisaient en fait le type de stimulation qu'aurait eu le présumé délinquant en accomplissant l'acte reproché.

In my view, the trial judge had good reason to be sceptical about the value of this testimony. Even giving a loose interpretation to the need for a “standard profile”, and passing over the doubts that *only* a pedophile would be capable of the offence, the evidence of the test error rate in the “match” of the respondent with or his “exclusion” from the “distinctive class” was problematic. The possibility that such evidence — “cloaked under the mystique of science” (*Béland, supra*, at p. 434) — would distort the fact-finding process, was very real. Moreover, defence evidence of this type can be expected to call forth expert evidence from the Crown in response, with the consequent danger that the trial could be derailed into a controversy on disposition or propensity, with the trial becoming “nothing more than a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept” (*Mohan*, at p. 24). The trial judge did not regard the testimony as reliable for the purpose of excluding the respondent as a potential perpetrator of the crime, and consideration of the cost-benefit analysis seems to support the conclusion that the testimony offered as many problems as it did solutions.

7. *Necessity in Assisting the Trier of Fact*

In *Mohan*, Sopinka J. held that the expert evidence in question had to be more than merely helpful. He required that the expert 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’, . . . the evidence must be necessary to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue due to their technical nature” (p. 23). In *Béland, supra*, McIntyre J., speaking about the inadmissibility of a polygraph test, cited, at p. 415, *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, at p. 40, on the role of expert witnesses where Lord Cooper said:

Their duty is to furnish the Judge or jury with the necessary scientific criteria for testing the accuracy of their

À mon avis, le juge du procès avait de bonnes raisons de douter de la valeur de ce témoignage. Même en donnant une interprétation large à la nécessité d’un «profil type» et en faisant abstraction des doutes que *seul* un pédophile serait capable de commettre l’infraction, la preuve du taux d’erreur du test en ce qui a trait à la «concordance de l’intimé avec la «catégorie distinctive» ou à son «exclusion» de cette catégorie était problématique. La possibilité qu’une telle preuve — «empreinte de la mystique de la science» (*Béland*, précité, à la p. 434) — fausse le processus de recherche des faits était très réelle. En outre, lorsque la défense soumet une preuve de ce genre, on peut s’attendre à ce que le ministère public réponde au moyen d’une preuve d’expert, d’où le risque que le procès dégénère en controverse sur la prédisposition ou la propension et se transforme en un «simple concours d’experts, dont le juge des faits se ferait l’arbitre en décidant quel expert accepter» (*Mohan*, à la p. 24). Le juge du procès n’a pas considéré que le témoignage en cause était assez fiable pour exclure l’intimé en tant qu’auteur potentiel du crime, et la prise en considération de l’analyse du coût et des bénéfices semble appuyer la conclusion que ce témoignage a apporté autant de problèmes que de solutions.

7. *La nécessité d’aider le juge des faits*

Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka a conclu que la preuve d’expert en question devait être plus que simplement utile. Il a exigé que l’opinion d’expert 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” [. . .] la preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d’apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique» (p. 23). Dans l’arrêt *Béland*, précité, à la p. 415, le juge McIntyre a, au sujet de l’inadmissibilité de la preuve obtenue au moyen d’un test polygraphique, cité la décision *Davie c. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, portant sur le rôle des témoins experts et dans laquelle lord Cooper a dit (à la p. 40):

[TRADUCTION] Il leur incombe de fournir au juge ou au jury les critères scientifiques nécessaires pour vérifier

conclusions, so as to enable the Judge or jury to form their own independent judgment by the application of these criteria to the facts proved in evidence. [Emphasis added.]

The purpose of expert evidence is thus to assist the trier of fact by providing special knowledge that the ordinary person would not know. Its purpose is not to substitute the expert for the trier of fact. What is asked of the trier of fact is an act of informed judgment, not an act of faith.

57

Dr. Beltrami clearly did not consider it his function to enable the trier of fact to appreciate the basis of the suggested inferences from his data in favour of the respondent. He offered a packaged opinion but was not prepared to share with the trial judge the data which he relied upon. At one point, asked by the Crown about his failure to produce the chart with the penile plethysmograph results, Dr. Beltrami said:

[TRANSLATION] Listen, Your Honour, we have to understand that if we start — normally we do not submit the psychological tests in detail or the curves because at that point if we start calculating everything in centimetres or millimetres, we will be here all morning. Let's just say that this curve, properly analysed, demonstrates the following results, that there are no, according to how those curves are normally evaluated, there are no signs of deviant behaviour in him.

Elsewhere, Dr. Beltrami gave his reason for non-production of the data on which he based his opinion as follows:

[TRANSLATION] Okay. But it is not normally produced because otherwise, it would be too complicated to produce all the details, there would be battles over the little details.

58

The devil, of course, is often in the “little details” and following the cross-examination, Crown counsel had this exchange with the judge

l'exactitude de leurs conclusions, afin de permettre au juge ou au jury de former sa propre opinion par l'application de ces critères aux faits établis par la preuve. [Je souligne.]

La preuve d'expert vise donc à aider le juge des faits en lui fournissant des connaissances particulières qu'une personne ordinaire n'aurait pas. Elle n'a pas pour objet de substituer l'expert au juge des faits. C'est un acte de jugement éclairé, et non un acte de confiance, qui est requis du juge des faits.

Il est clair que le D^r Beltrami a estimé qu'il ne lui appartenait pas de faire en sorte que le juge des faits soit en mesure d'évaluer le fondement des déductions qu'il proposait de faire en faveur de l'intimé à partir de ses données. Il a offert une opinion toute faite, sans toutefois être disposé à communiquer au juge du procès les données sur lesquelles il s'était appuyé. À un moment donné, quand le ministère public l'a interrogé sur son omission de produire la courbe des résultats de la pléthysmographie pénienne, le D^r Beltrami a affirmé:

Écoutez, Votre Seigneurie, il faut comprendre que si on commence, — habituellement ni on remet les tests psychologiques en détail ni les courbes parce qu'à ce moment-là si on commence à calculer tout en centimètres ou en millimètre, on va passer la matinée ici. Disons que cette courbe analysée d'une manière pertinente montre les résultats suivants qu'il n'y a pas, d'après l'habitude d'évaluer ces courbes-là, il n'y a pas de traces du comportement déviant chez lui.

Ailleurs, le D^r Beltrami a expliqué pourquoi il n'avait pas produit les données sur lesquelles il avait fondé son opinion:

O.K. Mais c'est pas produit d'habitude parce que sinon ce serait trop complexe de produire tous les détails, y'aurait des batailles sur des petits détails.

Bien entendu, c'est souvent dans les «petits détails» qu'on trouve à redire et, à la suite du contre-interrogatoire, l'avocate du ministère public

concerning the non-production of the key documents:

[TRANSLATION]

THE CROWN:

I am making my comments to enable my friend to complete, do you understand what I mean?

THE COURT:

Yes, but that . . .

THE CROWN:

In a way . . .

THE COURT:

That's his problem.

THE CROWN:

All right.

The trial judge then said to defence counsel:

[TRANSLATION]

THE COURT:

. . . So, that's your own problem . . .

Before any weight at all can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist. Even if Dr. Beltrami had offered an explanation of his data, and explained to the trial judge the "expert" basis on which he felt the trial judge could draw appropriate inferences, there remained the question whether Dr. Beltrami's contribution to the judge's ability to form his "own *independent* conclusion" on the issue of the respondent's exclusion was worth the cost in potential distortion of the judge's *independent* consideration of the evidence of opportunity, the out-of-court statements of the children, the respondent's parental relationship with them, and the respondent's ongoing heterosexual relationships with several mature women. It seems to me the trial judge was simply being offered a conclusory opinion that on cross-examination turned out to be short on *demonstrated* scientific support. In terms of the questions posed in *Daubert, supra*, Dr. Beltrami did address "the

a eu l'échange suivant avec le juge au sujet de la non-production des documents-clés:

LA COURONNE:

Moi, je fais le commentaire pour peut-être permettre à mon confrère de compléter, vous comprenez ce que je veux dire?

LA COUR:

Ah, oui, mais ça . . .

LA COURONNE:

D'une certaine façon . . .

LA COUR:

C'est son problème.

LA COURONNE:

Ça va.

Le juge du procès a par la suite dit à l'avocat de la défense:

LA COUR:

. . . Alors, c'est votre problème à vous ça . . .

Pour pouvoir accorder une valeur probante à l'opinion d'un expert, il faut conclure à l'existence des faits sur lesquels elle repose. Même si le Dr Beltrami avait offert une explication de ses données et expliqué au juge du procès les raisons d'«expert» pour lesquelles il estimait que le juge du procès pourrait faire les déductions appropriées, il restait à déterminer si la contribution du Dr Beltrami à la capacité du juge de tirer sa «propre conclusion *indépendante*» sur la question de l'exclusion de l'intimé valait le coût de la possibilité que soit faussé l'examen *indépendant*, par le juge, de la preuve d'opportunité, des déclarations extrajudiciaires des enfants, du lien parental de l'intimé avec les enfants et des relations hétérosexuelles que l'intimé avait avec plusieurs femmes d'âge mur. Il me semble qu'on a seulement soumis au juge du procès une opinion théorique qui, au cours du contre-interrogatoire, s'est révélée dépourvue d'appui scientifique *établi*. Pour ce qui est des questions posées dans *Daubert*, précité, le

known or potential rate of error” but was not asked to address the history or acceptance of the techniques for diagnostic as opposed to therapeutic purposes, and the level of acceptance for that purpose amongst his scientific peers.

D^r Beltrami a traité du «taux connu ou potentiel d’erreur», mais on ne lui a demandé d’aborder ni l’historique ou l’acceptation des techniques de diagnostic par opposition aux fins thérapeutiques, ni le niveau d’acceptation à cette fin parmi ses pairs de la profession scientifique.

60 Dr. Beltrami’s evidence said in effect that the respondent’s denial ought to be believed because he is not the sort of person who would do such a thing. This was close to oath-helping in circumstances not within the expert witness exception: *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, *per* McLachlin J., at p. 248. As the trial judge excluded Dr. Beltrami’s evidence because of the lack of a “standard profile”, he did not go on to deal in his reasons with the necessity requirement, but it certainly would have been open to him to exclude Dr. Beltrami’s opinion on the basis of a “cost-benefit” analysis of the necessity requirement as well.

La preuve du D^r Beltrami indiquait en fait qu’il fallait ajouter foi à la dénégation de l’intimé parce qu’il n’était pas le genre de personne susceptible d’agir ainsi. Cela ressemblait à un témoignage justificatif dans des circonstances non visées par l’exception du témoin expert: *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, le juge McLachlin, à la p. 248. Étant donné que le juge du procès a exclu la preuve du D^r Beltrami en raison de l’absence de «profil type», il n’a pas traité de l’exigence de nécessité dans ses motifs, mais il lui aurait été certainement loisible d’écarter l’opinion du D^r Beltrami en fonction également d’une analyse du coût et des bénéfices de l’exigence de nécessité.

8. *The Discretion of the Trial Judge*

8. *Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès*

61 The *Mohan* analysis necessarily reposes a good deal of confidence in the trial judge’s ability to discharge the gatekeeper function (*Malbæuf*, *supra*). The trial judge addressed himself to the proper legal requirements established in *Mohan*. While he perhaps lingered on the need for a “standard profile”, his reasons taken as a whole suggest that he was simply not persuaded, on the basis of the evidence which the defence chose to put forward, that the *Mohan* requirements had been met. The trial judge’s discharge of his gatekeeper function in the evaluation of the demands of a full and fair trial record, while avoiding distortions of the fact-finding exercise through the introduction of inappropriate expert testimony, deserves a high degree of respect. In this case, there was much in the evidence to support the trial judge’s decision to exclude Dr. Beltrami’s testimony and in my respectful view the majority of the Quebec Court of Appeal erred in interfering with the exercise of his discretion to do so.

L’analyse de l’arrêt *Mohan* place nécessairement une grande confiance dans la capacité du juge du procès de s’acquitter de son rôle de gardien (arrêt *Malbæuf*, précité). Le juge du procès a abordé les exigences juridiques appropriées qui ont été établies dans l’arrêt *Mohan*. Même s’il peut s’être attardé à la nécessité d’un «profil type», ses motifs indiquent, dans l’ensemble, que la preuve que la défense a choisi de présenter ne l’a simplement pas convaincu que les exigences de l’arrêt *Mohan* avaient été respectées. Le fait que le juge du procès a évité que la recherche des faits soit faussée par la présentation d’un témoignage d’expert inapproprié, en exerçant sa fonction de gardien dans l’évaluation des exigences de procès juste et équitable, mérite beaucoup de respect. En l’espèce, une grande partie de la preuve était la décision du juge du procès d’exclure le témoignage du D^r Beltrami, et je suis d’avis que les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont commis une erreur en intervenant dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

IV. Disposition

The appeal is therefore allowed and the conviction entered by the trial judge is restored.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Solicitors for the respondent: Silver, Morena, Montréal.

IV. Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli et la déclaration de culpabilité inscrite par le juge du procès est rétablie.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le substitut du Procureur général, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Silver, Morena, Montréal.