

**L.L.A., The Sexual Assault Care Centre of the Plummer Memorial Public Hospital and Women in Crisis (Algoma) Inc.** *Appellants*

v.

**A.B.** *Respondent*

and

**Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario, the Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF") and the Criminal Lawyers Association** *Interveners*

INDEXED AS: A. (LL) v. B. (A.)

File No.: 24568.

1995: June 16; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

*Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Interlocutory judgment at trial — Third party seeking to appeal that judgment — Whether or not Supreme Court of Canada had jurisdiction to hear appeal — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1).*

*Criminal law — Evidence — Privilege — Medical files and records — Allegation of sexual assault — Complainant counselled by institutions with specialties in sexual assault — Accused demanding production of all records — Whether or not documents subject to class privilege or meeting requirements for ad hoc production — Whether or not production should be ordered, and if so ordered, its nature and extent — Whether or not production infringing Charter right to privacy — Whether or not production infringing Charter right to equality of the sexual assault complainant — Whether or not pro-*

**L.L.A., le Sexual Assault Care Centre du Plummer Memorial Public Hospital et Women in Crisis (Algoma) Inc.** *Appellants*

c.

**A.B.** *Intimé*

et

**Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes («FAEJ») et la Criminal Lawyers Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: A. (LL) c. B. (A.)

N° du greffe: 24568.

1995: 16 juin; 1995: 14 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR DE L'ONTARIO (DIVISION GÉNÉRALE)

*Compétence — Cour suprême du Canada — Jugement interlocutoire au procès — Tiers cherchant à faire appel du jugement — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre l'appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2(1), 40(1).*

*Droit criminel — Preuve — Privilège — Dossiers médicaux — Allégation d'agression sexuelle — Plaignante ayant consulté des établissements spécialisés dans les agressions sexuelles — Accusé demandant la production de tous les dossiers — Les documents font-ils l'objet d'un privilège générique ou satisfont-ils aux exigences d'une production ad hoc? — Y a-t-il lieu d'ordonner la production et, dans l'affirmative, quelles en sont la nature et l'étendue? — La production viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée garanti par la Charte? — La production viole-t-elle le droit de la vic-*

*duction infringing accused's Charter rights to a fair trial and to full answer and defence — Proper balancing of Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 15.*

The respondent was charged with indecently assaulting L.L.A. who, at the time of the alleged incidents, was a child. Before the trial was scheduled to begin, the respondent served subpoenas *duces tecum* on the institutional appellants commanding them to bring to court all records relating to the proceedings and to the appellant L.L.A. At the same time, the respondent served the institutional appellants and the Crown with a notice of motion for an order that the institutional appellants produce to the defence, before the scheduled trial date, all records relating to L.L.A. The motion was adjourned to be dealt with by the trial judge on the scheduled date for the trial to begin. Before that date, the Crown served and filed a notice of application for an order quashing the subpoenas.

The trial judge dismissed the Crown's application to quash the subpoenas. He concluded, with respect to the application for production, that the records were not privileged and ordered that all records sought be produced to the respondent, with the condition that no copies be made. He then granted an adjournment to allow the parties to assess their respective positions. Given the appellants' intention to appeal the order for production, a stay of the order was granted until such time as the appeals were disposed of. The appellants filed notices of appeal and the respondent brought applications to quash them. The Court of Appeal quashed the appeal for want of jurisdiction in a unanimous decision. It held that the appellants had no right to appeal to the Court of Appeal until there had been a final verdict at trial. As a result, the Court of Appeal ordered the production of the documents and directed that the trial proceed. Pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, the appellants applied for leave to appeal to this Court from the trial judge's order for the production of the documents. They also applied for a stay of the trial pending this Court's decision on their appeal. This Court remitted the question of the stay to the trial judge and granted the application for leave to appeal.

This appeal raises two issues. The first issue is whether third parties, here the appellants, can appeal a trial judge's interlocutory ruling in a sexual assault criminal proceeding. As such, it is necessary to determine whether this Court has jurisdiction to entertain this

*time d'agression sexuelle à l'égalité garantie par la Charte? — La production viole-t-elle les droits de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière? — Pondération des droits garantis par la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 15.*

L'intimé a été accusé d'attentat à la pudeur contre L.L.A., qui était une enfant à l'époque des faits allégués. Avant la date fixée pour le procès, l'intimé a assigné les établissements appelants par *subpoenae duces tecum* leur enjoignant de produire en cour tous les dossiers se rapportant à l'instance et à l'appellante L.L.A. En même temps, l'intimé a donné avis aux établissements appelants et au ministère public d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance les obligeant à communiquer à la défense, avant la date fixée pour le procès, tous les dossiers relatifs à L.L.A. La requête a été ajournée pour être entendue par le juge du procès à la date fixée pour le début du procès. Avant cette date, le ministère public a signifié et déposé un avis de requête en cassation des subpoenae.

Le juge du procès a rejeté la requête du ministère public en cassation des subpoenae. Sur la requête en production des dossiers, il a conclu que les dossiers ne bénéficiaient d'aucun privilège et en a ordonné la communication à l'intimé, sous réserve qu'aucune copie n'en soit faite. Il a ensuite ajourné l'audience pour permettre aux parties d'évaluer leur position respective. Vu l'intention des appelants d'interjeter appel de l'ordonnance de production, il a été sursis à l'ordonnance jusqu'à ce qu'il soit statué sur les appels. Les appelants ont déposé des avis d'appel et l'intimé a présenté des requêtes en cassation des appels. La Cour d'appel a, dans une décision unanime, annulé l'appel pour absence de compétence, estimant que les appelants n'avaient pas de droit d'appel à la Cour d'appel avant que soit rendu le verdict définitif au procès. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné la production des documents ainsi que la reprise du procès. En vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, les appelants ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision du juge du procès ordonnant la production des documents. Ils ont également demandé qu'il soit sursis au procès en attendant la décision de la Cour. Notre Cour a renvoyé la question du sursis au juge du procès et a accordé la demande d'autorisation d'appel.

Le pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si des tiers, les appelants en l'espèce, peuvent faire appel d'un jugement interlocutoire rendu par le juge du procès dans le cadre d'une poursuite criminelle pour agression sexuelle. Il faut déterminer si, dans un tel

appeal. The second issue deals with the nature and extent of production to the defence of medical and therapeutic records relating to complainants held by third parties in sexual assault trials.

*Held:* The appeal should be allowed.

### *Jurisdiction*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Major J.J.: Different procedural avenues exist for third parties seeking to appeal an interlocutory order depending on the level of court issuing the order. A provincial court order is to be challenged through an enlarged remedy of *certiorari* which falls within the ambit of superior courts. This decision can then be appealed through the regular channels of the judicial system. Where a court order is issued by a superior court judge, third parties can challenge it by seeking leave to appeal directly to this Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

The appellants, who are third parties in the criminal proceeding, have standing to appeal before this Court. The full scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides for an appeal not only of a "final judgment" but also of "other judgment[s]" and therefore encompasses interlocutory appeals of court orders in criminal matters sought by third parties. Furthermore, an interlocutory order affecting third parties is a final order and, accordingly, s. 40(1) is available to appeal an order of a superior court judge. Finally, s. 2(1) of the *Supreme Court Act*, in its definition of "final judgment", uses the term "any of the parties in controversy" rather than any of the parties in the proceedings. Third parties' substantive rights might be affected by the outcome of the trial judge's order; they are "parties in controversy" before the Court.

While the dismissal by the trial judge of a motion to quash the subpoenas may not open the door to an interlocutory appeal of that order by parties to the proceedings during the trial, the records here subpoenaed were not in the possession of the Crown but in that of third parties. The parties who seek to appeal the order are third parties, not the Crown. No appeal lay to the Court of Appeal but an appeal by third parties did lie to this Court, with leave. Given that this procedure was followed, this Court had jurisdiction to hear the appeal. The complainant, a third party to the proceedings (whether or not an appellant), and the Crown, a party to the proceedings, both have standing in third party

cas, notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi. La seconde question porte sur la nature et l'étendue de la communication à la défense, dans les procès pour agression sexuelle, de dossiers médicaux et thérapeutiques qui concernent des plaignants et qui sont en la possession de tiers.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

### *Compétence*

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Major: Les tiers qui cherchent à appeler d'une ordonnance interlocutoire doivent suivre des procédures différentes selon le tribunal qui a rendu l'ordonnance. Pour contester une ordonnance d'une cour provinciale, il faut procéder par voie de *certiorari* élargi, lequel relève de la compétence des cours supérieures. Il y a appel de cette décision selon les règles ordinaires du système judiciaire. Si l'ordonnance est rendue par un juge d'une cour supérieure, les tiers peuvent la contester en demandant une autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Les appelants, qui sont des tiers à la procédure criminelle, ont qualité pour se pourvoir devant notre Cour. Dans son sens global, le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* porte qu'il peut être interjeté appel de «tout jugement, définitif ou autre», et englobe donc les appels interlocutoires par des tiers contre des ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle. De plus, une ordonnance interlocutoire touchant des tiers est une ordonnance définitive et, en conséquence, le par. 40(1) permet d'interjeter appel d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure. Enfin, le texte anglais du par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême* renvoie à «*any of the parties in controversy*», plutôt qu'à «*any of the parties in the proceedings*». L'ordonnance du juge du procès peut affecter les droits substantiels de tiers; ceux-ci sont donc des «*parties in controversy*» devant la Cour.

Alors que le rejet par le juge du procès d'une requête en cassation des subpoenas n'est pas susceptible de donner lieu à un appel interlocutoire par les parties à l'instance, les dossiers requis par subpoena en l'espèce n'étaient pas en la possession du ministère public mais en celle de tiers. Ce sont des tiers qui cherchent à faire appel de l'ordonnance, non le ministère public. Il ne pouvait y avoir appel devant la Cour d'appel mais les tiers pouvaient se pourvoir devant notre Cour, sur autorisation. Étant donné que cette procédure a été suivie, notre Cour avait compétence pour entendre le pourvoi. Le plaignant, tiers à l'instance (appelant ou non), et le ministère public, partie à l'instance, ont tous deux qua-

appeals. The *audi alteram partem* principle requires that courts provide an opportunity to be heard to those who will be affected by the decisions.

#### *Production of Medical Records held by Third Parties*

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ.: The procedure and substantive law to be followed where the accused seeks the production of therapeutic records in the hands of third parties is set out in *R. v. O'Connor*. The appeal must be allowed as respondent failed to follow the requisite procedure and substantive law but without prejudice to his right to renew his request for production via the procedures developed by this Court in *O'Connor*.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Private records, or records in which a reasonable expectation of privacy lies, may include medical or therapeutic records, school records, private diaries, social worker activity logs, and so on.

A class privilege should not be recognized for private records. Privilege exempts, completely or partially, particular communications arising out of certain defined relationships from disclosure in judicial proceedings. Although the justification for privilege has traditionally been utilitarian, a view based on fundamental individual values, such as privacy, has recently begun to emerge. Nevertheless, privilege is a question of public policy, as it impedes the search for truth, a central objective of our legal system, in order to advance other goals. Notwithstanding several strong arguments of public policy militating in favour of protecting the confidentiality of counsellor-sexual assault complainant communications in criminal trials, a class privilege should not be recognized for private records. The following concerns weigh against the recognition of such a privilege: (1) the truth-finding process of our adversarial trial procedure; (2) the possible relevance of some private records; (3) the accused's right to make full answer and defence; (4) the categories of actors included in a class privilege; and (5) the experience of other countries.

The granting of a case-by-case privilege may be appropriate in some circumstances. Given the nature of the relationship between counsellors and sexual assault complainants, the first three Wigmore criteria will usually be easily met. These relationships are founded on

lité pour agir dans le cadre d'appels formés par des tiers. Le principe *audi alteram partem* exige que les tribunaux accordent aux personnes visées par leurs décisions l'occasion d'être entendues.

#### *Production de dossiers médicaux détenus par des tiers*

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major: La procédure et le droit substantiel à suivre lorsque l'accusé cherche à obtenir la production de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers sont exposés dans l'arrêt *O'Connor*. Le pourvoi doit être accueilli puisque l'intimé n'a pas suivi la procédure ni le droit substantiel applicables, mais sous réserve de son droit de présenter une nouvelle demande de production en suivant la procédure que notre Cour a élaborée dans l'arrêt *O'Connor*.

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les dossiers privés, ou dossiers donnant ouverture à une attente raisonnable en matière de respect de leur caractère privé, peuvent comprendre des dossiers médicaux ou thérapeutiques, des dossiers scolaires, des journaux intimes, des notations de travailleurs sociaux, etc.

La reconnaissance d'un privilège générique pour les dossiers privés n'est pas justifiée. Un privilège empêche la divulgation, en tout ou en partie, de communications particulières découlant de certains rapports définis, lors de procédures judiciaires. Quoique la justification du privilège ait traditionnellement été d'ordre utilitaire, un point de vue fondé sur des valeurs individuelles fondamentales, telle la protection de la vie privée, est récemment apparu. Néanmoins, il s'agit d'une question de principe en ce que le privilège entrave la recherche de la vérité, un objectif central de notre système juridique, afin de promouvoir d'autres buts. Malgré les puissants arguments de principe qui militent en faveur de la protection, dans les procès criminels, du caractère confidentiel des communications entre conseillers et plaignants victimes d'agression sexuelle, il n'y a pas lieu de reconnaître un privilège générique pour les dossiers privés. La reconnaissance en droit criminel d'un tel privilège soulève les préoccupations suivantes: (1) le processus de recherche de la vérité de notre procédure judiciaire contradictoire; (2) la pertinence possible de certains dossiers privés; (3) le droit de l'accusé à une défense pleine et entière; (4) les catégories d'acteurs inclus dans un privilège générique; et (5) l'expérience d'autres pays.

L'octroi d'un privilège, au cas par cas, peut être indiqué dans certaines circonstances. Les trois premiers critères de Wigmore seront en général facilement satisfaits étant donné la nature de la relation entre conseillers et plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

trust and confidence, confidentiality is essential to their maintenance, and the public fosters and supports the relationships. The fourth criterion involves the balancing of the relative values favouring privilege with those favouring production of the records. The determination of whether privilege should be granted in a particular case is based on public policy considerations, as distinct from a balancing of *Charter* rights. While a case-by-case privilege for private records of sexual assault complainants may be recognized in some instances, exceptions to the general evidentiary rule of admissibility and disclosure should not be encouraged. Moreover, this *ad hoc* approach to privilege will not cure the most important ills associated with production of private records, notably the deterrent effect that such production has on reporting and counselling.

A better approach is that advocated in *R. v. O'Connor*, involving a balancing of the sexual assault complainant's *Charter* rights to privacy and equality with the accused's *Charter* rights to a fair trial and to full answer and defence.

When deciding whether to order production of private records held by third parties, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values. The constitutional values involved here are the right to full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality without discrimination.

The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are met: (1) it is shown that the accused cannot obtain the information by any other reasonable means; (2) production that infringes privacy must be limited as reasonably as possible to fulfil the right to make full answer and defence; (3) the arguments urging production rest on permissible chains of reasoning, rather than discriminatory assumptions and stereotypes; and (4) there is proportionality between the salutary and deleterious effects of production. The common law should not accord pre-eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally protected rights. A balance must be struck that places the *Charter* rights of complainants on an equal footing with those of accused persons.

Cette relation se fonde sur la confiance, la confidentialité est essentielle à son maintien et elle a l'appui et le soutien du public. Le quatrième critère renvoie à la pondération des valeurs qui favorisent la reconnaissance d'un privilège et des valeurs qui militent en faveur de la production des dossiers. La décision d'accorder un privilège dans un cas donné se fonde uniquement sur des considérations de principe et n'engage pas une pondération des droits garantis par la *Charte*. Bien qu'il y ait lieu de reconnaître un privilège fondé sur des circonstances particulières de cas précis pour des dossiers privés de plaignants d'agression sexuelle, il ne convient pas d'encourager ces exceptions à la règle générale d'admissibilité et de divulgation de la preuve. De plus, cette approche *ad hoc* ne permettra pas de remédier aux principaux problèmes associés à la production des dossiers privés notamment son effet dissuasif sur le dépôt de plaintes et les demandes de consultation.

Une approche plus appropriée, préconisée dans l'arrêt *O'Connor*, consiste à sopeser les droits du plaignant à la protection de sa vie privée et à l'égalité, garantis par la *Charte*, et les droits de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière, également garantis par la *Charte*.

Lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans le respect des valeurs de la *Charte*. Les valeurs constitutionnelles en jeu dans le présent pourvoi sont le droit de présenter une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité sans discrimination.

L'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront remplis: (1) il est prouvé que l'accusé ne peut pas obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnables; (2) la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière; (3) les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires; et (4) il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la production. La common law ne devrait pas faire prévaloir le droit à un procès équitable sur d'autres droits consacrés par la Constitution. Il faut trouver un équilibre qui place les droits des plaignants en vertu de la *Charte* sur le même pied que ceux des accusés.

The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. The Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records should be notified at this time that the accused will be seeking an order for production of the records.

At the trial, when the accused requests an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the subject of the records. Although the subject's privacy interest does not enter into consideration at this stage, the information must be sought because of its relevance, rather than for illegitimate purposes. Moreover, the accused's demonstration of likely relevance must be based on evidence, not on speculative assertions or on discriminatory or stereotypical reasoning. It may be useful at this stage for the third party to prepare a list of the records in its possession.

If the court is satisfied that the information is likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, if the accused can show that the salutary effects of producing the documents to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production, the judge should so order. Then, after examining the records, the judge should balance the conflicting constitutional rights to determine whether and to what extent production to the defence should be ordered. Only those parts of records that have a significant probative value to the issues at trial or the competence of the witness which is not substantially outweighed by prejudice to the administration of justice or to the witness' privacy and equality rights should be produced.

Even if production is ordered, it must still be determined whether the produced records are admissible.

The court's inquiry into the relevance of the information and its balancing of the competing interests should be made at the time of the trial. Prospective defence witnesses in sexual assault cases, like other potential witnesses in criminal cases, are not obliged to cooperate with either party before the trial, and may not be compelled to provide the defence with a preview of their evidence. Private records of this kind will in most cases be irrelevant and inadmissible. Moreover, the creation

La première étape, pour l'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés détenus par des tiers, consiste à obtenir un *subpoena duces tecum*. Le ministère public, le sujet des dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers, doivent recevoir avis, à ce moment, que l'accusé demandera leur production.

Au procès, lorsque l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait suivre une démarche en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont probablement pertinents soit quant à une question en litige dans l'instance soit quant à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Quoique à cette étape, le droit à la vie privée de cette personne n'entre pas en considération, les renseignements doivent être recherchés pour leur pertinence plutôt que pour des fins illégitimes. De plus, la démonstration par l'accusé que les renseignements sont probablement pertinents doit se fonder sur la preuve et non sur des affirmations spéculatives ou sur un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé. À ce stade, il peut être utile pour le tiers de préparer une liste des dossiers en sa possession.

Si le tribunal est convaincu que les renseignements sont probablement pertinents, l'analyse passe alors à l'étape suivante qui comporte deux volets. D'abord, si l'accusé peut établir que les effets bénéfiques de la production des documents en cour pour inspection sont plus importants que les effets préjudiciables de la production, le juge devrait l'ordonner. Ensuite, après avoir examiné les dossiers, le juge doit pondérer les droits constitutionnels en conflit pour déterminer si, et dans quelle mesure, la communication à la défense devrait être ordonnée. Seules devraient être produites les parties des dossiers ayant une valeur probante qui est importante quant aux points en litige ou quant à l'habilité à témoigner et qui n'est pas substantiellement surpassée par le préjudice à l'administration de la justice ou l'atteinte aux droits du témoin à la protection de sa vie privée et à l'égalité.

Même si la production est ordonnée, il faut encore déterminer si les dossiers produits sont admissibles.

L'examen par le tribunal de la pertinence des renseignements et la pondération des intérêts en jeu devraient être faits au moment du procès. Un témoin de la défense, dans une affaire d'agression sexuelle, comme d'autres témoins éventuels dans des affaires criminelles, n'est pas obligé de collaborer avec l'une ou l'autre partie avant le procès, et ne peut être contraint à donner à la défense un aperçu de sa preuve. Dans la plupart des cas, de tels dossiers privés ne seront pas pertinents et ne

of a pre-trial procedure would inconvenience witnesses, invite fishing expeditions and entail unnecessary delays. Finally, the trial judge would not be in a position, before the beginning of the trial, to determine the relevance, much less the admissibility, of the records sought, or to balance effectively the constitutional rights affected by an order for production.

In this case, the respondent's application for production should not have been entertained before the beginning of the trial. Moreover, no notice was given to L.L.A. who had an interest in the confidentiality of the records. As well, the trial judge erred by ordering the records produced without first determining their likely relevance and balancing the competing *Charter* rights. Ultimately, the respondent's application could not meet the threshold of likely relevance either to the issues at trial or to the competence of the subject of the records, and constituted nothing more than a fishing expedition.

### Cases Cited

By Lamer C.J. and Sopinka J.

**Applied:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

By L'Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78; **considered:** *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226; *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. v. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587; *R. v. Coon* (1991), 74 C.C.C. (3d) 146; *M.(A.) v. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480; *M.(E.) v. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184; *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967); *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (1986); *Commonwealth v. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (1986); *Commonwealth v. Samuels*, 511 A.2d 221 (1986); *Advisory Opinion to the House of Rep-*

seront pas admissibles. De plus, la création d'une procédure préalable aurait pour effet d'incommoder les témoins, encouragerait les recherches à l'aveuglette et occasionnerait des délais inutiles. Enfin le juge du procès ne serait pas en mesure, avant le début de l'instance, de décider de la pertinence, encore moins de l'admissibilité, des dossiers demandés, ou de pondérer efficacement les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production des dossiers.

En l'espèce, la demande de production présentée par l'appelant n'aurait pas dû être traitée au début du procès. De plus, L.L.A. qui avait un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers n'a pas été avisée. En outre, le juge du procès a commis une erreur en ordonnant la production des dossiers sans déterminer d'abord leur pertinence probable et sans pondérer les droits garantis par la *Charte*. Enfin, la demande de l'intimé ne pouvait satisfaire au critère préliminaire de la pertinence probable à l'égard des questions en litige dans l'instance ou à l'égard de l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers, et ne constituait rien de plus qu'une recherche à l'aveuglette.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts appliqués:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78; **arrêt examiné:** *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226; *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. c. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587; *R. c. Coon* (1991), 74 C.C.C. (3d) 146; *M.(A.) c. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480; *M.(E.) c. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184; *Pennsylvania c. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis c. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Washington c. Texas*, 388 U.S. 14 (1967); *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (1986); *Commonwealth c. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (1986); *Commonwealth c. Samuels*, 511 A.2d 221 (1986); *Advisory Opinion to the*

representatives, 469 A.2d 1161 (1983); *Commonwealth v. Wilson*, 602 A.2d 1290 (1992); *People v. Foggy*, 521 N.E.2d 86 (1988); *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Campbell v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065; *Gaskin v. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281; *R. v. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442; *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

*House of Representatives*, 469 A.2d 1161 (1983); *Commonwealth c. Wilson*, 602 A.2d 1290 (1992); *People c. Foggy*, 521 N.E.2d 86 (1988); *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405; *Rogers c. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Campbell c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065; *Gaskin c. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549; *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281; *R. c. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442; *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36; *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 441; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 4(3), 10(1) [repl. 1994, c. 44, s. 86].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 15.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 5, 9.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 140 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1]).  
*Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6.  
*Medical Act*, R.S.Q. 1977, c. M-9, s. 42.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 15.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, ch. C-12, art. 5, 9.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 140 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1]).  
*Evidence Act*, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6.  
*Loi médicale*, L.R.Q. 1977, ch. M-9, art. 42.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2(1), 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(3), 10(1) [rempl. 1994, ch. 44, art. 86].



## Authors Cited

- Blackstone's Criminal Practice*, 3rd ed. By Peter Murphy, editor in chief. London: Blackstone Press, 1993.
- Canada. Canadian Panel on Violence Against Women. *Changing the Landscape: Ending Violence — Achieving Equality*, 1993.
- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Colton, Loretta N. "R. v. *Stinchcombe*: Defining Disclosure" (1995), 40 *McGill L.J.* 525.
- Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 3rd ed. By D. L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1979.
- "Developments in the Law — Privileged Communications" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450.
- Dubbelday, Catharina J. H. "The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved" (1985), 34 *Emory L.J.* 777.
- Fennell, Caroline. *The Law of Evidence in Ireland*. Dublin: Butterworths, 1992.
- Field, David. *The Law of Evidence in Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1988.
- Hogan, Maureen B. "The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling" (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411.
- Joo, Anna Y. "Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor" (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255.
- Langdale, Rachel, and Simeon Maskrey, "Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records" (1994), 24 *Fam. L.* 513.
- Laurence, Michael. "Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege" (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213.
- Ligertwood, Andrew. *Australian Evidence*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1993.
- MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality" (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225.
- MacCrimmon, Marilyn T., and Christine Boyle. "Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials". In Canadian Institute for the Administration of Justice, *Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity*. Montréal: Éditions Thémis, 1995, 81.

## Doctrines citées

- Blackstone's Criminal Practice*, 3rd ed. By Peter Murphy, editor in chief. London: Blackstone Press, 1993.
- Canada. Comité canadien sur la violence faite aux femmes. *Un nouvel horizon: éliminer la violence — atteindre l'égalité*, 1993.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
- Colton, Loretta N. «R. v. *Stinchcombe*: Defining Disclosure» (1995), 40 *R.D. McGill* 525.
- Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 3rd ed. By D. L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1979.
- «Developments in the Law — Privileged Communications» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450.
- Dubbelday, Catharina J. H. «The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved» (1985), 34 *Emory L.J.* 777.
- Fennell, Caroline. *The Law of Evidence in Ireland*. Dublin: Butterworths, 1992.
- Field, David. *The Law of Evidence in Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1988.
- Hogan, Maureen B. «The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling» (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411.
- Joo, Anna Y. «Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor» (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255.
- Langdale, Rachel, and Simeon Maskrey, «Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records» (1994), 24 *Fam. L.* 513.
- Laurence, Michael. «Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege» (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213.
- Ligertwood, Andrew. *Australian Evidence*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1993.
- MacCrimmon, Marilyn T. «Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality» (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225.
- MacCrimmon, Marilyn T., and Christine Boyle. «Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials». Dans Institut canadien d'administration de la justice, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe*. Montréal: Éditions Thémis, 1995, 81.

- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- McLachlin, Beverley. "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- McLachlin, Beverley. «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
- Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
- Morse, Kerry L. "A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741.
- Morse, Kerry L. «A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals» (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741.
- Neuhauser, Maxine Hoffman. "The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors" (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185.
- Neuhauser, Maxine Hoffman. «The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors» (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185.
- Roberts, Julian V. "Criminal Justice Processing of Sexual Assault Cases" (1994), 14:7 *Juristat* 1.
- Roberts, Julian V. «L'administration de la justice pénale dans les cas d'agression sexuelle» (1994), 14:7 *Juristat* 1.
- Saltzburg, Stephen A. "Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists" (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597.
- Saltzburg, Stephen A. «Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists» (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597.
- Scarmeas, Carrie J. "Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege" (1982), 86 *Dick. L. Rev.* 539.
- Scarmeas, Carrie J. «Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege» (1982), 86 *Dick. L. Rev.* 539.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stone, Scott N., and Robert K. Taylor. *Testimonial Privileges*, 2nd ed. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1993.
- Stone, Scott N., and Robert K. Taylor. *Testimonial Privileges*, 2nd ed. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1993.
- Stuesser, Lee. "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 *C.R.* (4th) 67.
- Stuesser, Lee. «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 *C.R.* (4th) 67.
- Tacon, S. A. "A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332.
- Tacon, S. A. «A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332.
- Tessier, Pierre. "La vérité et la justice" (1988), 19 *R.G.D.* 29.
- Tessier, Pierre. «La vérité et la justice» (1988), 19 *R.G.D.* 29.
- United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates* (Hansard), Fifth Series, Vol. 197, Col. 745. Statement by the Lord Chancellor, Viscount Kilmuir, Crown Privilege for Documents and Oral Evidence. London: H.M. Stationery Office, 1956.
- United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates* (Hansard), Fifth Series, Vol. 197, Col. 745. Statement by the Lord Chancellor, Viscount Kilmuir, Crown Privilege for Documents and Oral Evidence. London: H.M. Stationery Office, 1956.
- Weisberg, Robert. "Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges" (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935.
- Weisberg, Robert. «Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges» (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935.
- White, Welsh S. "Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence" (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377.
- White, Welsh S. «Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence» (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Williamson, Kim E. "Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute" (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461.

APPEAL to the Supreme Court of Canada pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, with leave, [1995] 1 S.C.R. viii, from an interlocutory judgment of Loukidelis J. ordering production of documents. Appeal allowed.

*Diane Oleskiw and Freya Kristjanson*, for the appellants.

*Clayton C. Ruby, John Norris, David Paciocco and Chris Thompson*, for the respondent.

*Susan Chapman and Kenneth L. Campbell*, for the intervener Her Majesty the Queen.

*Donna R. Valgardson and Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Marva J. Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Sheena Scott and David Mikelberg*, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

*Anne S. Derrick and Sharon McIvor*, for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario and the Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF").

*Alan D. Gold*, for the intervener the Criminal Lawyers Association.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. was delivered by

<sup>1</sup> LAMER C.J. AND SOPINKA J. — This appeal, along with the companion case of *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, released concurrently, concerns the procedure and substantive law governing the production of sexual assault counselling records in the possession of third parties. In addi-

Williamson, Kim E. «Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute» (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461.

POURVOI à la Cour suprême du Canada, sur autorisation, [1995] 1 R.C.S. viii, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, visant un jugement interlocutoire du juge Loukidelis ordonnant la production de documents. Pourvoi accueilli.

*Diane Oleskiw et Freya Kristjanson*, pour les appelants.

*Clayton C. Ruby, John Norris, David Paciocco et Chris Thompson*, pour l'intimé.

*Susan Chapman et Kenneth L. Campbell*, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine.

*Donna R. Valgardson et Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Marva J. Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Sheena Scott et David Mikelberg*, pour l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

*Anne S. Derrick et Sharon McIvor*, pour les intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes («FAEJ»).

*Alan D. Gold*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER ET LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi, comme le pourvoi connexe *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, rendu simultanément, porte sur la procédure et le droit substantiel qui régissent la production de dossiers de soins socio-psychologiques à la suite d'une agression

tion, the present appeal raises the issue of this Court's jurisdiction to entertain a third party's appeal from a trial judge's interlocutory ruling in a sexual assault trial. On this latter issue, we agree with the decision of our colleague Justice L'Heureux-Dubé.

Our views concerning the procedure and substantive law to be followed where the accused seeks the production of therapeutic records in the hands of third parties are set out in our reasons in *O'Connor*. As the respondent in the instant case has failed to follow the requisite procedure and substantive law, we agree with L'Heureux-Dubé J. that the appeal must be allowed. However, we wish to make it clear that in allowing this appeal, we do not prejudice the right of the respondent to renew his request for production via the procedure and substantive law developed by this Court in *O'Connor*.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises two issues. The first issue is a jurisdictional question as to whether third parties, here the appellants, can appeal a trial judge's interlocutory ruling in a sexual assault criminal proceeding. As such, it is necessary to determine whether this Court has jurisdiction to entertain this appeal. The second issue is substantive in character and deals with the nature and extent of production to the defence of medical and therapeutic records relating to complainants held by third parties in sexual assault trials.

Several fundamental values are at stake in this appeal: the right to full answer and defence, the right to privacy and the right to equality without discrimination.

At the outset, a reference to the relevant statutory provisions and a review of the facts and judgments are in order.

sexuelle, qui sont en la possession d'un tiers. Il soulève en outre la question de la compétence de notre Cour d'entendre l'appel d'un tiers contre une décision interlocutoire rendue dans un procès pour agression sexuelle. Sur cette dernière question, nous sommes d'accord avec la décision de notre collègue le juge L'Heureux-Dubé.

Notre point de vue quant à la procédure et au droit substantiel à appliquer lorsque l'accusé cherche à obtenir la production de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers est exposé dans nos motifs de l'arrêt *O'Connor*. Puisque l'intimé en l'espèce n'a pas suivi la procédure et le droit substantiel applicables, nous partageons l'avis du juge L'Heureux-Dubé que le pourvoi doit être accueilli. Nous voulons toutefois qu'il soit bien compris que, en accueillant le pourvoi, nous ne portons pas atteinte au droit de l'intimé de présenter une nouvelle demande de production selon la procédure et le droit substantiel que notre Cour a élaborés dans l'arrêt *O'Connor*.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève deux questions. La première, d'ordre juridictionnel, est de savoir si des tiers, en l'occurrence les appelants, peuvent en appeler d'un jugement interlocutoire de première instance rendu dans le cadre d'une poursuite criminelle pour agression sexuelle. Il faut, en outre, déterminer si, dans un tel cas, notre Cour a juridiction pour entendre le pourvoi. La seconde question est substantielle et porte sur la nature et l'étendue de la production à la défense, dans les procès pour agression sexuelle, de dossiers médicaux et thérapeutiques qui concernent des plaignantes et qui sont en la possession de tiers.

Plusieurs valeurs fondamentales sont en jeu dans ce pourvoi: le droit à une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

Dès le départ, il y a lieu de reproduire les dispositions législatives applicables et de faire une revue des faits ainsi que des jugements rendus.

## I. Relevant Statutory Provisions

6 The jurisdictional issue concerns the application of s. 40(1) and the definition of "final judgment" in s. 2(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. These provisions read as follows:

2. (1) . . .

"final judgment" means any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding;

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

## II. Facts and Judgments

7 On March 2, 1993, the respondent A.B. was arrested and charged that, between February 15, 1980, and December 31, 1980, in Sault Ste. Marie, he indecently assaulted the appellant L.L.A., then six years of age, contrary to s. 140 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 151).

8 L.L.A. sought counselling at both appellant counselling institutions. The appellant Sexual Assault Care Centre of the Plummer Memorial Public Hospital is a division of the public hospital at which L.L.A. attended for counselling in January, 1992. The appellant Women in Crisis (Algoma) Inc., operating as "Women's Outreach", is a partially publicly funded organization where L.L.A. sought counselling in November, 1992. It provides counselling to adult women who are

## I. Les dispositions législatives applicables

La question juridictionnelle met en cause l'application du par. 40(1) ainsi que la définition du terme «jugement définitif» au par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Ces dispositions sont ainsi libellées:

2. (1) . . .

«jugement définitif» Jugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance.

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

## II. Les faits et les jugements

Le 2 mars 1993, l'intimé A.B. a été arrêté et accusé d'avoir, entre le 15 février 1980 et le 31 décembre 1980, à Sault Ste-Marie, commis un attentat à la pudeur contre l'appelante L.L.A., alors âgée de six ans, contrairement à l'art. 140 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151).

L.L.A. a eu recours aux deux établissements de services de consultation appelants. Le Sexual Assault Care Centre du Plummer Memorial Public Hospital est une division de l'hôpital public où L.L.A. s'est présentée en janvier 1992. L'appellant Women in Crisis (Algoma) Inc., exploité sous le nom de Women's Outreach, est un organisme financé en partie par des fonds publics, auquel L.L.A. s'est adressée en novembre 1992. Il fournit des services de consultation psychologique aux

victims/survivors of sexual abuse, sexual assault, family violence and other types of violence against women.

At the preliminary inquiry on June 2, 1993, the respondent was committed to stand trial. The trial was scheduled to start on February 14, 1994. On February 3, 1994, the respondent served subpoenas *duces tecum* on the appellants Sexual Assault Care Centre and Women's Outreach, commanding them to bring to court, on February 14, 1994, all records relating to the proceedings and to the appellant L.L.A. At the same time, the respondent served the appellants Sexual Assault Care Centre and Women's Outreach as well as the Crown with a notice of motion for an order that the appellants Sexual Assault Care Centre and Women's Outreach produce to the defence, before the scheduled trial date, all records relating to the appellant L.L.A. The motion came before Whalen J. on February 9, 1994, and was adjourned to be dealt with by the trial judge on February 14. On February 10, 1994, the Crown served and filed a notice of application for an order quashing the subpoenas.

On February 14, 1994, Loukidelis J. of the Ontario Court of Justice, General Division, heard both applications separately. He dealt first with the application from the Crown to quash the subpoenas, which he dismissed, concluding that "there may be information at hand that is relevant to the issue". Loukidelis J. then heard the motion from the respondent for production of the records. He held:

In view of the way that these matters were brought before me, the issue is not whether this is a fishing expedition because that is an issue of a bona fide need for the evidence which was subsumed under the question of relevance. This argument advances the issue of privilege.

Loukidelis J. observed that there was no statutory basis for the claim of privilege and that the traditional classes of privilege created by the common law, such as the solicitor-client privilege, were not applicable. He concluded that the records were not privileged and ordered that all records sought be

femmes adultes victimes ou survivantes d'abus sexuel, d'agression sexuelle, de violence familiale et d'autres types de violence contre les femmes.

À l'enquête préliminaire le 2 juin 1993, l'intimé a été renvoyé à procès. Celui-ci a été fixé au 14 février 1994. Le 3 février 1994, l'intimé a assigné par *subpoena duces tecum* les appelants Sexual Assault Care Centre et Women's Outreach, leur enjoignant d'apporter en cour, le 14 février 1994, tous les dossiers se rapportant à l'instance et à l'appelante L.L.A. En même temps, l'intimé a donné avis aux appelants Sexual Assault Care Centre et Women's Outreach, ainsi qu'au ministère public, qu'il présenterait une requête en vue d'obtenir une ordonnance obligeant les appelants Sexual Assault Care Centre et Women's Outreach à communiquer à la défense, avant la date fixée pour le procès, tous les dossiers relatifs à l'appelante L.L.A. La requête a été présentée devant le juge Whalen le 9 février 1994, et fut ajournée pour être entendue par le juge du procès le 14 février. Le 10 février 1994, le ministère public a signifié et déposé un avis de présentation d'une requête en cassation des subpoenae.

Le 14 février 1994, le juge Loukidelis de la Cour de justice de l'Ontario, Division générale, a entendu les deux requêtes séparément. Examinant d'abord la requête en cassation des subpoenae présentée par le ministère public, il l'a rejetée en concluant que [TRADUCTION] «il peut y avoir des renseignements pertinents quant à la question en litige». Le juge Loukidelis a ensuite entendu la requête de l'intimé visant la production des dossiers. Il est arrivé à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Étant donné la façon dont ces problèmes m'ont été présentés, la question n'est pas de savoir si on est en présence d'une partie de pêche puisqu'il s'agit d'une question de preuve véritablement nécessaire abordée sous l'angle de la pertinence. Cet argument soulève la question du privilège.

Le juge Loukidelis a fait observer que le privilège revendiqué ne reposait sur aucun fondement législatif et que les catégories traditionnelles de privilèges issues de la common law, tel le secret professionnel de l'avocat, étaient inapplicables. Ayant donc conclu que les dossiers ne bénéficiaient d'au-