

**L.C. (The Complainant) and the Attorney  
General for Alberta** *Appellants*

v.

**Brian Joseph Mills** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Attorney General of  
Nova Scotia, the Attorney General of  
Manitoba, the Attorney General of British  
Columbia, the Attorney General of Prince  
Edward Island, the Attorney General for  
Saskatchewan, the Canadian Mental Health  
Association, the Canadian Psychiatric  
Association, the Child and Adolescent  
Services Association, the Criminal Lawyers'  
Association (Ontario), the Association  
québécoise des avocats et avocates de la  
défense, the Women's Legal Education and  
Action Fund, the Canadian Civil Liberties  
Association, the Canadian Council of  
Criminal Defence Lawyers, the Alberta  
Association of Sexual Assault Centres and  
the Sexual Assault Centre of  
Edmonton** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MILLS

File No.: 26358.

1999: January 19; 1999: November 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory,\* McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and  
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE ALBERTA COURT OF  
QUEEN'S BENCH

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Right to fair trial — Right to make full  
answer and defence — Right to privacy — Right to*

\*Cory J. took no part in the judgment.

**L.C. (la plaignante) et le procureur général  
de l'Alberta** *Appellants*

c.

**Brian Joseph Mills** *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général de la Nouvelle-Écosse, le procureur  
général du Manitoba, le procureur général  
de la Colombie-Britannique, le procureur  
général de l'Île-du-Prince-Édouard, le  
procureur général de la Saskatchewan,  
l'Association canadienne pour la santé  
mentale, l'Association des psychiatres du  
Canada, la Child and Adolescent Services  
Association, la Criminal Lawyers'  
Association (Ontario), l'Association  
québécoise des avocats et avocates de la  
défense, le Fonds d'action et d'éducation  
juridiques pour les femmes, l'Association  
canadienne des libertés civiles, le Conseil  
canadien des avocats de la défense, l'Alberta  
Association of Sexual Assault Centres et le  
Sexual Assault Centre of  
Edmonton** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MILLS

N° du greffe: 26358.

1999: 19 janvier; 1999: 25 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-  
Dubé, Gonthier, Cory\*, McLachlin, Iacobucci, Major,  
Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DE  
L'ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Droit à un procès équitable — Droit à  
une défense pleine et entière — Droit à la vie privée —*

\*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

*equality — Sexual offences — Production of records to accused — Balancing of rights and interests: privacy, equality and full answer and defence — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings infringing ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified — Whether constitutional challenge premature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.*

*Criminal law — Sexual offences — Production of records to accused — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.*

The accused was charged with one count of sexual assault and one count of unlawful sexual touching. On the scheduled day of the trial, the Crown provided the accused with a statement of the complainant L.C. Counsel for the accused also obtained partial disclosure of therapeutic records and notes relating to the complainant that were in the possession of a counselling organization. Counsel for the accused later sought production of records relating to the complainant held by a psychiatrist and a child and adolescent services association. The trial judge then informed the parties that on May 12, 1997, Bill C-46 was proclaimed into force and amended the *Criminal Code* to include ss. 278.1 to 278.91, which deal with the production of records in sexual offence proceedings. The accused brought a constitutional challenge attacking the validity of these provisions on the basis that they violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge concluded that the new *Criminal Code* provisions infringed the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and, in a separate judgment, ruled that the impugned provisions were not saved by s. 1 of the *Charter*.

*Held* (Lamer C.J. dissenting in part): The appeal should be allowed. Sections 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* are constitutional.

*Droit à l'égalité — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Évaluation de droits et d'intérêts en matière de vie privée, d'égalité et de défense pleine et entière — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel portent-elles atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — La contestation constitutionnelle est-elle prématurée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.*

*Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel sont-elles inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.*

L'accusé devait répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. À la date prévue pour la tenue du procès, le ministère public a remis à l'accusé une déclaration de la plaignante L.C. L'avocat de l'accusé a aussi obtenu une communication partielle des dossiers thérapeutiques et des notes relatives à la plaignante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation. Par la suite, l'avocat de l'accusé a demandé la communication de dossiers relatifs à la plaignante qui étaient en la possession d'un psychiatre et d'une association offrant des services aux enfants et aux adolescents. Le juge du procès a alors informé les parties que le projet de loi C-46 (ci-après «loi C-46») était entré en vigueur le 12 mai 1997 et qu'il modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91, qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. L'accusé a contesté la constitutionnalité de ces dispositions en faisant valoir qu'elles violaient l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et il a décidé, dans un jugement distinct, que les dispositions attaquées n'étaient pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer est dissident en partie): Le pourvoi est accueilli. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel* sont conformes à la Constitution.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: To challenge the constitutionality of the impugned legislation, the accused need not prove that the legislation would probably violate his right to make full answer and defence. It is sufficient that he establish that the legislation is unconstitutional in its general effect. In determining whether a constitutional challenge is premature, one must ask whether the record provides sufficient facts to permit a court to adjudicate properly the issues raised. The record in this case contains sufficient facts to resolve the issues posed by the present appeal and the constitutional challenge is therefore not premature. A determination that the legislation at issue in this appeal is unconstitutional in its general effect involves an assessment of its effects under reasonable hypothetical circumstances.

Although the procedure governing the production of private records of complainants in sexual assault proceedings set out in Bill C-46 differs significantly from the *O'Connor* regime, it does not follow that Bill C-46 is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it meets the required constitutional standards. A posture of respect towards Parliament has been adopted by the courts. The relationship between the courts and the legislature should be one of dialogue. The courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms. Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups, especially in the context of sexual violence. While it is the role of the courts to specify constitutional standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards. In adopting Bill C-46, Parliament sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, to encourage the reporting of incidents of sexual violence, to recognize the impact of the production of personal information on the efficacy of treatment, and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused. Parliament may also be understood to be recognizing "horizontal" equality concerns, where women's inequality results from the acts of other individuals and groups rather than the state.

At issue in the present case is whether the procedure established in Bill C-46 violates the principles of fundamental justice. Two principles of fundamental justice seem to conflict: the right to full answer and defence

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour contester la constitutionnalité de la mesure législative en cause, l'accusé n'a pas à prouver qu'elle porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il lui suffit d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale. Pour déterminer si une contestation constitutionnelle est prématurée, il faut se demander si le dossier contient suffisamment de faits pour permettre au tribunal de bien trancher les questions soulevées. En l'espèce, le dossier contient suffisamment de faits pour trancher les questions soulevées par le pourvoi et la contestation constitutionnelle n'est donc pas prématurée. Pour déterminer si la mesure législative en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables.

Bien que la procédure que la loi C-46 établit relativement à la communication des dossiers privés de plaignants dans des procédures en matière d'agression sexuelle diffère sensiblement du régime prévu par l'arrêt *O'Connor*, il ne s'ensuit pas que la loi C-46 est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu qu'il respecte les normes constitutionnelles requises. Les tribunaux ont adopté une attitude de respect envers le législateur. Les rapports entre les tribunaux et le législateur doivent être caractérisés par le dialogue. Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés. Le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables, particulièrement dans le contexte de la violence sexuelle. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser les normes constitutionnelles, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. En adoptant la loi C-46, le législateur a cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénonciation des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d'égalité «horizontale» lorsque l'inégalité des femmes résulte d'actes accomplis par d'autres personnes et groupes plutôt que par l'État.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la procédure établie par la loi C-46 viole les principes de justice fondamentale. Deux principes de justice fondamentale semblent entrer en conflit: le droit à une

and the right to privacy. Neither right may be defined in such a way as to negate the other and both sets of rights are informed by the equality rights at play in this context. No single principle is absolute and capable of trumping the others; they must all be defined in light of competing claims. A contextual approach to the interpretation of rights should be adopted as they often inform, and are informed by, other rights at issue in the circumstances. It is important, however, to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the violation of these boundaries may be justified. In this context, the right to make full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality must be defined.

The right of an accused to make full answer and defence is crucial to ensuring that the innocent are not convicted. In the context of records production, it is important not to place the accused in a Catch-22 situation as often the accused may be in the difficult position of making submissions regarding the importance to full answer and defence of records that he or she has not seen. The accused's right to make full answer and defence must be understood in light of other principles of fundamental justice which may embrace interests and perspectives beyond those of the accused. In this context, full answer and defence does not include the right to evidence that would distort the search for truth inherent in the trial process.

An order for the production of records made pursuant to ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The reasonable expectation of privacy or right to be left alone by the state protected by s. 8 includes the ability to control the dissemination of confidential information. Privacy is also necessarily related to many fundamental human relations. The therapeutic relationship is one that is characterized by trust, an element of which is confidentiality. The protection of the complainant's reasonable expectation of privacy in her therapeutic records protects the therapeutic relationship and the mental integrity of complainants and witnesses. Security of the person is violated by state action interfering with an individual's mental integrity. Therefore, in cases where a therapeutic relationship is threatened by the disclosure of private records, security of the person and not just privacy is implicated. The right to privacy is one which

défense pleine et entière et le droit à la vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; ils doivent tous être définis à la lumière de revendications opposées. Il y a lieu de donner à ces droits une interprétation fondée sur le contexte parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits en cause dans les circonstances. Il importe, cependant, d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité doivent être définis dans ce contexte.

Le droit d'un accusé à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. Dans le contexte de la communication de dossiers, il est important de ne pas placer l'accusé dans une situation sans issue, car souvent il peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière doit être interprété en fonction des autres principes de justice fondamentale qui peuvent englober des intérêts et des points de vue autres que ceux de l'accusé. Dans ce contexte, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ou le droit de ne pas être importuné par l'État que garantit l'art. 8 comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. La vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve la relation thérapeutique et l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. L'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y a

may be limited as reasonable searches and seizures are permitted by s. 8 of the *Charter*. Given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice it may be inferred that a reasonable search or seizure is consistent with the principles of fundamental justice and accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right. The accused will have no right to the records in question insofar as they contain information that is either irrelevant or would serve to distort the search for truth. On the other hand, the accused's right must prevail where the lack of disclosure or production of the record would render him unable to make full answer and defence. Between these extremes lies a spectrum of possibilities regarding where to strike a balance between these competing rights in any particular context. Full answer and defence will be more centrally implicated where the information contained in a record is part of the case to meet or where its potential probative value is high. Privacy rights will be most directly at stake where a record concerns aspects of one's individual identity or where confidentiality is crucial to a therapeutic or trust-like relationship.

Equality concerns must also inform the contextual circumstances in which the rights of full answer and defence and privacy will come into play. An appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence is essential to delineate properly the boundaries of full answer and defence. An appreciation of the equality dimensions of record production in cases concerning sexual violence highlights the need to balance privacy and full answer and defence in a manner that fully respects the privacy interests of complainants.

The definition of the records subject to Bill C-46 is not overly broad as the legislation only applies to records in which there is a reasonable expectation of privacy. The legislation is therefore consistent with the definition of privacy rights under s. 8 of the *Charter*. Documents falling within the ambit of Bill C-46 may or may not be ordered to be disclosed to the accused pursuant to the legislative regime. It is therefore the procedures established by Bill C-46 and not the spectrum of

de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée. Le droit à la vie privée est un droit qui peut être limité étant donné que l'art. 8 de la *Charte* permet les fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Étant donné que l'art. 8 vise une application particulière des principes de justice fondamentale, on peut en déduire qu'une fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale et tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant. L'accusé n'a pas droit aux dossiers en cause dans la mesure où ils contiennent des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui contribueraient à fausser la recherche de la vérité. Par contre, le droit de l'accusé doit l'emporter lorsque l'omission de communiquer le dossier le rend incapable de présenter une défense pleine et entière. Il existe, entre ces extrêmes, un éventail de possibilités quant à l'équilibre à atteindre entre ces droits opposés dans un contexte particulier. Le droit à une défense pleine et entière est impliqué plus directement si les renseignements contenus dans un dossier font partie de la preuve du ministère public ou si leur valeur probante est élevée. Le droit à la vie privée est le plus directement touché lorsqu'un dossier porte sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à une autre relation également fondée sur la confiance.

Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. Une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Une appréciation des répercussions, sur le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants.

La définition des dossiers visés par la loi C-46 n'est pas trop large étant donné que cette mesure législative ne s'applique qu'aux dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La mesure législative est donc compatible avec la définition des droits en matière de vie privée garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Les documents qui relèvent de la loi C-46 peuvent faire l'objet d'une ordonnance de communication à l'accusé, conformément au régime que cette loi établit. C'est donc la procédure établie par la loi C-46, et non la gamme de dossiers soumis à cette

records subject to these procedures that will determine the fairness or constitutionality of the legislation.

The mere fact that s. 278.2 of the *Criminal Code* prevents the automatic disclosure of all relevant and non-privileged information in the possession of the Crown does not deprive the accused of his right to full answer and defence. This provision does not by itself deny access to documents to which the defence is constitutionally entitled. It was open for Parliament to determine what procedure was to be followed where third party records were in the possession of the Crown without the existence of an express waiver. Crown possession or control of such records cannot be equated with a total loss of any reasonable expectation of privacy. Although the Crown can obtain private records through a search warrant or subpoena while the accused, in the absence of an express waiver, can only apply for the documents under Bill C-46, s. 278.2 of the *Criminal Code* does not provide the Crown with an unconstitutional advantage. It is constitutionally permissible for the Crown to be subject to different treatment, to different procedures, or even to end up with documents that the accused has not seen, as long as the accused can make full answer and defence and the trial is fundamentally fair. Any unfairness to the accused is offset by the provision that requires disclosure to the defence if the protection of the legislation is waived and the requirement under s. 278.2(3) that the prosecutor notify the accused of the private documents in his or her possession. A fully informed complainant may waive the protection of the legislation by express declaration or by voluntarily providing records to the Crown. The fact that the Crown may possess documents that the accused has not seen does not violate s. 7 of the *Charter* as the remainder of Bill C-46 gives the accused sufficient access to all relevant documents.

Section 278.3(4) of the *Criminal Code*, which lists a series of assertions that cannot on their own establish that a record is likely relevant, does not violate s. 7 of the *Charter*. The purpose of this provision is to prevent speculative and unmeritorious requests for production. It does not entirely prevent an accused from relying on the factors listed, but simply prevents reliance on bare assertions of the listed matters where there is no other evidence and they stand on their own. This provision prevents speculative myths, stereotypes, and generalized assumptions about sexual assault victims and classes of

procédure, qui détermine l'équité ou la constitutionnalité de la mesure législative.

Le simple fait que l'art. 278.2 du *Code criminel* empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public ne prive pas l'accusé de son droit à une défense pleine et entière. Cette disposition ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Il était loisible au législateur de déterminer la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. On ne saurait assimiler la possession ou le contrôle de tels dossiers par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Bien que le ministère public puisse obtenir des dossiers privés au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation, alors qu'en l'absence de renonciation expresse l'accusé ne peut que présenter une demande fondée sur la loi C-46 en vue d'obtenir ces documents, l'art. 278.2 du *Code criminel* ne confère pas au ministère public un avantage inconstitutionnel. Il est constitutionnellement acceptable que le ministère public fasse l'objet d'un traitement différent, d'une procédure différente, ou même qu'il se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable. Toute iniquité envers l'accusé est supprimée par la disposition qui prescrit la divulgation à la défense en cas de renonciation à la protection de la mesure législative et par l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant informe l'accusé des documents privés qu'il a en sa possession. Un plaignant peut renoncer, en toute connaissance de cause, à la protection de la mesure législative au moyen d'une déclaration expresse ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public. Le fait que le ministère public puisse posséder des documents que l'accusé n'a pas vus ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* et les autres dispositions de la loi C-46 donnent à l'accusé un accès suffisant à tous les documents pertinents.

Le paragraphe 278.3(4) du *Code criminel*, qui énumère une série d'affirmations qui ne sont pas susceptibles en soi d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent, ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Cette disposition a pour objet d'empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées. Elle n'empêche pas totalement l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l'empêcher d'invoquer de simples affirmations au sujet des questions énumérées, lorsqu'il n'y a pas d'autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être

records from forming the entire basis of an otherwise unsubstantiated order for production of private records. Where any one of the listed assertions is made and supported by the required evidentiary and informational foundation, the trial judge remains the ultimate arbiter in deciding whether the likely relevance threshold is met.

In s. 278.5(1) of the *Criminal Code* Parliament supplemented the “likely relevant” standard for production to the judge proposed in *O’Connor* with the further requirement that production be “necessary in the interests of justice”. This new standard is the result of a lengthy consultation process and is a notable example of the dialogue between the judicial and legislative branches. Under the new provision a trial judge is required to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused’s right to make full answer and defence and on the rights to privacy and equality of the complainant or witness. Once likely relevance is established, the fact that a consideration of the rights and interests of those affected by production to the court might result in production not being ordered does not necessarily render the legislation unconstitutional. The non-disclosure of third party records with a high privacy interest that may contain relevant evidence will not compromise trial fairness where such non-disclosure would not prejudice the accused’s right to full answer and defence. The criterion that production to the court be necessary in the interests of justice invests the trial judge with the discretion to consider the full range of rights and interests at issue before ordering production, in a manner scrupulously respectful of the requirements of the *Charter*. If the judge concludes that it is necessary to examine the documents at issue in order to determine whether they should be produced to enable the accused to make full answer and defence, then production to the judge is necessary in the interests of justice. Likewise if the judge is left uncertain about whether the production of the documents is necessary to make full answer and defence, then the judge should rule in favour of inspecting the document.

In determining whether production is necessary in the interests of justice, the judge need not engage in a

considerés en soi. Cette disposition empêche que les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d’agression sexuelle et des catégories de dossiers ne constituent le seul fondement d’une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée. Lorsqu’une des affirmations énumérées est faite et qu’elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès demeure l’arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable est franchi.

Au paragraphe 278.5(1) du *Code criminel*, le législateur a complété la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l’arrêt *O’Connor*, par l’exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice». Cette nouvelle norme résulte d’un long processus de consultation et est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. En vertu de la nouvelle disposition, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l’accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et à l’égalité du plaignant ou du témoin. Une fois que la pertinence vraisemblable est établie, le fait que l’examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible d’entraîner le refus d’ordonner la communication ne rend pas nécessairement la mesure législative inconstitutionnelle. La non-communication des dossiers de tiers qui font l’objet d’un intérêt élevé en matière de vie privée et qui peuvent contenir des éléments de preuve pertinents ne compromet pas l’équité du procès lorsqu’elle ne préjudicie pas au droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Le critère selon lequel la communication au tribunal doit servir les intérêts de la justice confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d’une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d’ordonner la communication. Si le juge conclut qu’il est nécessaire d’examiner les documents en cause pour déterminer s’ils devraient être communiqués à l’accusé afin de lui permettre de présenter une défense pleine et entière, la communication au juge sert alors les intérêts de la justice. De même, si le juge n’est pas certain que la communication des documents soit nécessaire à la présentation d’une défense pleine et entière, celui-ci doit alors décider d’examiner le document.

Pour déterminer si la communication sert les intérêts de la justice, le juge n’a pas à entreprendre une évalua-

conclusive and in-depth analysis of each of the factors listed in s. 278.5(2). The provision merely requires that the judge take these factors into account. Even at this early stage, the analysis required can have a sufficient evidentiary basis through Crown disclosure, defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and trial, and expert evidence. In addition to the evidentiary foundation of a case, considerations such as the nature of the records sought and the manner in which these records were taken will often provide trial judges with sufficient information to be able to consider and take into account the factors listed in s. 278.5(2) and fulfil the requirements of s. 278.5(1).

When determining whether production of part or all of the impugned record to the accused is necessary in the interests of justice under s. 278.7(1) of the *Criminal Code*, trial judges are only asked to take into account the factors listed in s. 278.5(2) and are not required to rule conclusively on each factor. Trial judges are also not required to determine whether factors relating to the privacy and equality of the complainant or witness outweigh factors relating to the accused's right to full answer and defence. The inclusion of societal interest factors in the analysis does not alter the constitutional balance established in *O'Connor*. The requirement that the judge consider the effect of the determination on the integrity of the trial process relates to whether the search for truth would be advanced by the production of the records in question or whether the material would introduce discriminatory biases and beliefs into the fact-finding process. The scheme created by Parliament permits judges to exercise wide discretion and consider a variety of factors in order to preserve the complainant's privacy and equality rights to the maximum extent possible, and also ensure that the accused has access to the documents required to make full answer and defence.

*Per* Lamer C.J. (dissenting in part): Although Bill C-46 complies with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* as it applies to the production of records in the possession of third parties, ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) of the *Criminal Code* infringe these *Charter* provisions as they apply to records in the Crown's possession or control. Parliament was unquestionably free to fashion a legislative scheme to address the issue of the procedure applicable to the production of records in the Crown's possession in the absence of an express waiver. However,

tion définitive et approfondie de chacun des facteurs énumérés au par. 278.5(2). La disposition exige simplement que le juge tienne compte de ces facteurs. Même à cette étape initiale, l'analyse requise peut être étayée par un fondement probatoire suffisant établi au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert. Outre le fondement probatoire d'une affaire, des éléments comme la nature des dossiers demandés et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu'il puisse prendre en considération les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en tenir compte, et pour qu'il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1).

Pour décider si la communication à l'accusé de la totalité ou d'une partie du dossier contesté sert les intérêts de la justice, au sens du par. 278.7(1) du *Code criminel*, le juge du procès n'est requis que de tenir compte des facteurs énumérés au par. 278.5(2) et n'est pas tenu de se prononcer de façon définitive sur chacun de ceux-ci. Il n'est pas non plus tenu de décider si les facteurs relatifs au droit à la vie privée et au droit à l'égalité du plaignant ou du témoin l'emportent sur ceux concernant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'inclusion des facteurs de l'intérêt de la société dans l'analyse ne modifie pas l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. L'exigence que le juge prenne en considération l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire a trait à la question de savoir si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité ou si les documents en cause introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l'appréciation des faits. Le régime créé par le législateur permet aux juges d'exercer un large pouvoir discrétionnaire et d'examiner divers facteurs afin de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant et de veiller à ce que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

*Le* juge en chef Lamer (dissident en partie): Bien que la loi C-46 soit conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, les al. 278.3(3)b) et 278.5(1)b) du *Code criminel* portent atteinte à ces dispositions de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de la question de la procédure applicable à la communication de



the legislative means chosen are not impeccably consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The Crown's constitutional and ethical duty to disclose all information in its possession reasonably capable of affecting the accused's ability to raise a reasonable doubt flows from the right to make full answer and defence, which is itself a principle of fundamental justice protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The duty of disclosure is premised on the presumption that material in the Crown's possession has probative value. The requirement in Bill C-46 that the accused must prove the relevance of records that form part of the case to meet is a serious incursion on the meaningful exercise of the right to make full answer and defence. By displacing the presumption of relevance and increasing the relevance threshold, ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) of the *Code* give the Crown a distinct advantage over the defence, as it holds information that the accused must surmount a significant obstacle to obtain. These provisions therefore infringe the accused's right to a fair trial.

The infringement of ss. 7 and 11(d) is not justified by s. 1 of the *Charter*. Sections 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) fail to protect the privacy and equality rights of complainants and witnesses in sexual assault trials in a manner that minimally impairs the right of an accused to make full answer and defence. The burden on the accused to demonstrate likely relevance is more intrusive than reasonably necessary to achieve the important legislative goals. In addition, the risk of suppressing relevant evidence and of convicting an innocent person outweighs the salutary effects of the impugned provisions on privacy and equality rights. A combination of reading down and reading in new language is the most appropriate way to vindicate the *Charter* rights at issue. Sections 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) should be read as not applying to records in the possession or control of the prosecutor in the proceedings. The existing principles for Crown disclosure as enunciated in *Stinchcombe* and *O'Connor* would partially apply instead of those paragraphs, such that the Crown would have the opportunity to show the trial judge that the documents are irrelevant or privileged. If the Crown is unable to discharge this burden, then the records should, to protect the complainant's privacy rights, be disclosed to the trial judge rather than the accused if the trial judge is satisfied that the other requirements in s. 278.5(1) and (2) are met. The second stage of the legislative regime — judi-

dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Toutefois, les moyens choisis par le législateur ne sont pas irréprochablement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. L'obligation constitutionnelle et déontologique qu'a le ministère public de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable découle du droit à une défense pleine et entière, qui est lui-même un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. L'exigence de la loi C-46 que l'accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l'exercice utile du droit à une défense pleine et entière. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) du *Code* confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu'il détient des renseignements pour l'obtention desquels l'accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) n'est pas justifiée par l'article premier de la *Charte*. Les alinéas 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) ne protègent pas les droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'obligation qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence vraisemblable est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs importants dont il est question. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. Les alinéas 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) ne devraient pas être interprétés comme ne s'appliquant pas aux dossiers en la possession ou sous le contrôle du poursuivant. Les principes applicables à la divulgation par le ministère public, énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés. Si le ministère public est incapable de

cial examination of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused — would then proceed according to the criteria in ss. 278.6 to 278.91.

s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé, afin de protéger le droit à la vie privée du plaignant. La deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91.

### Cases Cited

By McLachlin and Iacobucci JJ.

**Considered:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. v. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. v. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. v. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. v. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. v. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. v. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. v. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. v. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Inves-*

### Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Iacobucci

**Arrêt examiné:** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145;

*tigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission*), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. v. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. v. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. v. Stromner* (1997), 205 A.R. 385; *R. v. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. v. J.S.P.*, B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997.

By Lamer C.J. (dissenting in part)

*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8 to 14, 11(d), 15(1), 28.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91 [ad. 1997, c. 30, s. 1].  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 3; am. 1990, c. 8, s. 37].

#### Authors Cited

Busby, Karen. "Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases" (1997), 9 *C.J.W.L.* 148.  
 Busby, Karen. "Third Party Records Cases Since *R. v. O'Connor*: A Preliminary Analysis". A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. c. Stromner* (1997), 205 A.R. 385; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver nos CC970130 et CC960237, 15 mai 1997.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident en partie)

*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8 à 14, 11d), 15(1), 28.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91 [aj. 1997, ch. 30, art. 1].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 3; mod. 1990, ch. 8, art. 37].

#### Doctrine citée

Busby, Karen. «Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148.  
 Busby, Karen. «Third Party Records Cases Since *R. v. O'Connor*: A Preliminary Analysis». A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

Feldman, David J. "Privacy-related Rights and their Social Value". In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 15.

Fried, Charles. "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475.

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Holmes, Heather J. "An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71.

Kelly, Katharine D. "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178.

Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

Rachels, James. "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from judgments of the Alberta Court of Queen's Bench (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277, 205 A.R. 321, 12 C.R. (5th) 138, 47 C.R.R. (2d) 104, [1998] 4 W.W.R. 83, [1997] A.J. No. 891 (QL), and (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301, 207 A.R. 161, 12 C.R. (5th) 163, 47 C.R.R. (2d) 237, [1998] 4 W.W.R. 107, [1997] A.J. No. 1036 (QL). Appeal allowed, Lamer C.J. dissenting in part.

*Mary A. Marshall and Teresa L. Meadows*, for the appellant L.C.

*James A. Bowron*, for the appellant the Attorney General for Alberta.

*Dennis Edney and Robert Shaigec*, for the respondent.

*Graham M. Garton, Q.C.*, and *Donna Valgardson*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Feldman, David J. «Privacy-related Rights and their Social Value». In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 15.

Fried, Charles. «Privacy» (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475.

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Holmes, Heather J. «An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 71.

Kelly, Katharine D. «"You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178.

Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

Rachels, James. «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre des jugements de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277, 205 A.R. 321, 12 C.R. (5th) 138, 47 C.R.R. (2d) 104, [1998] 4 W.W.R. 83, [1997] A.J. No. 891 (QL), et (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301, 207 A.R. 161, 12 C.R. (5th) 163, 47 C.R.R. (2d) 237, [1998] 4 W.W.R. 107, [1997] A.J. No. 1036 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer est dissident en partie.

*Mary A. Marshall et Teresa L. Meadows*, pour l'appelante L.C.

*James A. Bowron*, pour l'appelant le procureur général de l'Alberta.

*Dennis Edney et Robert Shaigec*, pour l'intimé.

*Graham M. Garton, c.r.*, et *Donna Valgardson*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Susan Chapman and Christine Bartlett-Hughes*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Daniel Grégoire and Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Denise C. Smith*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

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

*W. J. Scott Bell*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Catherine C. Flanagan*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Aleck H. Trawick, Q.C.*, and *Emi Bossio*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

*Brian A. Crane, Q.C.*, for the intervener the Canadian Psychiatric Association.

*Bruce F. Hughson and Claire M. Klassen*, for the intervener the Child and Adolescent Services Association.

*David M. Porter and Danielle T. Miller*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Guy Cournoyer*, for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

*Anne S. Derrick and Peggy Kobly*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

*Patricia D. S. Jackson and Sherri A. Pinsler*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Susan Chapman et Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Daniel Grégoire et Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Denise C. Smith*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

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

*W. J. Scott Bell*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Catherine C. Flanagan*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Aleck H. Trawick, c.r.*, et *Emi Bossio*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

*Brian A. Crane, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada.

*Bruce F. Hughson et Claire M. Klassen*, pour l'intervenante la Child and Adolescent Services Association.

*David M. Porter et Danielle T. Miller*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Guy Cournoyer*, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

*Anne S. Derrick et Peggy Kobly*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Patricia D. S. Jackson et Sherri A. Pinsler*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*David M. Paciocco*, for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

*Sheilah Martin, Q.C.*, for the intervener the Alberta Association of Sexual Assault Centres.

*Dale Gibson and Ritu Khullar*, for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — The issue in this appeal is whether Bill C-46 (now S.C. 1997, c. 30) strikes the appropriate constitutional balance between protecting the accused's right to a fair trial and the privacy and equality rights of complainants and witnesses when an accused seeks access to their confidential records in sexual assault proceedings. While I agree with McLachlin and Iacobucci JJ.'s finding that Bill C-46 complies with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as it applies to the production of records in the possession of third parties, I take a different view of the legislative regime's approach to records in the hands of the Crown. In my opinion, Bill C-46's treatment of records that form part of the case to meet tips the balance too heavily in favour of privacy to the detriment of the accused's right to make full answer and defence.

As my colleagues have explained, s. 278.2(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, extends the application of the legislative scheme for the production of therapeutic records to documents in the Crown's possession or control. If the complainant or witness expressly waives the protection of the legislation, then the records may be produced to the accused as at common law according to the principles in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Absent waiver, however, Bill C-46 requires the accused to submit to the same two-stage procedure

*David M. Paciocco*, pour l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

*Sheilah Martin, c.r.*, pour l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres.

*Dale Gibson et Ritu Khullar*, pour l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident en partie) — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le projet de loi C-46 (maintenant L.C. 1997, ch. 30) (ci-après «loi C-46») établit un juste équilibre constitutionnel entre la protection du droit de l'accusé à un procès équitable et celle des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins quand l'accusé cherche à avoir accès à leurs dossiers confidentiels dans des poursuites relatives à une agression sexuelle. Bien que je sois d'accord avec la conclusion des juges McLachlin et Iacobucci que la loi C-46 est conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, j'adopte un point de vue différent en ce qui a trait à la façon dont le régime législatif aborde les dossiers en la possession du ministère public. À mon avis, la façon dont la loi C-46 traite les dossiers qui font partie de la preuve du ministère public fait trop pencher la balance en faveur du droit à la vie privée au détriment du droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Comme l'ont expliqué mes collègues, le par. 278.2(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étend le régime législatif applicable à la communication de dossiers thérapeutiques aux documents en la possession ou sous le contrôle du ministère public. Si le plaignant ou le témoin renonce expressément à la protection de la mesure législative, les dossiers peuvent alors être communiqués à l'accusé conformément à la common law, selon les principes établis dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

En l'absence de renonciation, la loi C-46 exige toutefois que l'accusé suive la même procédure en

1

2

3

for production applicable to records held by third parties: disclosure to the trial judge and production to the accused. The first stage obliges the accused to establish that the record in the Crown's possession is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" (ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b)). The trial judge must also decide whether disclosure to the court is "necessary in the interests of justice" and consider the salutary and deleterious effects of production on the accused's right to make full answer and defence, and on the complainant's or witness's right to privacy and equality (s. 278.5(1)(c) and 278.5(2)). If the first step is satisfied, the second stage involves judicial inspection of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused (ss. 278.6 to 278.91).

deux étapes applicable à la communication de dossiers en la possession de tiers: communication au juge du procès et communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier en la possession du ministère public est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» (al. 278.3(3)b) et 278.5(1)b)). Le juge du procès doit également décider si la communication au tribunal «sert les intérêts de la justice» et prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière de même que sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin (al. 278.5(1)c) et par. 278.5(2)). Si la première étape est franchie, la deuxième étape comporte un examen des documents par le juge pour décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé (art. 278.6 à 278.91).

4

My colleagues observe that the majority in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, did not comment on the procedure applicable to the production of records which the Crown possesses in the absence of an express waiver. Parliament was unquestionably free to fashion a legislative scheme to address this issue. I agree entirely with the appellant L.C.'s submission that the courts' creation of a common law procedure for production does not curtail Parliament's jurisdiction to modify that scheme, particularly after having the benefit of evaluating its impact. However, I cannot agree with my colleagues that the legislative means chosen are impeccably consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Mes collègues font remarquer que les juges majoritaires, dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, n'ont pas fait de commentaires sur la procédure applicable à la communication de dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de cette question. Je suis entièrement d'accord avec l'argument de l'appelante L.C. que l'établissement par les tribunaux d'une procédure de common law en matière de communication ne restreint pas le pouvoir du législateur de modifier ce régime, particulièrement après avoir eu l'avantage d'en évaluer l'incidence. Cependant, je ne puis convenir avec mes collègues que les moyens choisis par le législateur sont irréciproquement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

5

As this Court maintained in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 336, the right of an accused to make full answer and defence is a pillar of criminal justice on which we rely heavily to prevent the conviction of the innocent. It is a principle of fundamental justice protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Flowing from the right to make full answer and defence is the Crown's constitutional and ethical duty to disclose all information in its possession

Comme notre Cour l'a maintenu dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 336, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un pilier de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour empêcher que des innocents soient déclarés coupables. Il s'agit d'un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le droit à une défense pleine et entière fait en sorte que le ministère

reasonably capable of affecting the accused's ability to raise a reasonable doubt concerning his innocence: *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 466. This obligation is subject only to the Crown's discretion to withhold disclosure on the basis that the material is irrelevant or privileged.

The duty of disclosure is premised on the presumption that material in the Crown's possession has probative value. The *O'Connor* majority endorsed this presumption at para. 12, where we surmised that "[g]enerally speaking, the Crown would not obtain possession or control of therapeutic records unless the information the records contained was somehow relevant to the case against the accused." This reasoning applies with even greater force, in my view, when the Crown seeks access to documents without the complainant's cooperation, such as by way of a search warrant.

McLachlin and Iacobucci JJ. emphasize in their reasons that the Crown's duty of disclosure is not absolute. The *Charter* entrenches the right to a fair trial, they maintain, not the best trial. The principles of fundamental justice do not guarantee the most favourable procedures conceivable. All of this is true. However, in my respectful view my colleagues understate the importance of Crown disclosure to trial fairness. Disclosure of records in the Crown's hands furthers the search for truth as it enables the defence to challenge the accuracy and cogency of the prosecution's case. The accused's ability to access relevant information that may ultimately deprive him of his liberty strikes at the very core of the principles of fundamental justice.

public a l'obligation constitutionnelle et déontologique de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité: *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466. Cette obligation n'est assujettie qu'au pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser la divulgation pour le motif que les documents en cause ne sont pas pertinents ou qu'ils sont protégés.

L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. Au paragraphe 12 de l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont approuvé cette présomption en ces termes: «En règle générale, [le ministère public] n'obtiendrait pas la possession ou le contrôle des dossiers thérapeutiques à moins que les renseignements qu'ils contiennent n'aient quelque pertinence relativement à la poursuite engagée contre l'accusé.» Ce raisonnement s'applique d'autant plus, à mon avis, quand le ministère public cherche à avoir accès à des documents sans la collaboration du plaignant comme, par exemple, au moyen d'un mandat de perquisition.

Dans leurs motifs, les juges McLachlin et Iacobucci soulignent que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas absolue. La *Charte* consacre le droit à un procès équitable, affirment-ils, et non le droit au meilleur procès. Les principes de justice fondamentale ne garantissent pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. Tout cela est vrai. J'estime cependant que mes collègues minimisent l'importance que la divulgation par le ministère public revêt pour l'équité du procès. La communication de dossiers en la possession du ministère public favorise la recherche de la vérité étant donné qu'elle permet à la défense de contester l'exactitude et la force de la preuve de la poursuite. La capacité de l'accusé d'avoir accès à des renseignements pertinents qui, en fin de compte, peuvent avoir pour effet de le priver de sa liberté est au cœur même des principes de justice fondamentale.

6

7



8 The requirement in Bill C-46 that the accused must prove the relevance of records that form part of the case to meet is a serious incursion on the meaningful exercise of the right to make full answer and defence. Not only does the legislative scheme supplant the presumption of relevance, but it also raises the relevance bar. The standard of relevance which the accused must satisfy according to ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) — likely relevance to an issue at trial or to the competence of a witness to testify — is higher than that required for disclosure under a *Stinchcombe* application, which is whether the information “may be useful to the defence”: *O’Connor*, *supra*, at para. 22, and *Stinchcombe*, *supra*, at p. 345.

9 Moreover, I do not agree with McLachlin and Iacobucci JJ.’s assertion that the notification requirement in s. 278.2(3) provides the accused with much assistance in establishing the likely relevance of a document in the Crown’s possession. I reiterate the concerns which the majority expressed in *O’Connor*, *supra*, at paras. 25-26, about placing an accused in the position of having to persuade the trial judge that documents are relevant without any knowledge of their contents. It will be difficult indeed for an accused to establish the likely relevance of a record which he knows to exist, but which he has never seen. By displacing the presumption of relevance and increasing the relevance threshold, ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) give the Crown a distinct advantage over the defence, as it holds information that the accused must surmount a significant obstacle to obtain. These provisions therefore infringe the accused’s right to a fair trial.

10 Having found that ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* as they apply to records in the Crown’s possession, I must consider whether the infringement is a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society. I am mindful that violations of s. 7 are rarely saved by s. 1: *New Brunswick (Minister of Health and Com-*

L’exigence de la loi C-46 que l’accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l’exercice utile du droit à une défense pleine et entière. Non seulement le régime législatif remplace-t-il la présomption de pertinence, mais encore il hausse également la barre de la pertinence. La norme de pertinence à laquelle l’accusé doit satisfaire selon les al. 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) — la pertinence vraisemblable quant à un point en litige ou à l’habileté d’un témoin à témoigner — est plus élevée que celle requise pour la divulgation en vertu d’une demande fondée sur l’arrêt *Stinchcombe*, soit «l’utilité» que ces renseignements «peuvent avoir pour la défense»: *O’Connor*, précité, au par. 22, et *Stinchcombe*, précité, à la p. 345.

Je ne suis pas d’accord non plus avec l’affirmation des juges McLachlin et Iacobucci que l’obligation d’informer imposée au par. 278.2(3) est d’une grande utilité à l’accusé pour ce qui est d’établir la pertinence vraisemblable d’un document en la possession du ministère public. Je réitère la crainte exprimée par les juges majoritaires dans l’arrêt *O’Connor*, précité, aux par. 25 et 26, que l’accusé ne se voit forcé de convaincre le juge du procès de la pertinence de documents dont il ne connaît pas le contenu. En fait, il sera difficile à l’accusé d’établir la pertinence vraisemblable d’un dossier dont il connaît l’existence, mais qu’il n’a jamais vu. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu’il détient des renseignements pour l’obtention desquels l’accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable.

Ayant conclu que les al. 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) violent l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* dans la mesure où ils s’appliquent aux dossiers en la possession du ministère public, je dois examiner si cette violation constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Je suis conscient que les viola-

*munity Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99. Iacobucci J. summarized the analytical framework applicable to s. 1 as follows in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

Without a doubt, Bill C-46 was adopted to address a pressing and substantial objective, which is the protection of the privacy and equality rights of complainants and witnesses in the context of sexual assault trials. The legislative scheme also rationally advances this important aim. In my opinion, however, ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) fail to protect those rights in a manner that minimally impairs the right of an accused to make full answer and defence. The requirement that the accused must demonstrate the likely relevance of records held by the Crown is more intrusive than reasonably necessary to achieve the legislative goals: see *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 118. In addition, the risk of suppressing relevant evidence and of convicting an innocent person outweighs the salutary effects of the impugned provisions on privacy and equality rights. I accordingly conclude that the violations are not justified by s. 1.

While in my view ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) are unconstitutional as they apply to records in the Crown's hands, I remain sensitive

tions de l'art. 7 sont rarement validées par l'article premier: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au par. 99. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, le juge Iacobucci a résumé comme suit le cadre analytique applicable à l'article premier:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif, (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

Il n'y a pas de doute que la loi C-46 a été adoptée pour répondre à des préoccupations urgentes et réelles, à savoir la protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle. Le régime législatif a également un lien rationnel avec cet objectif important. Cependant, j'estime que les al. 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) ne protègent pas ces droits d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'exigence que l'accusé démontre la pertinence vraisemblable de dossiers en la possession du ministère public est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 118. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Je conclus donc que les violations ne sont pas justifiées au sens de l'article premier.

Bien que, à mon avis, les al. 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) soient inconstitutionnels dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du

that the production of therapeutic records to the defence is injurious to a complainant's privacy rights. Indeed, disclosure may be all the more invasive to a complainant's dignity and psychological integrity when they are obtained by the Crown without her consent.

13 In this regard, I emphasize that records which the Crown procures absent waiver would still be subject to the principles in *Stinchcombe*. The prosecution would be free to rebut the presumption that the documents are relevant. I remark in passing that this may be difficult for the Crown to accomplish in respect of documents obtained pursuant to a search warrant, as in most cases the evidentiary basis upon which the warrant was secured will itself be disclosed. As with any *Stinchcombe* application, the Crown may likewise attempt to resist disclosure by demonstrating that the records are privileged.

14 If the Crown is unable to discharge this burden, then the records should be disclosed to the trial judge rather than the accused (as they normally would under a *Stinchcombe* application), because of the privacy rights at stake, if the trial judge is satisfied that the other requirements in s. 278.5(1) and (2) are met. The second stage of the legislative regime — judicial examination of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused — would then proceed according to the criteria in ss. 278.6 to 278.91, as explained by my colleagues. In my view, relieving the accused of the burden of showing relevance strikes a more appropriate balance between the various rights at stake. It removes a significant barrier to the accused's ability to raise a reasonable doubt concerning his innocence while preserving a large measure of protection for the privacy and equality rights of complainants and witnesses.

15 I turn last to a consideration of the appropriate remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act*,

ministère public, je demeure conscient que la communication de dossiers thérapeutiques à la défense nuit au droit à la vie privée du plaignant. En fait, la communication peut être d'autant plus dommageable pour la dignité et l'intégrité psychologique du plaignant quand le ministère public obtient les documents sans son consentement.

À cet égard, je souligne que les dossiers que le ministère public obtient en l'absence de renonciation sont toujours assujettis aux principes de l'arrêt *Stinchcombe*. La poursuite est libre de réfuter la présomption de pertinence des documents. Je fais remarquer en passant que le ministère public peut avoir de la difficulté à le faire dans le cas de documents obtenus conformément à un mandat de perquisition, parce que, la plupart du temps, la preuve sur laquelle repose la délivrance du mandat aura elle-même été divulguée. Comme dans toute demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*, le ministère public peut de la même façon essayer de s'opposer à la communication de dossiers en démontrant qu'ils sont protégés.

Si le ministère public est incapable de s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé (comme ils le seraient normalement dans le cas d'une demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*), à cause du droit à la vie privée qui est en jeu. Comme l'expliquent mes collègues, la deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91. À mon avis, dégager l'accusé de son obligation de démontrer la pertinence permet d'établir un équilibre plus juste entre les divers droits en jeu. Cela supprime un obstacle important à la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité tout en maintenant une large mesure de protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins.

J'examine enfin la question de la réparation qu'il convient d'accorder aux termes du par. 52(1)

1982. My finding of unconstitutionality is limited to two provisions of an otherwise complex legislative scheme. I believe that a combination of reading down the sections and reading in new language is the most appropriate way to vindicate the *Charter* rights at play “while refraining from intrusion into the legislative sphere beyond what is necessary”: *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at p. 1012, *per* Sopinka J. Sections 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) of the *Criminal Code* should therefore be interpreted such that they no longer apply to an application for the production of records in the Crown’s possession. Language along the following lines should be read into both ss. 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b): “unless the record is in the possession or control of the prosecutor in the proceedings, in which case this paragraph does not apply”. The principles for Crown disclosure enunciated in *Stinchcombe* and *O’Connor* would partially apply instead of those paragraphs, such that the Crown would have the opportunity to show the trial judge that the documents are irrelevant or privileged.

I would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) infringe s. 7 of the *Charter* as they apply to records in the Crown’s possession or control.

2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 278.3(3)(b) and 278.5(1)(b) infringe s. 11(d) of the

de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ma conclusion à l’inconstitutionnalité se limite à deux dispositions d’un régime législatif par ailleurs complexe. J’estime qu’un mélange d’interprétation atténuée et d’interprétation large des dispositions est la meilleure façon d’assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu, «sans empiéter sur le domaine législatif plus qu’il n’est nécessaire»: *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, à la p. 1012, le juge Sopinka. Les alinéas 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) du *Code criminel* devraient donc être interprétés de façon à ce qu’ils ne s’appliquent plus aux demandes de communication de dossiers en la possession du ministère public. Les alinéas 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) devraient être considérés comme incluant une phrase du genre suivant: «à moins que le dossier ne soit en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, auquel cas le présent alinéa ne s’applique pas». Les principes applicables à la divulgation par le ministère public énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O’Connor* s’appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés.

J’accueillerais le pourvoi en partie et je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) portent atteinte à l’art. 7 de la *Charte* dans la mesure où ils s’appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

2. Si oui, s’agit-il d’une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Réponse: Non.

3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l’al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)(b) et 278.5(1)(b) portent atteinte à l’al. 11(d)

*Charter* as they apply to records in the Crown's possession or control.

de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Answer: No.

Réponse: Non.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

MCLACHLIN AND IACOBUCCI JJ. —

LES JUGES MCLACHLIN ET IACOBUCCI —

### I. Introduction

### I. Introduction

17

The question of when accused persons should have access to private records of complainants and witnesses in sexual assault trials is a vexed one. This Court addressed this issue in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Following this decision, and a lengthy consultation process, Parliament reviewed the issue and drafted Bill C-46, (now S.C. 1997, c. 30) which came into force on May 12, 1997 and amended the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The issue in the present appeal is whether Bill C-46 is constitutional. The resolution of this appeal requires understanding how to define competing rights, avoiding the hierarchical approach rejected by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. On the one hand stands the accused's right to make full answer and defence. On the other hand stands the complainant's and witness's right to privacy. Neither right may be defined in such a way as to negate the other and both sets of rights are informed by the equality rights at play in this context. Underlying this question is the relationship between the courts and Parliament when Parliament alters a judicially created common law procedure that already embodies *Charter* standards.

La question de savoir dans quels cas les accusés devraient avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle est controversée. Notre Cour a abordé cette question dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. À la suite de cet arrêt et d'un long processus de consultation, le législateur a examiné la question et a rédigé le projet de loi C-46 (maintenant L.C. 1997, ch. 30) (ci-après «loi C-46» ou «Loi») qui est entré en vigueur le 12 mai 1997 et qui a modifié le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit en l'espèce de savoir si la loi C-46 est constitutionnelle. Pour trancher le présent pourvoi, il faut savoir comment définir des droits opposés, en évitant la conception hiérarchique rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877. Il y a, d'une part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, le droit du plaignant et du témoin à la protection de leur vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Cette question met en cause les rapports qui existent entre les tribunaux et le législateur lorsque ce dernier modifie une procédure de common law établie par les tribunaux, qui incorpore déjà des normes imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## II. Summary

This appeal presents an apparent conflict among the rights to full answer and defence, privacy, and equality, all of which are protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (ss. 7 and 11(d), s. 8, and s. 15, respectively). The underlying issue is what is required by the “principles of fundamental justice” protected by s. 7. Bill C-46 reflects Parliament’s effort at balancing these rights. Our task is to decide whether Parliament’s balance is a constitutional one.

As a preliminary matter, we conclude that this appeal is not premature. While it is true that the accused did not actually make an application for records under Bill C-46, this does not deprive the Court of a sufficient basis to decide the issues raised in the appeal.

As noted above, this Court has previously addressed the issue of disclosure of third party records in sexual assault proceedings: see *O’Connor, supra*. However, it is important to keep in mind that the decision in *O’Connor* is not necessarily the last word on the subject. The law develops through dialogue between courts and legislatures: see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. Against the backdrop of *O’Connor*, Parliament was free to craft its own solution to the problem consistent with the *Charter*.

As this Court’s decision in *Dagenais, supra*, makes clear, *Charter* rights must be examined in a contextual manner to resolve conflicts between them. Therefore, unlike s. 1 balancing, where societal interests are sometimes allowed to override *Charter* rights, under s. 7 rights must be defined so that they do not conflict with each other. The rights of full answer and defence, and privacy, must be defined in light of each other, and both must be defined in light of the equality provisions of s. 15.

## II. Résumé

Le présent pourvoi fait ressortir un conflit apparent entre les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l’égalité qui sont tous garantis par la *Charte* (art. 7 et al. 11d), art. 8 et 15, respectivement). La question sous-jacente est de savoir ce qu’exigent les «principes de justice fondamentale» garantis par l’art. 7. La loi C-46 reflète la tentative du législateur d’établir un équilibre entre ces droits. Notre tâche consiste à décider si l’équilibre établi par le législateur est constitutionnel.

À titre préliminaire, nous concluons que le présent pourvoi n’est pas prématuré. Même s’il est vrai qu’en réalité l’accusé n’a présenté aucune demande de dossiers fondée sur la loi C-46, la Cour a un motif suffisant de trancher les questions soulevées dans le pourvoi.

Comme nous l’avons vu, notre Cour a déjà abordé la question de la communication des dossiers de tiers dans des procédures en matière d’agression sexuelle: voir *O’Connor*, précité. Il est cependant important de se rappeler que cet arrêt n’est pas nécessairement définitif sur ce point. L’évolution du droit passe par le dialogue entre les tribunaux et le législateur: voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Avec, comme toile de fond, l’arrêt *O’Connor*, le législateur était libre de concevoir sa propre solution au problème, en conformité avec la *Charte*.

Comme l’arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour l’indique clairement, les droits garantis par la *Charte* doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. Par conséquent, à la différence de l’évaluation fondée sur l’article premier, où on permet parfois aux intérêts de la société de l’emporter sur les droits garantis par la *Charte*, l’art. 7 exige que les droits soient définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres. Le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée doivent être définis l’un par rapport à l’autre, et les deux doivent être définis en fonction des dispositions en matière d’égalité contenues à l’art. 15.

18

19

20

21

22 Turning to the legislation at issue in this appeal, we find it constitutional. It is undisputed that there are several important respects in which Bill C-46 differs from the regime set out in *O'Connor*. However, these differences are not fatal because Bill C-46 provides sufficient protection for all relevant *Charter* rights. There are, admittedly, several provisions in the Bill that are subject to differing interpretations. However, in such situations we will interpret the legislation in a constitutional manner where possible: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. By so doing, we conclude that Bill C-46 is a constitutional response to the problem of production of records of complainants or witnesses in sexual assault proceedings.

### III. Proceedings and Judgments in the Court Below

23 The appellant L.C. is the complainant in a criminal proceeding in which the respondent, Brian Mills, has been charged with one count of sexual assault and one count of unlawful sexual touching. The offences are alleged to have occurred on July 12, 1995, when the appellant L.C. was 13 years of age.

24 The respondent elected to waive his right to a preliminary inquiry. On the scheduled day of the trial, October 4, 1996, the Crown provided the respondent with a second statement of the appellant L.C., dated September 29, 1996. Mr. Justice Jones adjourned the trial until January 28, 1997. On January 27, 1997, counsel for the respondent brought an application to have a new preliminary inquiry, arguing that the original preliminary inquiry was waived on the basis of the original witness statement, dated July 12, 1995, which disclosed information alleged to be less substantial and serious than that provided in the second statement. Counsel for the respondent also sought full disclosure of all therapeutic records and notes relating to the appellant that were in the possession of a counselling organization known as "Changes".

Quant à la mesure législative en cause dans le présent pourvoi, nous la jugeons constitutionnelle. On ne conteste pas que la loi C-46 diffère à maints égards importants du régime énoncé dans l'arrêt *O'Connor*. Ces différences ne sont toutefois pas fatales parce que la loi C-46 protège suffisamment tous les droits pertinents garantis par la *Charte*. Certes, plusieurs dispositions de cette loi font l'objet d'interprétations divergentes. Toutefois, le cas échéant, nous donnerons, si possible, à ces dispositions une interprétation conforme à la Constitution: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Ce faisant, nous concluons que la loi C-46 est une réponse constitutionnelle au problème de la communication des dossiers de plaignants ou de témoins dans des procédures en matière d'agression sexuelle.

### III. Procédures et jugements des tribunaux d'instance inférieure

L'appelante L.C. est la plaignante dans des procédures criminelles où l'intimé, Brian Mills, doit répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. Les infractions auraient été commises le 12 juillet 1995, alors que l'appelante L.C. était âgée de 13 ans.

L'intimé a choisi de renoncer à son droit à une enquête préliminaire. À la date prévue pour la tenue du procès, soit le 4 octobre 1996, le ministère public lui a remis une deuxième déclaration de l'appelante L.C., qui était datée du 29 septembre 1996. Le juge Jones a ajourné le procès au 28 janvier 1997. Le 27 janvier 1997, l'avocat de l'intimé a présenté une demande de nouvelle enquête préliminaire en faisant valoir que la renonciation à la première enquête préliminaire reposait sur la première déclaration du témoin, datée du 12 juillet 1995, dans laquelle, alléguait-il, les renseignements divulgués étaient moins étoffés et moins importants que ceux fournis dans la seconde déclaration. L'avocat de l'intimé demandait également la communication complète de tous les dossiers thérapeutiques et des notes relatives à l'appelante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation connu sous le nom de «Changes».

In dismissing the application for a new preliminary inquiry, Belzil J. held that the trial could not proceed until the application for production of third party records was dealt with. On the basis of *O'Connor*, he ordered that portions of various records be produced.

On May 14, 1997, counsel for the respondent sought the production of records relating to the appellant held by a psychiatrist, Dr. Drew Bremness, and the Child and Adolescent Services Association. On May 16, 1997, Belzil J. advised the parties that on May 12, 1997, Bill C-46 was proclaimed into force and amended the *Criminal Code* to include ss. 278.1 to 278.91. On May 26, 1997, counsel for the respondent forwarded correspondence to both Alberta Justice and the Federal Department of Justice advising that he intended to argue that the new amendments violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Belzil J. held that the respondent could proceed with his constitutional challenge without first making an application for third party records under the new provisions, and granted full standing to intervene in respect of the constitutional challenge to both the Attorney General of Canada and the appellant L.C.

On September 18, 1997, Belzil J. concluded that the new *Criminal Code* provisions infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277 (Q.B.)). Belzil J. first dealt with the argument that the respondent's application was premature since the accused had not been denied access to any records pursuant to the new provisions. He stated, at para. 12 of his reasons: "it would be grossly unfair to an accused to force an accused to make an application pursuant to legislation which according to the accused is unconstitutional". Furthermore, given that the respondent is not allowed unfettered access to the records, he could never know whether his access under the new provisions would differ from that under the *O'Connor* procedure. Accordingly, Belzil J. held that the respondent had the right to bring an application at this

En rejetant la demande de nouvelle enquête préliminaire, le juge Belzil a conclu que le procès ne pourrait être tenu que lorsque la demande de communication des dossiers de tiers aurait fait l'objet d'une décision. Se fondant sur l'arrêt *O'Connor*, il a ordonné la communication d'extraits de divers dossiers.

25

Le 14 mai 1997, l'avocat de l'intimé a demandé la communication de dossiers relatifs à l'appelante qui étaient en la possession d'un psychiatre, le Dr Drew Bremness, et de la Child and Adolescent Services Association. Le 16 mai 1997, le juge Belzil a informé les parties que la loi C-46 était entrée en vigueur le 12 mai 1997 et qu'elle modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91. Le 26 mai 1997, l'avocat de l'intimé a fait parvenir au ministère de la Justice de l'Alberta et au ministère de la Justice du Canada une lettre les informant qu'il comptait faire valoir que les nouvelles modifications contrevenaient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge Belzil a décidé que l'intimé pouvait aller de l'avant avec sa contestation constitutionnelle sans d'abord présenter une demande de communication de dossiers de tiers fondée sur les nouvelles dispositions, et il a accordé au procureur général du Canada et à l'appelante L.C. pleine qualité pour intervenir relativement à cette contestation constitutionnelle.

26

Le 18 septembre 1997, le juge Belzil a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277 (B.R.)). Le juge Belzil a d'abord examiné l'argument selon lequel la demande de l'intimé était prématurée puisque l'accusé ne s'était pas vu refuser l'accès à des dossiers en vertu des nouvelles dispositions. Il a dit, au par. 12 de ses motifs: [TRADUCTION] «il serait extrêmement inéquitable pour un accusé de le forcer à présenter une demande fondée sur une mesure législative qu'il juge inconstitutionnelle». De plus, étant donné que l'intimé n'a pas un accès illimité aux dossiers, il ne pourrait jamais savoir si l'accès dont il bénéficierait en vertu des nouvelles dispositions différerait de celui auquel il a droit selon la procédure établie dans l'arrêt *O'Con-*

27



time to determine the constitutionality of Bill C-46.

28

After ruling that the application was not premature, Belzil J. dealt with the constitutional claims. He characterized Bill C-46 as Parliament's reaction to the majority decision in *O'Connor*. He held that, if propositions of law not accepted by the majority in *O'Connor* are found within Bill C-46, that should be a relevant consideration in determining the constitutional validity of the legislation. Moreover, if Bill C-46 materially alters the balance between privacy rights and the rights of an accused to a fair trial as enunciated by the majority in *O'Connor*, this in and of itself gives rise to an argument that Bill C-46 is constitutionally invalid. In his view, there are five broad differences between Bill C-46 and *O'Connor*:

- (1) The broad definition of records in Bill C-46 forces an accused to proceed with an application under the new Bill for each type of record, each of which must be supported by affidavits.
- (2) Notwithstanding that in *O'Connor* this Court specifically rejected the idea that therapeutic records will rarely be relevant, Bill C-46 restricts the type of evidence that an accused may place before a judge in support of an application for production of records by imposing a higher initial threshold on an accused to show likely relevance, compelling an accused to rely on the veracity of a complainant to determine on a preliminary inquiry whether such records exist.
- (3) Section 278.5(2) requires the trial judge to engage in a balancing exercise before examining the records in question, requiring the trial judge to weigh important rights in a vacuum, and exacerbating the Catch-22 situation identified in *O'Connor*.

*nor*. Le juge Belzil a donc conclu que l'intimé avait le droit de présenter, à ce stade, une demande visant à déterminer la constitutionnalité de la loi C-46.

Après avoir décidé que la demande n'était pas prématurée, le juge Belzil a examiné les arguments fondés sur la Constitution. Il a qualifié la loi C-46 de réaction du législateur à l'arrêt majoritaire *O'Connor*. Il a conclu que, si on trouve dans la loi C-46 des propositions de droit qui ont été rejetées par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, cela devrait constituer un facteur pertinent pour décider de la constitutionnalité de la mesure législative en cause. De plus, si la loi C-46 modifie sensiblement l'équilibre entre le droit à la vie privée et le droit de l'accusé à un procès équitable, tel qu'énoncé par les juges majoritaires dans *O'Connor*, cela permet en soi de faire valoir qu'elle est inconstitutionnelle. Selon lui, il existe cinq grandes différences entre la loi C-46 et l'arrêt *O'Connor*:

- (1) La définition large du terme «dossier» dans la loi C-46 force un accusé à présenter une demande fondée sur la nouvelle loi pour chaque type de dossier, chaque demande devant être étayée par des affidavits.
- (2) Malgré le fait que, dans l'arrêt *O'Connor*, notre Cour ait expressément rejeté l'idée que les dossiers thérapeutiques sont rarement pertinents, la loi C-46 restreint le genre d'éléments de preuve qu'un accusé peut présenter devant un juge pour étayer une demande de communication de dossiers, en imposant à l'accusé un critère préliminaire plus élevé auquel il doit satisfaire pour démontrer la pertinence vraisemblable, ce qui oblige un accusé à s'en remettre à la véracité du plaignant pour déterminer, lors d'une enquête préliminaire, si de tels dossiers existent.
- (3) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à procéder à une évaluation avant d'examiner les dossiers en question, ce qui le force à soupeser en vase clos des droits importants et ce qui aggrave la situation sans issue décrite dans l'arrêt *O'Connor*.

- (4) Section 278.5(2) compels the trial judge to use factors specifically rejected by a majority of the Supreme Court of Canada, namely factors (f), (g), and (h).
- (5) Bill C-46 restricts the ability of the Crown to produce relevant records, weakening the Crown's obligations under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

- (4) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à utiliser des facteurs qui ont été expressément rejetés par la Cour suprême du Canada à la majorité, à savoir les facteurs f), g) et h).
- (5) La loi C-46 limite la capacité du ministère public de communiquer des dossiers pertinents, ce qui atténue les obligations qui lui incombent en vertu de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Belzil J. concluded that these differences sacrificed the balance of rights achieved by this Court in *O'Connor* by creating a presumption against disclosure and ranking privacy rights above the rights of an accused to a fair trial. Therefore, he held that Bill C-46 infringed the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Le juge Belzil a conclu que ces différences rompaient l'équilibre entre les droits que notre Cour avait établi dans l'arrêt *O'Connor*, en créant une présomption de non-divulgaration et en situant le droit à la vie privée au-dessus du droit de l'accusé à un procès équitable. Il a donc statué que la loi C-46 portait atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

29

In a separate judgment delivered on October 31, 1997, Belzil J. ruled that Bill C-46 was not saved by s. 1 of the *Charter* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301 (Q.B.)). None of the testimony justified exclusion of therapeutic records on the basis of detrimental impacts, and the records might contain highly probative evidence. Belzil J. stated that no authority had been cited before him wherein this Court had ever sanctioned the use of s. 1 for a breach of the fundamental right to a fair trial. In his view, almost by definition an impairment of a fundamental right can never be demonstrably justified in a free and democratic society. Belzil J. held that Bill C-46 is not a proportional response and does not constitute a minimal impairment of rights, but rather constitutes a substantial impairment of the fundamental right to a fair trial. He concluded that Bill C-46 could not be saved by s. 1 and should be struck down in its entirety.

Dans un jugement distinct déposé le 31 octobre 1997, le juge Belzil a décidé que la loi C-46 n'était pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301 (B.R.)). Aucun témoignage ne justifiait l'exclusion des dossiers thérapeutiques pour cause d'effets préjudiciables, et les dossiers étaient susceptibles de contenir des éléments de preuve très probants. Le juge Belzil a dit qu'on ne lui avait cité aucun précédent où notre Cour avait déjà approuvé le recours à l'article premier pour une atteinte au droit fondamental à un procès équitable. Il était d'avis que, presque par définition, un droit fondamental ne peut jamais faire l'objet d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le juge Belzil a conclu que la loi C-46 constitue non pas une réponse proportionnelle et une atteinte minimale à des droits, mais plutôt une atteinte grave au droit fondamental à un procès équitable. Il a décidé que la loi C-46 ne pouvait pas être sauvegardée par l'article premier et qu'elle devait être annulée au complet.

30

Leave to appeal was granted to the appellant L.C. by this Court. As our jurisprudence has established, a third party may challenge an interlocutory court order, issued by a superior court judge in criminal proceedings, by seeking leave to appeal to

Notre Cour a accordé à l'appellante L.C. l'autorisation de se pourvoir. Comme l'a établi notre jurisprudence, un tiers peut contester une ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle par un juge d'une cour supérieure, en demandant l'autori-

31

this Court pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. See *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *Dagenais*, *supra*.

#### IV. Relevant Constitutional and Legislative Provisions

32

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

**7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

**8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

**11.** Any person charged with an offence has the right

. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

**28.** Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

##### Bill C-46

An Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings)

WHEREAS the Parliament of Canada continues to be gravely concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society and, in particular, the prevalence of sexual violence against women and children;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that violence has a particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society and on the rights of women and children to security of the person, privacy and equal benefit of the law as guar-

sation de se pourvoir devant notre Cour conformément à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Voir *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Dagenais*, précité.

#### IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

**7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

**8.** Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

**11.** Tout inculpé a le droit:

. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

**15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

**28.** Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

##### Loi C-46

Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)

Attendu:

que les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne continuent de préoccuper sérieusement le Parlement du Canada, et, en particulier, la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants;

que le Parlement du Canada reconnaît que la violence a des effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi

anteed by sections 7, 8, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

WHEREAS the Parliament of Canada intends to promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for all, including those who are accused of, and those who are or may be victims of, sexual violence or abuse;

WHEREAS the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are guaranteed equally to all and, in the event of a conflict, those rights are to be accommodated and reconciled to the greatest extent possible;

WHEREAS the Parliament of Canada wishes to encourage the reporting of incidents of sexual violence and abuse and to provide for the prosecution of offences within a framework of laws that are consistent with the principles of fundamental justice and that are fair to complainants as well as to accused persons;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police and may deter complainants from seeking necessary treatment, counselling or advice;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the work of those who provide services and assistance to complainants of sexual offences is detrimentally affected by the compelled production of records and by the process to compel that production;

AND WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that, while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

**1. The *Criminal Code* is amended by adding the following after section 278:**

**278.1** For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child

qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

qu'il entend promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour tous, y compris ceux qui sont accusés de violence ou d'exploitation sexuelles et ceux qui sont ou pourraient devenir des victimes de violence ou d'exploitation sexuelles;

que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* le sont pour tous et qu'en cas de conflit, l'équilibre entre eux doit être assuré dans la mesure du possible;

que le Parlement du Canada souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles et faire en sorte que leur poursuite s'effectue dans un cadre juridique compatible avec les principes de la justice fondamentale et équitable à la fois à l'égard des plaignants et des accusés;

qu'il reconnaît que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles et sur le recours aux traitements, thérapies ou services de consultation nécessaires;

qu'il reconnaît que le travail de ceux qui fournissent de l'aide et des services aux victimes d'agressions sexuelles est entravé par l'obligation de communiquer des renseignements personnels et par la procédure qui oblige à cette communication;

qu'il reconnaît que si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et que, de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte:

**1. Le *Code criminel* est modifié par adjonction, après l'article 278, de ce qui suit:**

**278.1** Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, «dossier» s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les ser-

welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

**278.2** (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of

(a) an offence under section 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 or 273,

(b) an offence under section 144, 145, 149, 156, 245 or 246 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

(c) an offence under section 146, 151, 153, 155, 157, 166 or 167 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988,

or in any proceedings in respect of two or more offences that include an offence referred to in any of paragraphs (a) to (c), except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

(2) Section 278.1, this section and sections 278.3 to 278.91 apply where a record is in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections.

(3) In the case of a record in respect of which this section applies that is in the possession or control of the prosecutor, the prosecutor shall notify the accused that the record is in the prosecutor's possession but, in doing so, the prosecutor shall not disclose the record's contents.

**278.3** (1) An accused who seeks production of a record referred to in subsection 278.2(1) must make an application to the judge before whom the accused is to be, or is being, tried.

vices d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

**278.2** (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91:

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 ou 273;

b) une infraction prévue aux articles 144, 145, 149, 156, 245 ou 246 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983;

c) une infraction prévue aux articles 146, 151, 153, 155, 157, 166 ou 167 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1988.

(2) L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles.

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s'applique le présent article doit en informer l'accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

**278.3** (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

(2) For greater certainty, an application under subsection (1) may not be made to a judge or justice presiding at any other proceedings, including a preliminary inquiry.

(3) An application must be made in writing and set out

(a) particulars identifying the record that the accused seeks to have produced and the name of the person who has possession or control of the record; and

(b) the grounds on which the accused relies to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify.

(4) Any one or more of the following assertions by the accused are not sufficient on their own to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify:

(a) that the record exists;

(b) that the record relates to medical or psychiatric treatment, therapy or counselling that the complainant or witness has received or is receiving;

(c) that the record relates to the incident that is the subject-matter of the proceedings;

(d) that the record may disclose a prior inconsistent statement of the complainant or witness;

(e) that the record may relate to the credibility of the complainant or witness;

(f) that the record may relate to the reliability of the testimony of the complainant or witness merely because the complainant or witness has received or is receiving psychiatric treatment, therapy or counselling;

(g) that the record may reveal allegations of sexual abuse of the complainant by a person other than the accused;

(h) that the record relates to the sexual activity of the complainant with any person, including the accused;

(i) that the record relates to the presence or absence of a recent complaint;

(j) that the record relates to the complainant's sexual reputation; or

(k) that the record was made close in time to a complaint or to the activity that forms the subject-matter of the charge against the accused.

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne:

a) les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;

b) les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner:

a) le dossier existe;

b) le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;

c) le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;

d) le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;

e) le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;

f) le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;

g) le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

h) le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;

i) le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;

j) le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;

k) le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

(5) The accused shall serve the application on the prosecutor, on the person who has possession or control of the record, on the complainant or witness, as the case may be, and on any other person to whom, to the knowledge of the accused, the record relates, at least seven days before the hearing referred to in subsection 278.4(1) or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice. The accused shall also serve a subpoena issued under Part XXII in Form 16.1 on the person who has possession or control of the record at the same time as the application is served.

(6) The judge may at any time order that the application be served on any person to whom the judge considers the record may relate.

**278.4** (1) The judge shall hold a hearing *in camera* to determine whether to order the person who has possession or control of the record to produce it to the court for review by the judge.

(2) The person who has possession or control of the record, the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates may appear and make submissions at the hearing, but they are not compellable as witnesses at the hearing.

(3) No order for costs may be made against a person referred to in subsection (2) in respect of their participation in the hearing.

**278.5** (1) The judge may order the person who has possession or control of the record to produce the record or part of the record to the court for review by the judge if, after the hearing referred to in subsection 278.4(1), the judge is satisfied that

(a) the application was made in accordance with subsections 278.3(2) to (6);

(b) the accused has established that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify; and

(c) the production of the record is necessary in the interests of justice.

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record for review pursuant to subsection (1), the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates. In particular, the judge shall take the following factors into account:

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins sept jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

**278.4** (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

**278.5** (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit:

a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);

b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;

c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants:

(a) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(b) the probative value of the record;

(c) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(d) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(e) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(f) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

(g) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(h) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

**278.6** (1) Where the judge has ordered the production of the record or part of the record for review, the judge shall review it in the absence of the parties in order to determine whether the record or part of the record should be produced to the accused.

(2) The judge may hold a hearing *in camera* if the judge considers that it will assist in making the determination.

(3) Subsections 278.4(2) and (3) apply in the case of a hearing under subsection (2).

**278.7** (1) Where the judge is satisfied that the record or part of the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and its production is necessary in the interests of justice, the judge may order that the record or part of the record that is likely relevant be produced to the accused, subject to any conditions that may be imposed pursuant to subsection (3).

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates and, in particular, shall take the factors specified in paragraphs 278.5(2)(a) to (h) into account.

(3) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication repose-rait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

**278.6** (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

(3) Les paragraphes 278.4(2) et (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

**278.7** (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)a) à h).

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger



may impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates, including, for example, the following conditions:

- (a) that the record be edited as directed by the judge;
- (b) that a copy of the record, rather than the original, be produced;
- (c) that the accused and counsel for the accused not disclose the contents of the record to any other person, except with the approval of the court;
- (d) that the record be viewed only at the offices of the court;
- (e) that no copies of the record be made or that restrictions be imposed on the number of copies of the record that may be made; and
- (f) that information regarding any person named in the record, such as their address, telephone number and place of employment, be severed from the record.

(4) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall direct that a copy of the record or part of the record be provided to the prosecutor, unless the judge determines that it is not in the interests of justice to do so.

(5) The record or part of the record that is produced to the accused pursuant to an order under subsection (1) shall not be used in any other proceedings.

(6) Where the judge refuses to order the production of the record or part of the record to the accused, the record or part of the record shall, unless a court orders otherwise, be kept in a sealed package by the court until the later of the expiration of the time for any appeal and the completion of any appeal in the proceedings against the accused, whereupon the record or part of the record shall be returned to the person lawfully entitled to possession or control of it.

**278.8** (1) The judge shall provide reasons for ordering or refusing to order the production of the record or part of the record pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1).

(2) The reasons referred to in subsection (1) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment:

- a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;
- b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;
- c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;
- d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;
- e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;
- f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

**278.8** (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

**278.9** (1) No person shall publish in a newspaper, as defined in section 297, or in a broadcast, any of the following:

(a) the contents of an application made under section 278.3;

(b) any evidence taken, information given or submissions made at a hearing under subsection 278.4(1) or 278.6(2); or

(c) the determination of the judge pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) and the reasons provided pursuant to section 278.8, unless the judge, after taking into account the interests of justice and the right to privacy of the person to whom the record relates, orders that the determination may be published.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

**278.91** For the purposes of sections 675 and 676, a determination to make or refuse to make an order pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) is deemed to be a question of law.

## V. Issues

On June 11, 1998, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

A further issue is whether this constitutional challenge has been brought prematurely.

## VI. Analysis

### A. *Introduction*

We have chosen to address the issues raised by this appeal in the following manner. First, we will

**278.9** (1) Il est interdit de publier dans un journal, au sens de l'article 297, ou de diffuser à la radio ou à la télévision:

a) le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;

b) tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

**278.91** Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

## V. Les questions en litige

Le 11 juin 1998, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?
3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Une autre question est de savoir si la présente contestation constitutionnelle est prématurée.

## VI. Analyse

### A. *Introduction*

Nous avons décidé d'examiner les questions soulevées par le présent pourvoi de la façon sui-

outline why this constitutional challenge is not premature. Second, we will discuss the relevant background considerations such as the relationship between the courts and Parliament in light of this Court's decision in *O'Connor*, *supra*, and the definition of the constitutional rights at stake in this appeal. Third, with this background and context, we will consider the constitutionality of the impugned provisions.

### B. Prematurity

35 The appellant the Attorney General for Alberta ("Alberta") submitted that Belzil J.'s finding of constitutional invalidity was premature and lacked an adequate factual foundation. Alberta argued that as no application for records had been made by the respondent under the new provisions, it is unclear what records, if any, would be denied to the respondent. Several lower courts have endorsed this reasoning. For example, see *R. v. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (Q.B.); *R. v. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Prov. Div.); *R. v. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Gen. Div.). However, other courts have adopted Belzil J.'s reasoning in the court below: see, e.g., *R. v. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Gen. Div.); *R. v. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Gen. Div.); *R. v. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Gen. Div.).

36 The mere fact that it is not clear whether the respondent will in fact be denied access to records potentially necessary for full answer and defence does not make the claim premature. The respondent need not prove that the impugned legislation would probably violate his right to make full answer and defence. Establishing that the legislation is unconstitutional in its general effects would suffice, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982*,

vante. En premier lieu, nous allons exposer pourquoi la présente contestation constitutionnelle n'est pas prématurée. En deuxième lieu, nous allons analyser les facteurs contextuels pertinents, comme les rapports entre les tribunaux et le législateur, à la lumière de l'arrêt *O'Connor*, précité, de notre Cour et de la définition des droits constitutionnels en jeu dans le présent pourvoi. En troisième lieu, nous allons, dans ce contexte, examiner la constitutionnalité des dispositions contestées.

### B. Le caractère prématuré

L'appelant le procureur général de l'Alberta («Alberta») a soutenu que la conclusion à l'inconstitutionnalité tirée par le juge Belzil était prématurée et n'avait aucun fondement factuel adéquat. L'Alberta a fait valoir qu'étant donné que l'intimé n'avait fait aucune demande de dossiers fondée sur les nouvelles dispositions, on ne savait pas clairement à quels dossiers, le cas échéant, l'intimé se verrait refuser l'accès. Plusieurs tribunaux d'instance inférieure ont adopté ce raisonnement. Voir, par exemple, *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (B.R.); *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Div. gén.); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Div. prov.); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (C.S.T.-N. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (C.S.T.-N. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Div. gén.). D'autres tribunaux ont cependant suivi le raisonnement adopté au procès par le juge Belzil: voir, par exemple, *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Div. gén.); *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Div. gén.); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Div. gén.).

Le simple fait qu'il ne soit pas clair que l'intimé se verra effectivement refuser l'accès à des dossiers susceptibles d'être nécessaires pour pouvoir présenter une défense pleine et entière ne rend pas la demande prématurée. L'intimé n'a pas à prouver que la mesure législative contestée porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il suffirait d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, étant donné que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend

declares a law to be of no force or effect to the extent that it is inconsistent with the Constitution.

However, accepting that the respondent may challenge the general constitutionality of the impugned legislation does not answer the question of whether the respondent must first apply for, and be denied, the production of third party records before bringing a constitutional challenge. The question to answer is whether the appeal record provides sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised. As Sopinka J. stated for the Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 955, when discussing the general rule that constitutional challenges should be disposed of at the end of a case: “An apparently meritorious *Charter* challenge of the law under which the accused is charged which is not dependent on facts to be elicited during the trial may come within this exception to the general rule” (emphasis added).

This Court has often stressed the importance of a factual basis in *Charter* cases. See, for example, *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 762 and 767-68, per Dickson C.J.; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 83; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 452; *DeSousa*, *supra*, at p. 954; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 15. These facts have been broken into two categories: legislative and adjudicative. In *Danson*, *supra*, at p. 1099, Sopinka J., for the Court, outlined these categories as follows:

These terms derive from Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, p. 353. (See also Morgan, “Proof of Facts in Charter Litigation”, in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: in

inopérante la règle de droit qui est incompatible avec la Constitution.

Toutefois, accepter que l’intimé peut contester la constitutionnalité générale de la mesure législative en cause ne répond pas à la question de savoir si, avant de procéder à une contestation constitutionnelle, il doit préalablement demander et se voir refuser la communication de dossiers de tiers. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si le dossier d’appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. Comme le juge Sopinka l’a dit au nom de notre Cour dans l’arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, à la p. 955, lorsqu’il analysait la règle générale selon laquelle les contestations constitutionnelles devaient être tranchées à la fin des débats: «Une attaque, fondée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l’accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès pourrait être visée par cette exception à la règle générale» (nous soulignons).

Notre Cour a souvent souligné l’importance de l’existence d’un fondement factuel dans les affaires relatives à la *Charte*. Voir, par exemple, *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 762, 767 et 768, le juge en chef Dickson; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 83; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 452; *DeSousa*, précité, à la p. 954; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 15. Ces faits ont été divisés en deux catégories: les faits législatifs et les faits en litige. Dans l’arrêt *Danson*, précité, à la p. 1099, le juge Sopinka, s’exprimant au nom de notre Cour, a exposé ces catégories de la façon suivante:

Ces expressions proviennent de l’ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les

37

38

Davis' words, "who did what, where, when, how, and with what motive or intent . . ." Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements: see e.g., *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, per Laskin C.J., at p. 391; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, per Dickson J. (as he then was), at p. 723; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, per McIntyre J., at p. 318.

parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

39 The argument that the present appeal is premature rests on the contention that there are few adjudicative facts before the Court. Two points may be made in response.

L'argument que le présent pourvoi est prématuré repose sur la prétention que notre Cour est saisie de peu de faits en litige. On peut répondre à cet argument de deux façons.

40 First, it is not clear what further adjudicative facts would arise if the respondent had gone through the impugned procedure and been refused production. Although, pursuant to s. 278.8(1) of the *Criminal Code*, the trial judge must provide reasons for refusing to order production of any record, or part of any record, presumably these reasons could not divulge much about the content of the records in question for that would defeat the very purpose of the new provisions.

Premièrement, on ne sait pas clairement quels seraient les autres faits en litige si l'intimé avait suivi la procédure contestée et s'était vu refuser la communication. Bien que, en vertu du par. 278.8(1) du *Code criminel*, le juge du procès doit motiver sa décision de refuser d'ordonner la communication d'un dossier ou d'une partie d'un dossier, ses motifs ne pourraient vraisemblablement pas en dire long sur le contenu du dossier en question car cela contrecarrerait l'objet même des nouvelles dispositions.

41 Second, the record contains sufficient facts to resolve the issues posed by the present appeal. Indeed, no argument was made that the adjudicative facts, sparse as they may be, are insufficient. Moreover, a determination that the legislation at issue in this appeal is unconstitutional in its general effect involves an assessment of the effects of the legislation under reasonable hypothetical circumstances. In *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, Gonthier J. stated, for the majority, at pp. 515-16:

Deuxièmement, le dossier contient suffisamment de faits pour trancher les questions soulevées par le présent pourvoi. En réalité, on n'a pas prétendu que les faits en litige, si clairsemés soient-ils, sont insuffisants. De plus, pour déterminer si la mesure législative en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables. Dans *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier a affirmé, au nom de la majorité, aux pp. 515 et 516:

It is true that this Court has been vigilant, wherever possible, to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the *Charter* (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099, and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361-62). Yet it has been noted above

Notre Cour a certes veillé autant que possible à s'assurer de l'existence d'une base factuelle appropriée avant d'évaluer une loi en fonction de la *Charte* (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099, et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 362). Pourtant, comme nous l'avons

that s. 12 jurisprudence does not contemplate a standard of review in which that kind of factual foundation is available in every instance. The applicable standard must focus on imaginable circumstances which could commonly arise in day-to-day life. [Emphasis added.]

Likewise, given the nature of the statutory framework, where the accused and the Court remain unaware of the contents of the records sought, many of the arguments by necessity focus upon such “imaginable circumstances”.

Given these considerations, we are satisfied that there is an appropriate factual basis in this case and that the application is therefore not premature.

### C. Background Considerations

#### (1) The O’Connor Regime and Bill C-46

The respondent in this appeal and several interveners argued that the provisions of Bill C-46 are unconstitutional to the extent that they are inconsistent with the reasons of the majority of this Court in *O’Connor*, *supra*. Belzil J., for the court below, similarly held that Bill C-46 is unconstitutional because it alters the constitutional balance achieved in *O’Connor*. Before addressing these arguments, we will briefly review the production regimes at issue.

##### (a) *The O’Connor Regime*

This Court’s decision in *O’Connor*, concerned the common law procedure to be followed by an accused seeking production of therapeutic records in the hands of third parties. As a preliminary matter, Lamer C.J. and Sopinka J., for the majority on the issue of production, also discussed the issue of disclosure of therapeutic records in the hands of the Crown. In their opinion, the Crown’s obligation to disclose records in its possession or control, as established in *Stinchcombe*, *supra*, is unaltered by the confidential nature of therapeutic records where the records have been shared with the Crown or “confidentiality has been waived for the purpose of proceeding against the accused”

indiqué plus haut, la jurisprudence portant sur l’art. 12 n’envisage pas une norme d’examen qui repose dans chaque cas sur ce genre de base factuelle. La norme applicable doit être centrée sur des circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne. [Nous soulignons.]

De même, compte tenu de la nature du cadre législatif, où l’accusé et le tribunal ignorent le contenu des dossiers demandés, un bon nombre d’arguments portent nécessairement sur des «circonstances imaginables».

Compte tenu de ces facteurs, nous sommes convaincus qu’il y a un fondement factuel approprié en l’espèce et que la demande n’est donc pas prématurée.

### C. Les facteurs contextuels

#### (1) Le régime de l’arrêt O’Connor et la loi C-46

Dans le présent pourvoi, l’intimé et plusieurs intervenants ont prétendu que les dispositions de la loi C-46 sont inconstitutionnelles dans la mesure où elles sont incompatibles avec les motifs prononcés par notre Cour, à la majorité, dans l’arrêt *O’Connor*, précité. De même, le juge Belzil a conclu, au procès, que la loi C-46 est inconstitutionnelle parce qu’elle modifie l’équilibre constitutionnel établi dans l’arrêt *O’Connor*. Avant d’aborder ces arguments, nous allons examiner brièvement les régimes de communication en cause.

##### a) *Le régime de l’arrêt O’Connor*

L’arrêt *O’Connor* de notre Cour portait sur la procédure de common law que devait suivre l’accusé qui cherchait à obtenir la communication de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. À titre préliminaire, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la majorité sur la question de la communication, ont également analysé la question de la communication des dossiers thérapeutiques qui sont en la possession du ministère public. Ils étaient d’avis que l’obligation du ministère public de communiquer les dossiers qui sont en sa possession ou sous son contrôle, qui a été établie dans l’arrêt *Stinchcombe*, précité, n’est pas modifiée par la nature confidentielle des dos-

42

43

44

(para. 9). Even if privileged, these records must be disclosed to the accused where “clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence” (para. 11).

siers thérapeutiques lorsque ces dossiers ont été communiqués au ministère public ou que «l’on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l’accusé» (par. 9). Même s’ils sont protégés, ces dossiers doivent être communiqués à l’accusé lorsqu’ils sont «manifestement pertinents et importants pour permettre à l’accusé de faire valoir un moyen de défense» (par. 11).

45 In the context of ordering production of records that are in the hands of third parties, Lamer C.J. and Sopinka J. outlined a two-stage process. At the first stage, the issue is whether the document sought by the accused ought to be produced to the judge; at the second stage, the trial judge must balance the competing interests to decide whether to order production to the accused. At the first stage, the onus is on the accused to establish that the information in question is “likely to be relevant” (para. 19 (emphasis in original)). Unlike in the Crown disclosure context, where relevance is understood to mean “may be useful to the defence”, the threshold of likely relevance in this context requires that the presiding judge be satisfied “that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify” (para. 22 (emphasis in original)). This shift in onus and the higher threshold, as compared to when records are in the possession of the Crown, was necessitated by the fact that the information in question is not part of the state’s “case to meet”, the state has not been given access to it, and third parties are under no obligation to assist the defence.

En ce qui concerne l’ordonnance de communication de dossiers qui sont en la possession de tiers, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont exposé une procédure en deux étapes. À la première étape, il s’agit de savoir si le document demandé par l’accusé devrait être communiqué au juge; à la deuxième étape, le juge du procès doit évaluer les intérêts opposés pour décider s’il y a lieu d’ordonner la communication à l’accusé. À la première étape, il incombe à l’accusé d’établir que les renseignements en cause sont d’une «pertinence probable» (par. 19 (souligné dans l’original)). Contrairement au contexte de la communication par le ministère public, où la pertinence est interprétée comme signifiant «l’utilité que [cela peut] avoir pour la défense», le seuil de la pertinence probable dans ce contexte exige que le juge qui préside le procès soit convaincu «qu’il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l’habilité à témoigner d’un témoin» (par. 22 (souligné dans l’original)). Ce déplacement d’obligation ainsi que le seuil plus élevé, comparativement aux cas où les dossiers sont en la possession du ministère public, sont devenus nécessaires du fait que les renseignements en cause ne font pas partie de la «preuve à charge» de l’État, que ce dernier n’y a pas eu accès et que les tiers ne sont pas tenus d’aider la défense.

46 Lamer C.J. and Sopinka J. held that the threshold of likely relevance at this first stage is not a significant or onerous burden. It is meant to prevent requests for production that are “speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming” (para. 24). Although Lamer C.J. and Sopinka J. disagreed with L’Heureux-Dubé J. that therapeutic records are rarely relevant to the

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont statué que le seuil de la pertinence probable à cette première étape ne constitue pas un fardeau important ou onéreux. Il vise à empêcher les demandes de communication «qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires» (par. 24). Même s’ils ne partageaient pas l’avis du

accused, they declined to set out “categories of relevance” (para. 27).

If the first stage is passed, the record is disclosed to the court and the application for production moves onto the second stage where the judge determines whether the record should be produced to the accused. At this second stage, Lamer C.J. and Sopinka J. require the trial judge to balance the competing interests in order to determine whether a non-production order would be a reasonable limit on the accused’s ability to make full answer and defence. They list a series of factors that trial judges should consider in making this determination (at para. 31):

(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; and (5) the potential prejudice to the complainant’s dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question.

Although L’Heureux-Dubé J., for the minority on this issue, outlined the same five factors as the majority, she also included two additional factors: the integrity of the trial process and the societal interest in reporting sexual crimes. Lamer C.J. and Sopinka J. held that the former is better dealt with when determining admissibility of the evidence and that the latter, while a relevant factor, was “not a paramount consideration” as there are many other avenues open to the trial judge to protect this interest than declining production (at paras. 32 and 33).

(b) *Bill C-46*

On May 12, 1997, approximately 17 months after this Court released its decision in *O’Connor*, Bill C-46 came into force. Bill C-46 sets out a process to govern the production of the private

juge L’Heureux-Dubé que les dossiers thérapeutiques sont rarement utiles à l’accusé, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont refusé d’établir des «catégories de pertinence» (par. 27).

Si la première étape est franchie, le dossier est communiqué au tribunal et la demande de communication passe à la deuxième étape, où le juge décide s’il y a lieu de communiquer le dossier à l’accusé. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka exigent qu’à cette étape le juge du procès évalue les intérêts opposés afin de déterminer si une ordonnance de non-communication constituerait une limite raisonnable à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Ils énumèrent une série de facteurs dont le juge du procès devrait tenir compte pour prendre sa décision (au par. 31):

(1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l’accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l’attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question.

Bien qu’elle ait exposé les cinq mêmes facteurs que les juges majoritaires, le juge L’Heureux-Dubé, s’exprimant au nom des juges dissidents sur cette question, a ajouté deux facteurs supplémentaires: l’intégrité du processus judiciaire et l’intérêt de la société à ce que les crimes d’ordre sexuel soient signalés. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu qu’il valait mieux examiner le premier facteur en déterminant l’admissibilité de la preuve et que l’autre facteur, quoique pertinent, n’était «pas une considération primordiale» puisque le juge du procès dispose de nombreux moyens, autres que refuser la communication, de protéger cet intérêt (aux par. 32 et 33).

b) *La loi C-46*

Le 12 mai 1997, environ 17 mois après que notre Cour eut rendu l’arrêt *O’Connor*, la loi C-46 est entrée en vigueur. Cette loi énonce une procédure régissant la communication des dossiers



records of complainants and witnesses in sexual assault trials in place of the common law regime this Court established in *O'Connor*. The preamble to the Bill indicates that Parliament was concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society, its prevalence against women and children, and its “particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society and on the rights of women and children to security of the person, privacy and equal benefit of the law as guaranteed by sections 7, 8, 15 and 28 of the [*Charter*]”. The preamble expressly declares that Parliament seeks to provide a framework of laws that are fair to and protect the rights of both accused persons and complainants.

privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d’agression sexuelle, qui vient remplacer le régime de common law établi par notre Cour dans l’arrêt *O'Connor*. Son préambule indique que le législateur était préoccupé par les cas de violence et d’exploitation sexuelles au sein de la société canadienne, par la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants et par leurs «effets particulièrement néfastes sur les chances d’égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte*». Le préambule précise que le législateur cherche à établir un cadre juridique qui soit équitable et qui protège à la fois les droits des accusés et ceux des plaignants.

49 While the Bill retains the two-stage structure set out in *O'Connor*, there are significant differences between the two regimes. Many of these are uncontentious. In the following overview of the Bill, we expound on only the provisions brought under review in this appeal.

Bien que la Loi maintienne la procédure en deux étapes énoncée dans l’arrêt *O'Connor*, il existe entre les deux régimes d’importantes différences qui, dans une large mesure, sont incontestées. Dans l’aperçu suivant de la Loi, nous expliquons seulement les dispositions qui sont examinées dans le présent pourvoi.

50 Bill C-46 begins by defining the records to which it applies: “any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy”, excluding investigatory or prosecutorial records: s. 278.1. It goes on to define the types of offences that will trigger its application: s. 278.2(1). Generally, these are sexual assault and similar sexual offences. Section 278.2(1) states that an accused person charged with these offences cannot obtain the records relating to complainants or witnesses covered by s. 278.1, except in accordance with the process set out by the Bill.

La loi C-46 définit d’abord les dossiers auxquels elle s’applique comme étant «toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée», à l’exclusion des dossiers d’enquête et ceux de la poursuite: art. 278.1. Elle définit ensuite les genres d’infractions qui vont déclencher son application: par. 278.2(1). En général, ce sont l’agression sexuelle et les infractions d’ordre sexuel similaires. Le paragraphe 278.2(1) prévoit que la personne accusée de ces infractions ne peut obtenir les dossiers concernant les plaignants et les témoins visés par l’art. 278.1 qu’en conformité avec la procédure énoncée par la Loi.

51 A third preliminary section, s. 278.2(2), states that the Bill applies to records in the possession or control of any person, including the Crown prosecutor, unless the complainant or witness “has expressly waived the application of [the Bill]”. Absent waiver, documents in the possession of the prosecution are treated in the same manner as doc-

Une troisième disposition préliminaire, soit le par. 278.2(2), prévoit que la Loi s’applique aux dossiers en la possession ou sous le contrôle de toute personne, y compris le procureur du ministère public, sauf si le plaignant ou le témoin «a expressément renoncé à l’application» de la Loi. En l’absence de renonciation, les documents

uments in the hands of a private individual or organization and therefore are subject to disclosure pursuant to the Bill's procedures.

Yet another preliminary provision sets out "assertions" that are "not sufficient on their own" on an application for production to establish that a record is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify": s. 278.3(4).

This brings us to the heart of the Bill — the process established to govern the production of private records to an accused person in sexual offence proceedings. Like *O'Connor*, Parliament has set up a two-stage process: (1) disclosure to the judge; and (2) production to the accused. At the first stage, the accused must establish that the record sought is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" and that "the production of the record is necessary in the interests of justice" (s. 278.5(1)). Bill C-46 diverges from *O'Connor* by directing the trial judge to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to full answer and defence and the complainant's or witness's right to privacy and equality. A series of factors is listed that the trial judge is directed to take into account in deciding whether the document should be produced to the court (s. 278.5(2)):

- (a) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;
- (b) the probative value of the record;
- (c) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;
- (d) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;
- (e) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;
- (f) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

en la possession de la poursuite sont traités de la même manière que les documents détenus par un particulier ou par un organisme privé, et ils sont donc sujets à communication selon la procédure établie par la Loi.

Encore est-il qu'une autre disposition préliminaire énonce les «affirmations» qui, dans une demande de communication, ne «suffisent pas en soi» à démontrer qu'un dossier est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner»: par. 278.3(4).

Cela nous amène au cœur de la Loi — la procédure établie pour régir la communication de dossiers privés à un accusé dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. À l'instar de l'arrêt *O'Connor*, le législateur a établi une procédure en deux étapes: (1) la communication au juge, et (2) la communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier demandé est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» et que sa communication «sert les intérêts de la justice» (par. 278.5(1)). La loi C-46 diffère de l'arrêt *O'Connor* en ce sens qu'elle ordonne au juge du procès de prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin. Suit une liste de facteurs dont le juge du procès doit tenir compte pour décider si le document doit être communiqué ou non au tribunal (par. 278.5(2)):

- a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;
- b) sa valeur probante;
- c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;
- d) la question de savoir si sa communication repose sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;
- e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;
- f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

52

53

(g) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(h) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

54

If the requirements of this first stage are met, the record will be ordered produced to the trial judge. At the second stage, the judge looks at the record in the absence of the parties (s. 278.6(1)), holds a hearing if necessary (s. 278.6(2)), and determines whether the record should be produced on the basis that it is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" and that its production is "necessary in the interests of justice" (s. 278.7). Again at this stage, the judge must consider the salutary and deleterious effects on the accused's right to make full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, and is directed to "take into account" the factors set out at s. 278.5(2): s. 278.7(2). When ordering production, the judge may impose conditions on production: s. 278.7(3).

Si les exigences de la première étape sont respectées, la communication du dossier au juge du procès sera ordonnée. À la deuxième étape, le juge examine le dossier en l'absence des parties (par. 278.6(1)), tient une audience si nécessaire (par. 278.6(2)) et décide s'il y a lieu de communiquer le dossier pour le motif qu'il est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» et que sa communication «sert les intérêts de la justice» (art. 278.7). Là encore, à cette étape, le juge doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, et il doit «tenir compte» des facteurs énumérés au par. 278.5(2): par. 278.7(2). Lorsqu'il ordonne la communication, le juge peut l'assujettir à des conditions: par. 278.7(3).

55

The respondent and several supporting interveners argue that Bill C-46 is unconstitutional to the extent that it establishes a regime for production that differs from or is inconsistent with that established by the majority in *O'Connor*. However, it does not follow from the fact that a law passed by Parliament differs from a regime envisaged by the Court in the absence of a statutory scheme, that Parliament's law is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it remains constitutional. Just as Parliament must respect the Court's rulings, so the Court must respect Parliament's determination that the judicial scheme can be improved. To insist on slavish conformity would belie the mutual respect that underpins the relationship between the courts and legislature that is so essential to our constitutional democracy: *Vriend, supra*. We turn now to a brief discussion of that relationship.

L'intimé et plusieurs intervenants qui l'appuient font valoir que la loi C-46 est inconstitutionnelle dans la mesure où elle établit un régime de communication qui diffère de celui établi par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, ou qui est incompatible avec celui-ci. Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut toutefois pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle: *Vriend*, précité. Nous passons maintenant à une brève analyse de ces rapports.

(2) Relationship Between the Courts and the Legislature Generally

A posture of respect towards Parliament was endorsed by this Court in *Slaight Communications, supra*, at p. 1078, where we held that if legislation is amenable to two interpretations, a court should choose the interpretation that upholds the legislation as constitutional. Thus courts must presume that Parliament intended to enact constitutional legislation and strive, where possible, to give effect to this intention.

This Court has also discussed the relationship between the courts and the legislature in terms of a dialogue, and emphasized its importance to the democratic process. In *Vriend, supra*, at para. 139, Iacobucci J. stated:

To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

See also P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. If the common law were to be taken as establishing the only possible constitutional regime, then we could not speak of a dialogue with the legislature. Such a situation could only undermine rather than enhance democracy. Legislative change and the development of the common law are different. As this Court noted in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666, the common law changes incrementally, “while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature”. While this dialogue obviously is of a somewhat different nature when the common law rule involves interpretation of the *Charter*, as in *O’Connor*, it remains a dialogue nonetheless.

(2) Les rapports généraux entre les tribunaux et le législateur

Notre Cour a adopté une attitude de respect envers le législateur dans l’arrêt *Slaight Communications*, précité, à la p. 1078, où elle a conclu que, si une mesure législative prête à deux interprétations, le tribunal doit choisir celle qui en maintient le caractère constitutionnel. Par conséquent, les tribunaux doivent présumer que le législateur avait l’intention d’adopter une mesure législative constitutionnelle et ils doivent s’efforcer, autant que possible, de mettre à exécution cette intention.

56

Notre Cour a également analysé les rapports entre les tribunaux et le législateur sous l’angle d’un dialogue, et elle a souligné leur importance pour le processus démocratique. Dans l’arrêt *Vriend*, précité, au par. 139, le juge Iacobucci a dit:

57

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu’ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d’autres textes de loi (ou même en se prévalant de l’art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l’enrichissent.

Voir aussi P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. S’il fallait considérer que la common law établit le seul régime constitutionnel possible, on ne pourrait pas alors parler de dialogue avec le législateur. Une telle situation ne pourrait que miner la démocratie au lieu de la favoriser. La modification législative et l’évolution de la common law sont deux choses différentes. Comme notre Cour l’a souligné dans l’arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 666, la common law change progressivement, tandis qu’il «convient de laisser au législateur le soin d’apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines». Bien que ce dialogue diffère évidemment quelque peu lorsque la règle de common law nécessite l’interprétation de la *Charte*, comme dans l’arrêt *O’Connor*, il n’en demeure pas moins un dialogue.

58

Moreover, in this Court's recent decision *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, we affirmed the proposition that constitutionalism can facilitate democracy rather than undermine it, and that one way in which it does this is by ensuring that fundamental human rights and individual freedoms are given due regard and protection (at paras. 74-78). Courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms; Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups. This is especially important to recognize in the context of sexual violence. The history of the treatment of sexual assault complainants by our society and our legal system is an unfortunate one. Important change has occurred through legislation aimed at both recognizing the rights and interests of complainants in criminal proceedings, and debunking the stereotypes that have been so damaging to women and children, but the treatment of sexual assault complainants remains an ongoing problem. If constitutional democracy is meant to ensure that due regard is given to the voices of those vulnerable to being overlooked by the majority, then this court has an obligation to consider respectfully Parliament's attempt to respond to such voices.

59

Parliament has enacted this legislation after a long consultation process that included a consideration of the constitutional standards outlined by this Court in *O'Connor*. While it is the role of the courts to specify such standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards. It goes without saying that this range is not confined to the specific rule adopted by the Court pursuant to its competence in the common law. In the present case, Parliament decided that legislation was necessary in order to address the issue of third party records more comprehensively. As is evident from the language of the preamble to Bill C-46, Parliament also sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, to encourage the reporting of incidents of sexual violence, to recognize the impact of the pro-

De plus, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, notre Cour a récemment confirmé que le constitutionnalisme peut faciliter la démocratie au lieu de la miner, et que l'une des façons dont il le fait est de garantir le respect et la protection qui sont dus aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles de la personne (au par. 74 à 78). Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés; le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables. Il importe particulièrement de reconnaître ce fait dans le contexte de la violence sexuelle. La façon dont notre société et notre système judiciaire ont traité les plaignants en matière d'agression sexuelle dans le passé est regrettable. D'importantes modifications ont été effectuées par voie législative dans le but de reconnaître les droits et intérêts des plaignants en matière criminelle et de mettre fin aux stéréotypes qui ont fait tant de tort aux femmes et aux enfants, mais le traitement des plaignants en matière d'agression sexuelle constitue toujours un problème. Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix.

Le législateur a adopté la présente mesure législative à la suite d'un long processus de consultation qui a comporté un examen des normes constitutionnelles exposées par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. Il va sans dire que cette gamme ne se limite pas à la règle particulière que la Cour a adoptée conformément à sa compétence en matière de common law. En l'espèce, le législateur a décidé qu'une mesure législative était nécessaire pour aborder de façon plus exhaustive la question des dossiers de tiers. Comme l'indique clairement le préambule de la loi C-46, le législateur a également cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénoncia-

duction of personal information on the efficacy of treatment, and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused. Many of these concerns involve policy decisions regarding criminal procedure and its relationship to the community at large. Parliament may also be understood to be recognizing “horizontal” equality concerns, where women’s inequality results from the acts of other individuals and groups rather than the state, but which nonetheless may have many consequences for the criminal justice system. It is perfectly reasonable that these many concerns may lead to a procedure that is different from the common law position but that nonetheless meets the required constitutional standards.

We cannot presume that the legislation is unconstitutional simply because it is different from the common law position. The question before us is not whether Parliament can amend the common law; it clearly can. The question before us is whether in doing so Parliament has nonetheless outlined a constitutionally acceptable procedure for the production of private records of complainants in sexual assault trials. This question is considered at length below, following the discussion of the constitutional rights at stake in this appeal.

(3) Tensions Among Full Answer and Defence, Privacy, and Equality

(a) *Balancing Interests and Defining Rights*

At play in this appeal are three principles, which find their support in specific provisions of the *Charter*. These are full answer and defence, privacy, and equality. No single principle is absolute and capable of trumping the others; all must be defined in light of competing claims. As Lamer C.J. stated in *Dagenais*, *supra*, at p. 877: “When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to

tion des cas de violence sexuelle, à reconnaître l’incidence de la communication de renseignements personnels sur l’efficacité des traitements et à concilier l’équité pour le plaignant avec les droits de l’accusé. Un bon nombre de ces préoccupations nécessitent des décisions de principe concernant la procédure criminelle et son lien avec la collectivité en général. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d’égalité «horizontale» lorsque l’inégalité des femmes, qui résulte d’actes accomplis par d’autres personnes et groupes plutôt que par l’État, peut néanmoins avoir de nombreuses conséquences sur le système de justice criminelle. Il est tout à fait raisonnable que ces nombreuses préoccupations puissent mener à une procédure qui diffère de la position de la common law mais qui respecte néanmoins les normes constitutionnelles requises.

Nous ne pouvons pas présumer que la mesure législative est inconstitutionnelle simplement parce qu’elle diffère de la position de la common law. La question dont nous sommes saisis n’est pas de savoir si le législateur peut modifier la common law; il le peut manifestement. La question dont nous sommes saisis est de savoir si, en le faisant, le législateur a malgré tout exposé une procédure constitutionnellement acceptable relativement à la communication des dossiers privés de plaignants dans des procès en matière d’agression sexuelle. Cette question est examinée en détail plus loin, après une analyse des droits constitutionnels en jeu dans le présent pourvoi.

(3) Les tensions entre défense pleine et entière, vie privée et égalité

a) *Évaluation des intérêts et définition des droits*

Trois principes étayés par des dispositions particulières de la *Charte* sont en jeu dans le présent pourvoi. Ce sont les principes de la défense pleine et entière, de la vie privée et de l’égalité. Aucun de ces principes n’est absolu et n’est susceptible de l’emporter sur les autres; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées. Comme le juge en chef Lamer l’a dit dans l’arrêt *Dagenais*, précité, à la p. 877: «Lorsque les droits de deux

60

61

be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.” This illustrates the importance of interpreting rights in a contextual manner — not because they are of intermittent importance but because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances.

62 The respondent’s right to liberty under s. 7 of the *Charter* is engaged because he faces the possibility of imprisonment. The question therefore becomes whether the procedure outlined in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* violates the principles of fundamental justice. To answer this we must determine what the relevant rights are. First of all, the denial of the accused’s ability to make full answer and defence implicates s. 7. An unreasonable search and seizure of a complainant’s records, however, violates the complainant’s right to privacy protected under s. 8. As this Court made clear in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502, both of these rights are instances of the “principles of fundamental justice” enshrined in s. 7. Insofar as the rights at stake all fall within ss. 7 to 14, the “principles of fundamental justice” provide a useful context for defining these rights in light of each other.

63 Considered in the abstract, these principles of fundamental justice may seem to conflict. The conflict is resolved by considering conflicting rights in the factual context of each particular case. Therefore, we do not say that a complainant’s right to be free from an unreasonable search and seizure may be justifiably infringed by the accused’s right to make full answer and defence or vice versa. Rather, part of what defines both a reasonable search or seizure and full answer and defence is a full appreciation of these principles of fundamental justice as they operate within a particular context.

64 Moreover, a full interpretation and discussion of these principles will implicate other *Charter* rights

individus sont en conflit, [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l’importance des deux catégories de droits.» Cela montre l’importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte — non parce qu’ils ont une importance sporadique, mais parce qu’ils sous-tendent ou s’inspirent souvent d’autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

Le droit à la liberté que l’art. 7 de la *Charte* garantit à l’intimé est en jeu parce que celui-ci est passible d’emprisonnement. Se pose donc la question de savoir si la procédure exposée aux art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* viole les principes de justice fondamentale. Pour répondre à cette question, nous devons déterminer quels sont les droits pertinents. Premièrement, un refus de permettre à l’accusé de présenter une défense pleine et entière fait intervenir l’art. 7. Une fouille et une saisie abusives des dossiers d’un plaignant violent toutefois le droit à la vie privée que lui garantit l’art. 8. Comme notre Cour l’a affirmé clairement dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 502, ces deux droits sont des exemples de «principes de justice fondamentale» consacrés à l’art. 7. Dans la mesure où les droits en jeu relèvent tous des art. 7 à 14, les «principes de justice fondamentale» fournissent un contexte utile pour définir ces droits les uns par rapport aux autres.

Examinés dans l’abstrait, ces principes de justice fondamentale peuvent sembler entrer en conflit. Ce conflit est résolu par l’examen des droits contradictoires en fonction des faits de chaque affaire. Par conséquent, nous n’affirmons pas que le droit de l’accusé à une défense pleine et entière peut, de façon justifiable, porter atteinte au droit d’un plaignant de ne pas faire l’objet d’une fouille, perquisition ou saisie abusive, ou vice versa. Au contraire, pour qu’il y ait fouille, perquisition ou saisie non abusive et défense pleine et entière, il faut notamment une compréhension complète de la façon dont ces principes de justice fondamentale s’appliquent dans un contexte donné.

De plus, l’interprétation et l’analyse complètes de ces principes fait intervenir d’autres droits

such as equality and security of the person. When the rights involved are outside of ss. 7 to 14, resort to the principles of fundamental justice will of course not be sufficient to resolve the question. However, it will not change the analysis. Whether or not all the rights involved are “principles of fundamental justice”, *Charter* rights must always be defined contextually.

It is also important to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 jurisprudence that has developed in this Court is in many respects quite similar to the balancing process mandated by s. 7. As McLachlin J. stated for the Court in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 152, regarding the latter: “The . . . question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused’s interests and the interests of society.” Much the same could be said regarding the central question posed by s. 1.

However, there are several important differences between the balancing exercises under ss. 1 and 7. The most important difference is that the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the violation of these boundaries may be justified. The different role played by ss. 1 and 7 also has important implications regarding which party bears the burden of proof. If interests are balanced under s. 7 then it is the rights claimant who bears the burden of proving that the balance struck by the impugned legislation violates s. 7. If interests are balanced under s. 1 then it is the state that bears the burden of justifying the infringement of the *Charter* rights.

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same

garantis par la *Charte*, comme l’égalité et la sécurité de la personne. Si les droits en cause ne relèvent pas des art. 7 à 14, il est évident que le recours aux principes de justice fondamentale ne sera pas suffisant pour résoudre la question. Toutefois, cela ne changera rien à l’analyse. Peu importe que les droits en cause soient tous ou non des «principes de justice fondamentale», les droits garantis par la *Charte* doivent toujours être définis en fonction du contexte.

Il est également important d’établir une distinction entre l’évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l’art. 7 et l’évaluation d’intérêts fondée sur l’article premier de la *Charte*. La jurisprudence de notre Cour relative à l’article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d’évaluation prescrit par l’art. 7. Comme le juge McLachlin l’a dit au nom de notre Cour dans l’arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 152, relativement à ce processus: «La [. . .] question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l’accusé et les intérêts de la société.» On pourrait en dire presque autant de la question principale soulevée par l’article premier.

Il y a cependant plusieurs différences importantes entre l’évaluation fondée sur l’article premier et celle qui est fondée sur l’art. 7. La différence la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l’art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l’article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Le rôle différent que jouent l’article premier et l’art. 7 a également des répercussions importantes sur l’identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve. Si les intérêts sont évalués en vertu de l’art. 7, c’est la personne qui revendique des droits qui a le fardeau de prouver que l’équilibre établi par la mesure législative contestée viole l’art. 7. Si les intérêts sont évalués en vertu de l’article premier, il incombe alors à l’État de justifier l’atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n’est

65

66

67



under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: “the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system”. In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles “embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as “numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more”.

pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». Par contre, l’article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes «comprennent [. . .] le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société». Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant «nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore».

68 Keeping these differences in mind, the first question to ask is how to define full answer and defence, privacy, and equality in this context, and not how they may be justifiably limited. We therefore now turn to a more detailed consideration of these rights and their animating principles.

Tout en ayant ces différences à l’esprit, la première question qu’il faut se poser est de savoir comment définir les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l’égalité dans ce contexte, et non pas comment ils peuvent être restreints de façon justifiable. Nous passons donc maintenant à un examen plus détaillé de ces droits et des principes qui les animent.

(b) *Nature of the Charter Principles*

b) *Nature des principes de la Charte*

(i) Full Answer and Defence

(i) La défense pleine et entière

69 It is well established that the ability of the accused to make full answer and defence is a principle of fundamental justice protected by s. 7: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. Full answer and defence is also linked to other principles of fundamental justice “such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination”: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, *per* Cory, Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 98. Many of these principles of fundamental justice are informed by the legal rights outlined in ss. 8 to 14

Il est bien établi que la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l’art. 7: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. La défense pleine et entière est également liée à d’autres principes de justice fondamentale «comme la présomption d’innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l’auto-incrimination»: *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, au par. 98. Un bon nombre de ces principes de justice fondamentale reposent sur les garanties juridiques

of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843. Indeed, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603, the majority of this Court recognized that both s. 7 and the guarantee of a right to a fair trial enshrined in s. 11(d) are “inextricably intertwined” and protect a right to full answer and defence.

Indeed, this Court recognized in *Stinchcombe, supra*, that non-disclosure of relevant information by the Crown can seriously erode the right to make full answer and defence and carries with it the very real threat of convicting an innocent person. Sopinka J. noted, at p. 336, that the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution found that the Crown’s failure to disclose prior inconsistent statements played a key role in the miscarriage of justice that occurred in that case, prompting the Commissioners to recommend that “anything less than complete disclosure by the Crown falls short of decency and fair play” (see *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 238).

Our jurisprudence has recognized on several occasions “the danger of placing the accused in a ‘Catch-22’ situation as a condition of making full answer and defence”: *O’Connor, supra*, at para. 25; see also *Dersch, supra*, at pp. 1513-14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1463-64; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. This is an important consideration in the context of records production as often the accused may be in the difficult position of making submissions regarding the importance to full answer and defence of records that he or she has not seen. Where the records are part of the case to meet, this concern is particularly acute as such a situation very directly implicates the accused’s ability to raise a doubt concerning his or her innocence. As the Court stated in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, “[t]his Court has consistently affirmed that it is a fundamental prin-

exposées aux art. 8 à 14 de la *Charte*: *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. En fait, dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603, notre Cour, à la majorité, a reconnu que l’art. 7 et le droit à un procès équitable garanti par l’al. 11d) étaient «inextricablement liés» et qu’ils protègent le droit à une défense pleine et entière.

En outre, notre Cour a reconnu, dans l’arrêt *Stinchcombe*, précité, que la non-divulgence de renseignements pertinents par le ministère public peut miner gravement le droit à une défense pleine et entière et risque fortement d’entraîner la déclaration de culpabilité d’un innocent. Le juge Sopinka a souligné, à la p. 336, que la Commission royale d’enquête sur les poursuites contre Donald Marshall, fils, avait conclu que l’omission du ministère public de divulguer des déclarations antérieures incompatibles avait contribué de façon majeure à l’erreur judiciaire commise dans cette affaire, ce qui avait incité les commissaires à affirmer que [TRADUCTION] «la décence et le franc-jeu ne commandent rien de moins que la communication intégrale de sa preuve par le ministère public» (voir *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), à la p. 238).

Notre jurisprudence a reconnu, à maintes reprises, qu’il est «dangereux de placer l’accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière»: *O’Connor*, précité, au par. 25; voir également *Dersch*, précité, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Ce facteur est important dans le contexte de la communication de dossiers, car souvent l’accusé peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l’importance, aux fins d’assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu’il n’a pas vus. Lorsque les dossiers font partie de la preuve du ministère public, cette préoccupation est d’autant plus grande qu’une telle situation influe très directement sur la capacité de l’accusé de soulever un doute quant à sa culpabilité. Comme notre Cour l’a

principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted". Where the records to which the accused seeks access are not part of the case to meet, however, privacy and equality considerations may require that it be more difficult for accused persons to gain access to therapeutic or other records.

dit dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, «[n]otre Cour a constamment affirmé que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*». Toutefois, lorsque les dossiers auxquels l'accusé cherche à avoir accès ne font pas partie de la preuve du ministère public, des considérations de vie privée et d'égalité peuvent exiger qu'il lui soit plus difficile d'avoir accès à des dossiers thérapeutiques ou autres.

72

That said, the principles of fundamental justice do not entitle the accused to "the most favourable procedures that could possibly be imagined": *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *per La Forest J.*, at p. 362. This is because fundamental justice embraces more than the rights of the accused. For example, this Court has held that an assessment of the fairness of the trial process must be made "from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant" and not just the accused: *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, *per Cory J.*, at p. 198. In a similar vein, *McLachlin J.*, in *Seaboyer*, *supra*, at p. 603, stated:

Cela dit, les principes de justice fondamentale ne donnent pas à l'accusé le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer»: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, à la p. 362. Il en est ainsi parce que la justice fondamentale englobe plus que les droits de l'accusé. Par exemple, notre Cour a conclu que l'équité du processus judiciaire doit être considérée «du point de vue de la collectivité et du plaignant», et non pas uniquement du point de vue de l'accusé: *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, le juge Cory, à la p. 198. Dans la même veine, le juge *McLachlin* a affirmé, dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 603:

The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns. Section 7 must be construed having regard to those interests and "against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare*, [[1988] 2 S.C.R. 387], at pp. 402-3 *per La Forest J.*). The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. On doit interpréter l'art. 7 en tenant compte de ces intérêts et «en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (*Beare*, [[1988] 2 R.C.S. 387], le juge La Forest, à la p. 403). Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

She concluded, at p. 606, that "the avoidance of unprobative and misleading evidence, the encouraging of reporting and the protection of the security and privacy of the witnesses" conform to these fundamental precepts.

Elle a conclu, à la p. 606, que «l'élimination d'éléments de preuve trompeurs ou à faible valeur probante, l'incitation au dépôt de plaintes et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins» respectent ces préceptes fondamentaux.

73

This spectrum of interests reflected in the principles of fundamental justice highlights the need to avoid viewing any particular principle in isolation

Cette gamme d'intérêts que reflètent les principes de justice fondamentale fait ressortir la nécessité d'éviter d'examiner un principe donné

from the others. As La Forest J. stated in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14:

As in other cases involving broad concepts like “fairness” and “principles of fundamental justice”, one is not engaged in absolute or immutable requirements; these concepts vary with the context in which they are invoked; see *Lyons*, at p. 361. Specifically here, one is engaged in a delicate balancing to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice; see my remarks in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539.

See also *Cunningham*, *supra*, at p. 152. The ability to make full answer and defence, as a principle of fundamental justice, must therefore be understood in light of other principles of fundamental justice which may embrace interests and perspectives beyond those of the accused.

One example is society’s interest in having the trial process arrive at the truth. Accordingly, this Court has held that full answer and defence does not entitle the accused to admit at trial all evidence that tends to prove his or her innocence irrespective of the ordinary rules governing admissibility of evidence, such as the hearsay exclusion: *Dersch*, *supra*, at p. 1515. In *Seaboyer*, *supra*, at pp. 609 *et seq.*, McLachlin J. stated that the underlying principle of many such exclusionary rules is that they disclose circumstances where the potential prejudice to the fact-finding process of the evidence to be admitted outweighs its probative value. Similarly, the accused has never had a right to irrelevant evidence. In other words, the accused is not permitted to distort the truth-seeking function of the trial process.

The foregoing considerations do not mean that the accused’s right to make full answer and defence is automatically breached where he or she

indépendamment des autres. Comme le juge La Forest l’a dit dans l’arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 14:

Comme dans les autres affaires soulevant des concepts généraux tels «l’équité» et «les principes de justice fondamentale», nous ne sommes pas en présence d’exigences absolues ou immuables; ces concepts varient suivant le contexte dans lequel ils sont invoqués; voir l’arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361. De façon plus particulière, en l’espèce, il faut accomplir une tâche délicate, c’est-à-dire établir un juste équilibre entre les intérêts de l’individu visé et l’intérêt de l’État qui est d’assurer un système de justice applicable et équitable; voir mes commentaires dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539.

Voir également l’arrêt *Cunningham*, précité, à la p. 152. La capacité de présenter une défense pleine et entière, en tant que principe de justice fondamentale, doit donc être interprétée en fonction des autres principes de justice fondamentale qui peuvent englober des intérêts et des points de vue autres que ceux de l’accusé.

Un exemple est l’intérêt qu’a la société à ce que le processus judiciaire aboutisse à la vérité. Par conséquent, notre Cour a conclu que le droit à une défense pleine et entière ne permet pas à l’accusé d’admettre, lors du procès, tous les éléments de preuve qui tendent à établir son innocence, sans égard aux règles ordinaires qui régissent l’admissibilité de la preuve, comme l’exclusion de la preuve par ouï-dire: *Dersch*, précité, à la p. 1515. Dans l’arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 609 et suiv., le juge McLachlin a affirmé que le principe sous-jacent d’un bon nombre de ces règles d’exclusion est qu’elles révèlent des circonstances où l’effet préjudiciable que l’élément de preuve à admettre peut avoir sur l’appréciation des faits l’emporte sur sa valeur probante. De même, l’accusé n’a jamais eu droit à des éléments de preuve non pertinents. En d’autres termes, il n’est pas permis à l’accusé de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire.

Les considérations qui précèdent ne signifient pas qu’il y a automatiquement atteinte au droit de l’accusé à une défense pleine et entière lorsque ce

74

75

is deprived of relevant information. As this Court outlined in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 25, where the claim is based on lost evidence, “the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence”. Other public interests may similarly limit the accused’s ability to gain access to potentially relevant information. This is clear from *Stinchcombe*, *supra*, where this Court held that the Crown’s disclosure obligation is subject to a privilege exception. Similarly, our law has long recognized the importance of protecting the identity of police informers through an informer privilege, subject to the “innocence at stake” exception: see *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *Leipert*, *supra*, at p. 295.

dernier est privé de renseignements pertinents. Comme notre Cour l’a exposé dans l’arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, au par. 25, lorsque la demande est fondée sur la perte d’un élément de preuve, «l’accusé [. . .] doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière». D’autres intérêts d’ordre public peuvent, de la même façon, limiter la capacité de l’accusé d’avoir accès à des renseignements potentiellement pertinents. Cela ressort nettement de l’arrêt *Stinchcombe*, précité, où notre Cour a conclu que l’obligation de divulgation du ministère public est assujettie à l’exception du privilège. De même, notre droit reconnaît depuis longtemps l’importance de préserver l’identité des indicateurs de police au moyen du privilège relatif aux indicateurs, sous réserve de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé; voir *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *Leipert*, précité, à la p. 295.

76

Several principles regarding the right to make full answer and defence emerge from the preceding discussion. First, the right to make full answer and defence is crucial to ensuring that the innocent are not convicted. To that end, courts must consider the danger of placing the accused in a Catch-22 situation as a condition of making full answer and defence, and will even override competing considerations in order to protect the right to make full answer and defence in certain circumstances, such as the “innocence at stake” exception to informer privilege. Second, the accused’s right must be defined in a context that includes other principles of fundamental justice and *Charter* provisions. Third, full answer and defence does not include the right to evidence that would distort the search for truth inherent in the trial process.

Plusieurs principes relatifs au droit à une défense pleine et entière émanent de l’analyse qui précède. Premièrement, le droit à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu’un innocent ne soit déclaré coupable. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte du danger de placer l’accusé dans une situation sans issue à titre de condition pour présenter une défense pleine et entière, et ils vont même passer outre à des intérêts opposés pour protéger le droit à une défense pleine et entière dans certains cas comme celui de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé, qui s’applique au privilège de l’indicateur de police. Deuxièmement, le droit de l’accusé doit être défini dans un contexte qui englobe d’autres principes de justice fondamentale et dispositions de la *Charte*. Troisièmement, le droit à une défense pleine et entière n’inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

(ii) Privacy

(ii) La vie privée

77

Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court has recognized that s. 8 of the

Depuis l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour reconnaît que l’art. 8 de la

*Charter* protects a person's reasonable expectation of privacy. This right is relevant to the present appeal, as an order for the production of documents is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627), as is the power to make copies of documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406). Therefore, an order for the production of records made pursuant to ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, falls within the ambit of s. 8.

Section 278.1 of the *Criminal Code* defines the records apposite to ss. 278.2 to 278.9 as:

... any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

Therefore, if a record does not contain information regarding which there is a reasonable expectation of privacy, then it is not subject to the impugned provisions governing production.

This Court has most often characterized the values engaged by privacy in terms of liberty, or the right to be left alone by the state. For example, in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, La Forest J. commented that "privacy is at the heart of liberty in a modern state". In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50, per Cory J., privacy was characterized as including "[t]he right to be free from intrusion or interference".

*Charte* protège l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Ce droit est pertinent en l'espèce puisqu'une ordonnance de communication de documents est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627), à l'instar du pouvoir de faire des copies de documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406). Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est donc visée par l'art. 8.

L'article 278.1 du *Code criminel* définit les dossiers visés par les art. 278.2 à 278.9 comme étant:

... toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

Par conséquent, les dispositions contestées qui régissent la communication ne visent pas le dossier qui ne renferme aucun renseignement pour lequel il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

Notre Cour considère le plus souvent que les valeurs liées à la protection de la vie privée sont la liberté ou le droit de ne pas être importuné par l'État. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest a fait remarquer que «la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne». Dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au par. 50, le juge Cory décrit la vie privée comme comportant «[l]e droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence».

78

79

80

This interest in being left alone by the state includes the ability to control the dissemination of confidential information. As La Forest J. stated in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 53-54:

... it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:

It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

These privacy concerns are at their strongest where aspects of one's individual identity are at stake, such as in the context of information "about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions": *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 517, *per* La Forest J., cited with approval in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 62.

81

The significance of these privacy concerns should not be understated. Many commentators have noted that privacy is also necessarily related to many fundamental human relations. As C. Fried states in "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, at pp. 477-78:

To respect, love, trust, feel affection for others and to regard ourselves as the objects of love, trust and affection is at the heart of our notion of ourselves as persons among persons, and privacy is the necessary atmosphere for these attitudes and actions, as oxygen is for combustion.

See also D. Feldman, "Privacy-related Rights and their Social Value", in P. Birks, ed., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, at pp. 26-27, and J. Rachels, "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. This Court recognized these fundamental aspects of privacy in *R. v. Plant*,

Ce droit de ne pas être importuné par l'État comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 53 et 54:

Il est [...] reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:

[TRADUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas: il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements «relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses»: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

Il ne faut pas minimiser l'importance de ces préoccupations en matière de vie privée. Plusieurs commentateurs ont souligné que la vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. Comme C. Fried le dit, dans «Privacy» (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, aux pp. 477 et 478:

[TRADUCTION] Respecter et aimer les autres, leur faire confiance et ressentir de l'affection à leur égard, et nous considérer nous-mêmes comme étant l'objet d'amour, de confiance et d'affection sont au cœur de notre perception de nous-mêmes en tant que personnes parmi d'autres personnes, et la vie privée constitue l'élément ambiant nécessaire à ces attitudes et à ces actes, comme l'oxygène l'est pour la combustion.

Voir également D. Feldman, «Privacy-related Rights and their Social Value», dans P. Birks, dir., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, aux pp. 26 et 27, et J. Rachels, «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. Notre Cour a reconnu ces aspects fondamentaux de la vie privée

[1993] 3 S.C.R. 281, where Sopinka J., for the majority, stated, at p. 293:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

That privacy is essential to maintaining relationships of trust was stressed to this Court by the eloquent submissions of many interveners in this case regarding counselling records. The therapeutic relationship is one that is characterized by trust, an element of which is confidentiality. Therefore, the protection of the complainant's reasonable expectation of privacy in her therapeutic records protects the therapeutic relationship.

Confidential relationships have a long history of being protected through the common law doctrine of privilege. The "Wigmore test" sets out the generally accepted criteria for determining whether, in a particular case, the communications at issue should be privileged and therefore excluded as evidence at trial (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2285, at p. 527). See *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 20.

Of course, where state action is implicated, and competing *Charter* rights are at stake such as in the present appeal, a common law test like Wigmore's will not be sufficient. We therefore advocate a different approach to balancing interests from that found in the Wigmore test for privilege. However, we accept that confidential relationships may be protected under s. 8 of the *Charter*.

Many interveners in this case pointed out that the therapeutic relationship has important implications for the complainant's psychological integrity.

dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293, où le juge Sopinka a affirmé au nom de la majorité:

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Nous soulignons.]

Le fait que la vie privée soit essentielle au maintien de rapports de confiance a été souligné devant notre Cour dans les observations éloquentes que de nombreux intervenants en l'espèce ont présentées relativement aux dossiers de consultation. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve donc la relation thérapeutique.

Les relations confidentielles sont protégées depuis longtemps par la règle de common law du privilège. Le «critère de Wigmore» est le critère qui sert généralement à déterminer si, dans une affaire donnée, les communications en cause doivent être protégées et, partant, être écartées à titre d'éléments de preuve au procès (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2285, à la p. 527). Voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au par. 20.

Naturellement, lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, il est question d'action de l'État et de droits opposés garantis par la *Charte*, un critère de common law comme le critère de Wigmore ne suffit pas. Nous préconisons donc une méthode d'évaluation des intérêts différente de celle que comporte le critère de Wigmore en matière de privilège. Nous acceptons toutefois que les relations confidentielles peuvent être protégées en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psycholo-

82

83

84

85



Counselling helps an individual to recover from his or her trauma. Even the possibility that this confidentiality may be breached affects the therapeutic relationship. Furthermore, it can reduce the complainant's willingness to report crime or deter him or her from counselling altogether. In our view, such concerns indicate that the protection of the therapeutic relationship protects the mental integrity of complainants and witnesses. This Court has on several occasions recognized that security of the person is violated by state action interfering with an individual's mental integrity: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paras. 58-60; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20, per Lamer J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, per Lamer J.; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 55-56, per Dickson C.J., and p. 173, per Wilson J. Therefore, in cases where a therapeutic relationship is threatened by the disclosure of private records, security of the person and not just privacy is implicated.

86 Despite the importance of the interests protected by privacy, this right may be limited; a reasonable search or seizure is permitted by s. 8 of the *Charter*. In *Hunter v. Southam, supra*, Dickson J. stated, for the Court, at pp. 159-60, that the limitation on the right guaranteed by s. 8

indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

This balance of interests is not to be assessed *ex post facto*. Thus, where feasible, a search or seizure requires prior authorization. Such authorization is to be provided by an individual who is capable of acting judicially, and who must assess the balance of interests at stake. As Dickson J. stated, at pp. 167-68:

gique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique. En outre, elle peut diminuer la volonté du plaignant de signaler le crime ou le dissuader carrément de recourir à la consultation. Nous estimons que ces préoccupations indiquent que la protection de la relation thérapeutique préserve l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que l'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 58 à 60; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 55 et 56, le juge en chef Dickson et, à la p. 173, le juge Wilson. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée.

Malgré l'importance des intérêts protégés par le droit à la vie privée, ce droit peut être limité: une fouille, une perquisition ou une saisie non abusive est permise par l'art. 8 de la *Charte*. Aux pages 159 et 160 de l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, le juge Dickson a affirmé, au nom de la Cour, que la limitation du droit garanti par l'art. 8

indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Cette évaluation des intérêts en cause ne doit pas être effectuée après coup. Ainsi, lorsque cela est possible, une fouille, une perquisition ou une saisie doit être préalablement autorisée. Cette autorisation doit être fournie par une personne capable d'agir judiciairement, qui doit procéder à une évaluation des intérêts en jeu. Comme le juge Dickson l'a dit, aux pp. 167 et 168:

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interests is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

Therefore, the appropriateness of the balance is assessed according to the nature of the interests at stake in a particular context, and the place of these interests within our legal and political traditions.

The present appeal asks how to define the privacy rights of third parties in light of the accused's right to gain access to evidence in order to make full answer and defence. As the right to make full answer and defence is a principle of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, it is helpful to explore the connection between ss. 7 and 8 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 502, Lamer J. stated for the majority:

Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14.

Of course, later cases have held that the text of the *Charter* supports some differences between ss. 7 and 8. For example, s. 8 applies to corporations whereas s. 7 does not: *Hunter v. Southam*, *supra*; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In *CIP Inc.*, *supra*, at p. 854, this Court held that the concern that there be no incongruity between ss. 7 and 8-14 related to the

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

Le caractère approprié de l'évaluation dépend donc de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu'ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques.

Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir comment définir le droit à la vie privée de tiers en fonction du droit de l'accusé d'avoir accès à des éléments de preuve afin de présenter une défense pleine et entière. Étant donné que le droit à une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, il est utile d'examiner le lien qui existe entre les art. 7 et 8 de la *Charte*. Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 502, le juge Lamer affirme au nom de la majorité:

En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14.

Naturellement, il a été conclu dans des arrêts subséquents que le texte de la *Charte* étaye l'existence de certaines différences entre les art. 7 et 8. Par exemple, l'art. 8 s'applique aux personnes morales, contrairement à l'art. 7: *Hunter c. Southam*, précité; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Dans l'arrêt *CIP Inc.*, précité, à la p. 854, notre Cour a conclu que le souci qu'il n'y ait aucune incongruité entre l'art. 7 et les art. 8 à 14 concernait les principes de

principles of fundamental justice and not to the scope of life, liberty and security of the person.

88 Given that s. 8 protects a person's privacy by prohibiting unreasonable searches or seizures, and given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice, we can infer that a reasonable search or seizure is consistent with the principles of fundamental justice. Moreover, as we have already discussed, the principles of fundamental justice include the right to make full answer and defence. Therefore, a reasonable search and seizure will be one that accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right.

89 From our preceding discussion of the right to make full answer and defence, it is clear that the accused will have no right to the records in question insofar as they contain information that is either irrelevant or would serve to distort the search for truth, as access to such information is not included within the ambit of the accused's right. In this regard, it is important to note that several interveners before this Court stressed the importance of understanding the context in which therapeutic records are made and their potential unreliability as a factual account of an event. However, the accused's right must prevail where the lack of disclosure or production of the record would render him unable to make full answer and defence. This is because our justice system has always held that the threat of convicting an innocent individual strikes at the heart of the principles of fundamental justice. However, between these extremes lies a spectrum of possibilities regarding where to strike a balance between these competing rights in any particular context. The values protected by privacy rights will be most directly at stake where the confidential information contained in a record concerns aspects of one's individual identity or where the maintenance of confidentiality is crucial to a therapeutic, or other trust-like, relationship.

justice fondamentale, et non pas la portée du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

Étant donné que l'art. 8 garantit le droit à la vie privée d'une personne en interdisant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, et étant donné que cet article vise une application particulière des principes de justice fondamentale, nous pouvons en déduire qu'une fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale. De plus, comme nous l'avons vu, les principes de justice fondamentale incluent le droit à une défense pleine et entière. Par conséquent, la fouille, perquisition ou saisie non abusive est celle qui tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant.

Il ressort nettement de notre analyse précédente du droit à une défense pleine et entière que l'accusé n'a pas droit aux dossiers en question dans la mesure où ils contiennent des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui contribueraient à fausser la recherche de la vérité, étant donné que le droit de l'accusé ne comporte pas l'accès à de tels renseignements. À cet égard, il importe de faire remarquer que plusieurs intervenants devant notre Cour ont souligné l'importance de comprendre le contexte dans lequel les dossiers thérapeutiques sont constitués et qu'il se peut qu'ils ne soient pas fiables en tant que compte rendu d'un événement. Le droit de l'accusé doit cependant l'emporter lorsque l'omission de communiquer le dossier le rend incapable de présenter une défense pleine et entière. Il en est ainsi parce que notre système de justice a toujours considéré que le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale. Il existe toutefois, entre ces extrêmes, un éventail de possibilités quant à l'équilibre à atteindre entre ces droits opposés dans un contexte particulier. Les valeurs protégées par le droit à la vie privée sont les plus directement touchées lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la préservation de la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à toute autre relation également fondée sur la confiance.

## (iii) Equality

Equality concerns must also inform the contextual circumstances in which the rights of full answer and defence and privacy will come into play. In this respect, an appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence is essential to delineate properly the boundaries of full answer and defence. As we have already discussed, the right to make full answer and defence does not include the right to information that would only distort the truth-seeking goal of the trial process. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J., for the majority on this issue, stated, at pp. 669-70:

The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant. . . . A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system. . . .

The reasons in *Seaboyer* make it clear that eliciting evidence from a complainant for the purpose of encouraging inferences pertaining to consent or the credibility of rape victims which are based on groundless myths and fantasized stereotypes is improper.

The accused is not permitted to “whack the complainant” through the use of stereotypes regarding victims of sexual assault.

In addition, an appreciation of the equality dimensions of records production in cases concerning sexual violence highlights the need to balance privacy and full answer and defence in a manner that fully respects the privacy interests of complainants. McLachlin J. made this clear in *M. (A.) v. Ryan*, *supra*, at para. 30, while discussing the interests at stake in determining whether counselling records were privileged or should be

## (iii) L'égalité

Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. À cet égard, une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Comme nous l'avons vu, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit d'obtenir des renseignements qui ne feraient que fausser l'objectif de recherche de la vérité du processus judiciaire. Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 669 et 670, le juge Cory a affirmé, au nom de la majorité sur cette question:

Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. Il va de soi qu'on applique des limites raisonnables à un tel contre-interrogatoire. Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible. . .

Les motifs de l'arrêt *Seaboyer* montrent clairement qu'il ne convient pas d'obtenir d'un plaignant des éléments de preuve en vue de susciter des inférences quant au consentement ou à la crédibilité des victimes de viol sur la base de mythes sans fondement et de stéréotypes fantaisistes.

Il n'est pas permis à l'accusé «d'assommer le plaignant» au moyen de stéréotypes concernant les victimes d'agression sexuelle.

En outre, une appréciation des répercussions, sur le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants. Le juge McLachlin a indiqué clairement cela dans l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, précité, au par. 30, lorsqu'elle a abordé les intérêts qui étaient en jeu au moment de décider si les dossiers de consultation étaient protégés ou s'ils devaient être communiqués dans des pour-

produced in a civil action for damages allegedly caused by sexual assault:

A rule of privilege which fails to protect confidential doctor/patient communications in the context of an action arising out of sexual assault perpetuates the disadvantage felt by victims of sexual assault, often women. The intimate nature of sexual assault heightens the privacy concerns of the victim and may increase, if automatic disclosure is the rule, the difficulty of obtaining redress for the wrong. The victim of a sexual assault is thus placed in a disadvantaged position as compared with the victim of a different wrong. The result may be that the victim of sexual assault does not obtain the equal benefit of the law to which s. 15 of the *Charter* entitles her. She is doubly victimized, initially by the sexual assault and later by the price she must pay to claim redress — redress which in some cases may be part of her program of therapy.

92 When the boundary between privacy and full answer and defence is not properly delineated, the equality of individuals whose lives are heavily documented is also affected, as these individuals have more records that will be subject to wrongful scrutiny. K. Busby cautions that the use of records to challenge credibility at large

will subject those whose lives already have been subject to extensive documentation to extraordinarily invasive review. This would include women whose lives have been documented under conditions of multiple inequalities and institutionalization such as Aboriginal women, women with disabilities, or women who have been imprisoned or involved with child welfare agencies.

(“Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases” (1997), 9 *C.J.W.L.* 148, at pp. 161-62.)

93 These concerns highlight the need for an acute sensitivity to context when determining the content of the accused’s right to make full answer and defence, and its relationship to the complainant’s privacy right.

suites civiles intentées pour le préjudice qui aurait résulté d’une agression sexuelle:

Une règle du privilège qui omet de préserver la confidentialité des communications entre un médecin et son patient, dans le contexte d’une action intentée à la suite d’une agression sexuelle, perpétue le désavantage que ressentent les victimes d’agression sexuelle, qui sont souvent des femmes. La nature intime de l’agression sexuelle accentue les craintes que la victime éprouve au sujet de sa vie privée et est susceptible d’augmenter la difficulté d’obtenir réparation, si la divulgation automatique est la règle. La victime d’une agression sexuelle est alors défavorisée par rapport à la victime d’un autre méfait. Il se peut alors que la victime d’une agression sexuelle n’obtienne pas l’égalité de bénéfice de la loi à laquelle elle a droit en vertu de l’art. 15 de la *Charte*. Elle est alors pénalisée doublement, d’abord par l’agression sexuelle elle-même, ensuite par le prix qu’elle doit payer pour demander réparation — une réparation qui, dans certains cas, peut faire partie de son programme de thérapie.

Lorsque la ligne de démarcation entre le droit à la vie privée et le droit à une défense pleine et entière n’est pas bien tracée, l’égalité des personnes dont la situation est abondamment documentée est aussi touchée puisqu’elles possèdent davantage de dossiers qui seront examinés erronément. K. Busby prévient que l’utilisation de dossiers pour mettre en doute la crédibilité en général

[TRADUCTION] soumettra à un examen excessivement envahissant les personnes dont la situation a déjà été abondamment documentée. Sont notamment visées ici les femmes qui souffrent de multiples inégalités ou qui ont été institutionnalisées, telles les femmes autochtones, les femmes atteintes de déficiences et les femmes qui ont été emprisonnées ou qui ont eu des démêlés avec des organismes de protection de l’enfance.

(«Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148, aux pp. 161 et 162.)

Ces préoccupations font ressortir la nécessité de tenir compte fortement du contexte lorsqu’il s’agit de déterminer le contenu du droit de l’accusé à une défense pleine et entière, et son lien avec le droit à la vie privée du plaignant.

(c) *Summary*

In summary, the following broad considerations apply to the definition of the rights at stake in this appeal. The right of the accused to make full answer and defence is a core principle of fundamental justice, but it does not automatically entitle the accused to gain access to information contained in the private records of complainants and witnesses. Rather, the scope of the right to make full answer and defence must be determined in light of privacy and equality rights of complainants and witnesses. It is clear that the right to full answer and defence is not engaged where the accused seeks information that will only serve to distort the truth-seeking purpose of a trial, and in such a situation, privacy and equality rights are paramount. On the other hand, where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence, privacy rights must yield to the need to avoid convicting the innocent. Most cases, however, will not be so clear, and in assessing applications for production, courts must determine the weight to be granted to the interests protected by privacy and full answer and defence in the particular circumstances of each case. Full answer and defence will be more centrally implicated where the information contained in a record is part of the case to meet or where its potential probative value is high. A complainant's privacy interest is very high where the confidential information contained in a record concerns the complainant's personal identity or where the confidentiality of the record is vital to protect a therapeutic relationship.

With this background in mind, we now proceed to discuss the statutory provisions under attack.

*D. Analysis of Sections 278.1 to 278.91 of Bill C-46*

In enacting Bill C-46, Parliament was concerned with preserving an accused's access to private

c) *Résumé*

En résumé, les considérations générales suivantes s'appliquent à la définition des droits en jeu dans le présent pourvoi. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un principe essentiel de justice fondamentale, mais il ne lui donne pas automatiquement le droit d'avoir accès aux renseignements contenus dans les dossiers privés des plaignants et des témoins. La portée du droit à une défense pleine et entière doit plutôt être déterminée en fonction des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins. Il est clair que le droit à une défense pleine et entière ne s'applique pas lorsque l'accusé cherche à obtenir des renseignements qui ne contribueront qu'à fausser l'objectif de recherche de la vérité d'un procès, et, dans un tel cas, les droits à la vie privée et à l'égalité sont prépondérants. En revanche, si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d'éviter de déclarer coupable un innocent. La situation n'est toutefois pas toujours aussi claire, et, lorsqu'ils évaluent une demande de communication, les tribunaux doivent déterminer le poids à accorder aux intérêts protégés par le droit à la vie privée et par le droit à une défense pleine et entière dans les circonstances particulières de chaque affaire. Le droit à une défense pleine et entière est impliqué plus directement si les renseignements contenus dans un dossier font partie de la preuve du ministère public ou si leur valeur probante est élevée. L'intérêt qu'a un plaignant dans la protection de sa vie privée est très élevé lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur son identité personnelle ou que la confidentialité du dossier est essentielle pour protéger une relation thérapeutique.

Avec ce contexte à l'esprit, nous passons maintenant à l'analyse des dispositions législatives contestées.

*D. Analyse des art. 278.1 à 278.91 de la loi C-46*

En adoptant la loi C-46, le législateur a voulu préserver l'accès d'un accusé aux dossiers privés

94

95

96

records that may be relevant to an issue on trial, while protecting the right to privacy of complainants and witnesses to the greatest extent possible. Notwithstanding Parliament's good intentions, the respondent suggests that Bill C-46 violates the constitutional right of the accused to a fair trial and full defence on a number of grounds. We will consider each in turn.

(1) The Definition of Documents Subject to the Legislation: Sections 278.1 and 278.2(1)

97

An initial issue to address is the definition of documents subject to the legislation. Pursuant to ss. 278.1 and 278.2(1), the Bill applies to all records of complainants and witnesses in sexual offence proceedings containing "personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", including "medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature".

98

Belzil J., for the court below, found that the definition of records under the Bill is "extremely broad" (para. 47) and that the Bill therefore accords legislative protection to records not contemplated under *O'Connor*. The broader scope of the legislation, he held, imposes a significant burden on accused persons by requiring them to proceed with an application, supported by affidavits, for each different type of record listed. Belzil J. considered the greater reach of the Bill to be one of five significant differences between the Bill and *O'Connor* which led him to conclude that the Bill as a whole was unconstitutional.

99

The response to these claims is to remember that the legislation applies only to records "for which there is a reasonable expectation of privacy"

susceptibles d'être pertinents quant à une question en litige, tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des plaignants et des témoins. L'intimé prétend que, malgré les bonnes intentions du législateur, la loi C-46 porte atteinte, pour plusieurs motifs, au droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Nous allons examiner ces motifs à tour de rôle.

(1) La définition des documents visés par la mesure législative: art. 278.1 et par. 278.2(1)

La première question à examiner est la définition des documents visés par la mesure législative. Selon l'art. 278.1 et le par. 278.2(1), la Loi s'applique à tous les dossiers des plaignants et des témoins dans des poursuites pour une infraction d'ordre sexuel, qui contiennent «des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée», notamment «le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale».

Au procès, le juge Belzil a conclu que la Loi donne une définition [TRADUCTION] «extrêmement large» (par. 47) des dossiers et qu'elle protège donc des dossiers non envisagés par l'arrêt *O'Connor*. Il a conclu que la portée plus large de cette mesure législative impose un lourd fardeau aux accusés en les obligeant à présenter une demande, étayée par des affidavits, pour chaque type différent de dossier énuméré. Le juge Belzil a considéré que la portée plus large de la Loi constituait l'une des cinq différences majeures entre ce dernier et l'arrêt *O'Connor*, qui l'ont amené à conclure à l'inconstitutionnalité de la Loi dans son ensemble.

On peut répondre à cela que la mesure législative ne s'applique qu'aux dossiers «pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protec-

(s. 278.1 (emphasis added)). Only documents that truly raise a legally recognized privacy interest are caught and protected: see *R. v. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230 (S.C.). The Bill is therefore carefully tailored to reflect the problem Parliament was addressing — how to preserve an accused's access to private records that may be relevant to an issue on trial while protecting, to the greatest extent possible, the privacy rights of the subjects of such records, including both complainants and witnesses. By limiting its coverage to records in which there is a reasonable expectation of privacy, the Bill is consistent with the definition of s. 8 privacy rights discussed above. Moreover, as will be discussed below, the mere fact that records are within the ambit of Bill C-46 will not, in itself, prevent the accused from obtaining access to them. Applied in this way, ss. 278.1 and 278.2(1) will not catch more records than they should, and are not overly broad.

It must also be remembered that the definition of records in ss. 278.1 and 278.2(1) simply establishes the starting point for the analysis proposed by the Bill. Documents falling within the ambit of these provisions, after being subject to the legislative regime, may or may not be ordered to be disclosed to the accused. It is therefore the procedures established by the Bill and not the spectrum of records subject to these procedures that will determine the fairness or constitutionality of the legislation. If the legislative regime fairly provides access to all constitutionally required documents, then the spectrum of records brought under the Bill, if in keeping with the Bill's objectives, cannot be challenged.

The broad scope of Bill C-46 has also been challenged as imposing an excessive burden on judicial resources. However, the Bill safeguards the efficiency and resources of the judicial system while furthering its objective of protecting, to the greatest extent possible, the rights of all those involved in sexual offence proceedings, by mandating that

tion de la vie privée» (art. 278.1 (nous soulignons)). Ne sont visés et protégés que les documents qui suscitent vraiment un intérêt en matière de vie privée reconnu en droit: voir *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230 (C.S.). La Loi est donc soigneusement conçue pour refléter le problème auquel le législateur s'attaquait — comment préserver l'accès de l'accusé aux dossiers privés qui peuvent être pertinents relativement à une question en litige tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des personnes auxquelles se rapportent ces dossiers, notamment les plaignants et les témoins. En limitant sa portée aux dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, la Loi est compatible avec la définition des droits en matière de vie privée garantis par l'art. 8 qui ont été analysés précédemment. De plus, comme nous le verrons plus loin, le seul fait que des dossiers soient visés par la loi C-46 n'empêche pas l'accusé d'y avoir accès. Ainsi appliqués, l'art. 278.1 et le par. 278.2(1) ne visent pas un plus grand nombre de dossiers qu'il le faut, et ils n'ont pas une portée trop large.

Il faut aussi se rappeler que la définition des dossiers qui figure à l'art. 278.1 et au par. 278.2(1) ne fait qu'établir le point de départ de l'analyse proposée par la Loi. Après avoir été assujettis au régime législatif, les documents qui relèvent de ces dispositions peuvent faire l'objet d'une ordonnance de communication à l'accusé. C'est donc la procédure établie par la Loi, et non la gamme de dossiers soumis à cette procédure, qui détermine l'équité ou la constitutionnalité de la mesure législative. Si le régime législatif donne équitablement accès à tous les documents requis suivant la Constitution, la gamme de dossiers alors assujettis à la Loi ne peut pas être contestée, dans la mesure où elle est conforme aux objectifs de cette dernière.

La portée générale de la loi C-46 a également été contestée pour le motif qu'elle impose un fardeau excessif aux ressources judiciaires. Cependant, la Loi préserve l'efficacité et les ressources du système judiciaire tout en favorisant la réalisation de son objectif de protéger le plus possible les droits de toutes les parties en cause dans des pour-

100

101



judges can only review the records in question once these records have been established as likely relevant and their production to the court has been established as necessary in the interests of justice. The balancing process required at the first stage ensures that records are not needlessly or casually produced to the court for review: see *O'Connor*, *supra*, at para. 152, *per* L'Heureux-Dubé J. Moreover, as many interveners have pointed out, production of records to the court had become almost routine in sexual assault cases. It is unlikely that Bill C-46's procedures will be substantially more onerous on judicial resources. Finally, Parliament, with the benefit of a full legislative inquiry, has ruled on such questions of administrative convenience. We see no reason to disturb its conclusion. If the system proves unworkable in practice, then Parliament, not this Court, is better positioned to fix it.

(2) Third Party Records in the Possession of the Crown: Sections 278.2(2) and (3)

102 The next provision at issue extends the application of the legislative regime for the production of private records to records "in the possession or control of any person", including the Crown: s. 278.2(2).

103 Where private records are in the possession or control of the Crown two important variations on the regime for production exist. First, the legislative regime does not apply if the complainant or witness has expressly waived the protections of the Bill (s. 278.2(2)). Second, s. 278.2(3) requires the prosecutor to notify the accused of any records in the Crown's possession.

104 The respondent objects to the fact that this provision prevents the automatic disclosure of all relevant and non-privileged information in the possession of the Crown. He submits that this is contrary to the constitutional obligation upon the Crown set

suites relatives à une infraction d'ordre sexuel, en prévoyant que les juges ne peuvent examiner les dossiers en question qu'une fois qu'il est établi qu'ils sont vraisemblablement pertinents et que leur communication au tribunal servira les intérêts de la justice. Le processus d'évaluation requis à la première étape garantit que les dossiers ne seront pas communiqués inutilement et fortuitement au tribunal pour fins d'examen; voir *O'Connor*, précité, au par. 152, le juge L'Heureux-Dubé. De plus, comme de nombreux intervenants l'ont souligné, la communication des dossiers au tribunal était presque devenue routinière dans les affaires d'agression sexuelle. Il est peu probable que la procédure établie par la loi C-46 sera beaucoup plus onéreuse sur le plan des ressources judiciaires. Enfin, le législateur, qui a procédé à un examen complet de la mesure législative, s'est prononcé sur ces questions de commodité administrative. Nous ne voyons aucune raison de modifier sa conclusion. Si le système se révèle inapplicable, c'est le législateur, et non pas notre Cour, qui est le mieux placé pour le corriger.

(2) Les dossiers de tiers en la possession du ministère public: par. 278.2(2) et 278.2(3)

La disposition suivante qui est en cause prévoit que le régime législatif en matière de communication de dossiers privés s'applique «même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant»: par. 278.2(2).

Lorsque les dossiers privés sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, le régime de communication comporte deux variations importantes. Premièrement, le régime législatif ne s'applique pas si le plaignant ou le témoin a expressément renoncé aux protections de la Loi (par. 278.2(2)). Deuxièmement, le par. 278.2(3) oblige le poursuivant à informer l'accusé de l'existence de tout dossier en la possession du ministère public.

L'intimé s'oppose au fait que cette disposition empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public. Il soutient que cela est contraire à l'obligation constitutionnelle du minis-

out in *Stinchcombe*, and is inconsistent with this Court's conclusion in *O'Connor* that "the Crown's disclosure obligations established in the *Stinchcombe* decision are unaffected by the confidential nature of therapeutic records" (para. 13, *per* Lamer C.J. and Sopinka J.). The respondent also argues that s. 278.2(2) gives the Crown an unfair advantage in that only the accused is subject to the legislative regime. The Crown can obtain private records through the complainant directly or through the power of a search warrant. The Bill not only exempts the Crown from the obligation to comply with the legislative regime when seeking private records, but also allows the Crown to possess information that the defence does not have.

The first response to the respondent's argument is that it is premature. Section 278.2 simply defines the scope of the legislation. It does not by itself deny access to documents to which the defence is constitutionally entitled. If the procedures set out in the sections that follow fairly provide access to all constitutionally required documents, then the accused has no constitutional complaint.

Second, the argument that this provision contradicts *Stinchcombe* and *O'Connor* rests on an overstatement of the Crown obligation to disclose that was affirmed in those cases. It is true that *Stinchcombe* spoke of a duty on the Crown to disclose to the defence all relevant documents in the Crown's possession, subject to privilege. Privacy interests, however, were not at issue in *Stinchcombe*. In *O'Connor*, the Court considered the Crown's obligation to disclose private records in the context of sexual offence proceedings where the complainant has made an informed waiver of her privacy rights. The majority in *O'Connor* concluded that "the Crown's well-established duty to disclose all information in its possession is not affected by the confidential nature of therapeutic records": *O'Connor, supra*, at para. 7. This conclu-

ture public qui a été énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* et que cela est incompatible avec la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*» (par. 13, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka). L'intimé prétend également que le par. 278.2(2) confère au ministère public un avantage inéquitable du fait que seul l'accusé est assujéti au régime législatif. Le ministère public peut obtenir des dossiers privés en s'adressant directement au plaignant ou en recourant à un mandat de perquisition. Non seulement la Loi dispense-t-elle le ministère public de l'obligation de se conformer au régime législatif lorsqu'il cherche à obtenir des dossiers privés, mais encore elle lui permet de posséder des renseignements dont ne dispose pas la défense.

En premier lieu, on peut répondre à l'argument de l'intimé en disant qu'il est prématuré. L'article 278.2 ne fait que définir la portée de la mesure législative. Il ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Si la procédure énoncée dans les dispositions qui suivent donne équitablement accès à tous les documents requis suivant la Constitution, l'accusé ne peut alors faire aucune plainte fondée sur la Constitution.

En deuxième lieu, l'argument selon lequel cette disposition va à l'encontre des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* repose sur une exagération de l'obligation de divulgation du ministère public qui a été confirmée dans ces arrêts. Il est vrai que l'arrêt *Stinchcombe* parlait de l'obligation du ministère public de communiquer à la défense tous les documents pertinents en sa possession, sauf les documents protégés. Le droit à la protection de la vie privée n'était toutefois pas en cause dans *Stinchcombe*. Dans l'arrêt *O'Connor*, la Cour a examiné l'obligation qui incombe au ministère public de communiquer des dossiers privés dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, lorsque le plaignant a renoncé de façon éclairée à son droit à la protection de la vie privée. Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont

105

106

sion, however, was premised upon the assumption that the records in the Crown's possession have been freely and voluntarily surrendered by the complainant or witness: "where the documents in question have been shared with an agent of the state (namely, the Crown), it is apparent that the complainant's privacy interest in those records has disappeared" (*O'Connor*, *supra*, at para 8). Lamer C.J. and Sopinka J. further found that "fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence" (*O'Connor*, *supra*, at para. 9 (emphasis added)). Bill C-46 imposes the same waiver rule. Where a fully informed complainant expressly waives the protection of the legislation, by declaration or by voluntarily providing her records to the Crown, the Bill C-46 procedure does not apply and the records are producible as at common law: s. 278.2(2). Bill C-46 thus conforms to the constitutional standard of *O'Connor*.

conclu que «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession»: *O'Connor*, précité, au par. 7. Cette conclusion reposait cependant sur la présomption que les dossiers en la possession du ministère public avaient été librement et volontairement remis par le plaignant ou le témoin: «lorsque les documents en question ont été partagés avec un représentant de l'État (à savoir le ministère public), il est évident que le droit à la protection de la vie privée que le plaignant avait relativement à ces dossiers n'existe plus» (*O'Connor*, précité, au par. 8). Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont également conclu que «[l]'équité exige [...] que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense» (*O'Connor*, précité, au par. 9 (nous soulignons)). La loi C-46 impose la même règle de renonciation. Lorsqu'en toute connaissance de cause un plaignant renonce expressément à la protection de la mesure législative, au moyen d'une déclaration ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public, la procédure établie par la loi C-46 ne s'applique pas et les dossiers peuvent être communiqués conformément à la common law: par. 278.2(2). La loi C-46 respecte donc la norme constitutionnelle de l'arrêt *O'Connor*.

107 The respondent argues, however, that *O'Connor* should not be read as requiring the disclosure of confidential records pursuant to *Stinchcombe* only in cases of an express waiver and that s. 278.2(2) is unconstitutional. He asserts that any reasonable expectation of privacy is lost once the records are in the possession of the Crown, regardless of how the records came into the Crown's possession. Once in the Crown's hands, the records become "the property of the public" to be used to ensure that justice is done and must be disclosed pursuant to the common law.

L'intimé fait cependant valoir, d'une part, qu'il ne faut pas considérer que l'arrêt *O'Connor* exige la communication de dossiers confidentiels, conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, uniquement dans le cas où il y a eu renonciation expresse, et d'autre part, que le par. 278.2(2) est inconstitutionnel. Il affirme que toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est perdue dès que les dossiers sont en la possession du ministère public, peu importe la façon dont ils sont entrés en sa possession. Une fois qu'ils sont entre les mains du ministère public, les dossiers deviennent «la propriété du public» qui doit être utilisée de manière à assurer que justice soit rendue, et doivent être communiqués conformément à la common law.

This argument erroneously equates Crown possession or control with a total loss of any reasonable expectation of privacy. Privacy is not an all or nothing right. It does not follow from the fact that the Crown has possession of the records that any reasonable expectation of privacy disappears. Privacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged, *Dyment, supra*, at p. 429. Where private information is disclosed to individuals outside of those to whom, or for purposes other than for which, it was originally divulged, the person to whom the information pertains may still hold a reasonable expectation of privacy in this information, *R. v. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL) (Gen. Div.), at para. 18. Third party records may fall into the possession of the Crown without the knowledge, consent, or assistance of the complainant or witness. Where the complainant or witness has not expressly waived her privacy right, Parliament can legitimately take steps to protect those privacy rights. Such protection is to be found in the procedures for production set out in ss. 278.5 and 278.7 of the Bill.

The *O'Connor* majority did not address what procedure was to be followed where third party records were in the possession of the Crown without the existence of an express waiver. It was therefore open to Parliament to fill this void legislatively. Viewed in this context, s. 278.2(2) ensures that the range of interests triggered by production will be balanced pursuant to the procedure set out in ss. 278.5 and 278.7. The mere fact that this procedure differs from that set out in *Stinchcombe* does not, without more, establish a constitutional violation. As noted, *Stinchcombe* and *O'Connor* did not address the situation at issue here, namely, records in the Crown's possession in which a com-

Cet argument assimile à tort la possession ou le contrôle par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère public est en possession des dossiers. Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l'attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu'ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués: *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430. Lorsque des renseignements privés sont divulgués à des personnes autres qu'à celles à qui ils avaient initialement été divulgués ou qu'ils sont utilisés dans un but autre que celui pour lequel ils avaient initialement été divulgués, la personne à laquelle se rapportent ces renseignements peut encore conserver une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à leur égard: *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL) (Div. gén.), au par. 18. Les dossiers de tiers peuvent se retrouver en la possession du ministère public à l'insu ou sans le consentement ni l'assistance du plaignant ou du témoin. Lorsque le plaignant ou le témoin n'a pas expressément renoncé à son droit à la protection de la vie privée, le législateur peut légitimement prendre des mesures pour protéger ce droit. Cette protection se trouve dans la procédure de communication énoncée aux art. 278.5 et 278.7 de la Loi.

Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires n'ont pas abordé la question de la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. Il était donc loisible au législateur de combler cette lacune par voie législative. Considéré dans ce contexte, le par. 278.2(2) garantit que la gamme des droits mis en jeu par la communication seront évalués conformément à la procédure énoncée aux art. 278.5 et 278.7. Le simple fait que cette procédure diffère de celle énoncée dans *Stinchcombe* n'établit pas sans plus l'existence d'une violation de la Constitution. Comme nous l'avons vu, les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*

plainant or witness has a reasonable, and non-waived, expectation of privacy. We are thus returned to our starting point — that s. 278.2 in itself violates no rights and any violation can be determined only by examining its impact in conjunction with ss. 278.5 through 278.8.

n'ont pas abordé la situation en cause en l'espèce, à savoir les dossiers qui sont en la possession du ministère public et au sujet desquels un plaignant ou un témoin a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, à laquelle il n'a pas renoncé. Cela nous ramène donc à notre point de départ, à savoir que l'art. 278.2 lui-même ne porte atteinte à aucun droit et que l'existence d'une atteinte ne peut être déterminée qu'en examinant l'incidence conjointement avec les art. 278.5 à 278.8.

110 When the arguments that s. 278.2 is inconsistent with *Stinchcombe* and *O'Connor* are cleared away, the respondent's fundamental objection to the section emerges — it unfairly favours the Crown. The Crown can obtain the complainant's private records through a search warrant or subpoena. Where the complainant or witness does not expressly waive the protection of the legislation, the accused can get these documents only by applying under the Bill C-46 regime. If the accused does not succeed, the Crown may possess documents that the accused does not have. This, it is argued, puts the Crown at an advantage.

Lorsqu'on écarte l'argument que l'art. 278.2 est incompatible avec les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, l'objection fondamentale de l'intimé à cet article apparaît — il favorise inégalement le ministère public. Le ministère public peut obtenir les dossiers privés du plaignant au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation. Lorsque le plaignant ou le témoin ne renonce pas expressément à la protection de la mesure législative, l'accusé ne peut obtenir ces documents qu'en présentant une demande fondée sur le régime de la loi C-46. Si l'accusé ne réussit pas à les obtenir, il se peut alors que le ministère public possède des documents dont ne dispose pas l'accusé. Cela, fait-on valoir, confère un avantage au ministère public.

111 All this is true. But it begs the real question — is the Crown's advantage unconstitutional? In other words, does it deprive the accused of his right to make full answer and defence? That will be so only if the legislation prevents the accused from getting access to all constitutionally required documents. There is no principle of fundamental justice that the Crown and defence must enjoy precisely the same privileges and procedures. See *Leipert*, *supra*. The real question is whether the procedures that Parliament has enacted prevent the accused from making full answer and defence. This is the true meaning of the passage from *O'Connor*, *supra*, at para. 34, which states that “[f]airness requires that the accused be treated on an equal footing” with the Crown, which has access to search warrants. Obviously, the search warrant procedure involves a different array of factors from those that are relevant to production of third party records to the accused. All that was meant by

Tout cela est vrai. Mais cela élude la véritable question — l'avantage conféré au ministère public est-il inconstitutionnel? En d'autres termes, prive-t-il l'accusé de son droit à une défense pleine et entière? Il en sera ainsi seulement si la mesure législative empêche l'accusé d'avoir accès à tous les documents requis suivant la Constitution. Aucun principe de justice fondamentale n'exige que le ministère public et la défense bénéficient exactement des mêmes privilèges et de la même procédure. Voir *Leipert*, précité. La véritable question est de savoir si la procédure que le législateur a adoptée empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Tel est le vrai sens du passage tiré du par. 34 de l'arrêt *O'Connor*, précité, qui dispose que «[l]'équité exige que l'accusé bénéficie d'un traitement égal» à celui du ministère public, qui a accès aux mandats de perquisition. Manifestement, la procédure relative aux mandats de perquisition fait intervenir un ensem-

this passage is that the accused must have a procedure for obtaining evidence that respects all the relevant constitutional rights at stake, just as the prosecution does through the warrant process. As we will explain below, Bill C-46 is just such a procedure.

In *Stinchcombe*, this Court acknowledged that the Crown, by virtue of its unique role as agent of the state, has greater access to certain types of information than the accused. The Court therefore imposed a duty on the Crown to disclose all relevant information to the defence. The goal behind imposing this duty upon the Crown was not, however, to ensure equivalency of treatment between the accused and the Crown. Rather, the duty to disclose was imposed to advance the overall fairness, justice, efficacy, and truth finding elements of criminal proceedings. Since the right to full answer and defence must be defined in light of other principles of fundamental justice, that right is not an absolute one. Thus, while acknowledging the disparity in access to certain types of information, Sopinka J. conditioned the Crown's duty to disclose by investing in the Crown a discretion to withhold information where necessary to respect the rules of privilege, to protect persons from harassment or injury, or where this information is clearly irrelevant, at pp. 336 and 339. Similarly, in *O'Connor*, *supra*, at para. 16, Lamer C.J. and Sopinka J. held:

... *Stinchcombe* recognized that, even in the context of disclosure, there are limits on the right of an accused to access information. For example, when the Crown asserts that the information is privileged, the trial judge must then balance the competing claims at issue. In such cases, the information will only be disclosed where the trial judge concludes that the asserted privilege "does not constitute a reasonable limit on the constitutional

ble de facteurs différents de ceux qui sont pertinents en ce qui concerne la communication de dossiers de tiers à l'accusé. Tout ce que ce passage signifie, c'est que l'accusé doit disposer d'une procédure d'obtention d'éléments de preuve qui respecte tous les droits constitutionnels en jeu, comme c'est le cas de la procédure des mandats dont dispose la poursuite. Comme nous le verrons plus loin, c'est justement la procédure qu'offre la loi C-46.

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, notre Cour a reconnu que, en vertu de son rôle exceptionnel de mandataire de l'État, le ministère public a un meilleur accès que l'accusé à certains types de renseignements. La Cour a donc imposé au ministère public l'obligation de divulguer tous les renseignements pertinents à la défense. L'imposition de cette obligation au ministère public ne visait pas cependant à assurer que l'accusé et le ministère public bénéficieraient d'un traitement équivalent. L'obligation de divulgation a plutôt été imposée pour promouvoir globalement les éléments d'équité, de justice, d'efficacité et de recherche de la vérité des poursuites criminelles. Étant donné que le droit à une défense pleine et entière doit être défini en fonction d'autres principes de justice fondamentale, ce droit n'est pas absolu. Ainsi, tout en reconnaissant la disparité de l'accès à certains types de renseignements, le juge Sopinka a tempéré l'obligation de divulgation du ministère public en lui donnant le pouvoir discrétionnaire de ne pas divulguer des renseignements lorsque ces renseignements ne sont manifestement pas pertinents ou encore lorsque cela est nécessaire pour respecter les règles du privilège et pour protéger des personnes contre le harcèlement ou contre tout préjudice (aux pp. 336 et 339). De même, dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 16, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu:

... l'arrêt *Stinchcombe* a reconnu que, même dans le contexte de la divulgation, il existe des limites au droit d'un accusé d'avoir accès à des renseignements. Par exemple, lorsque le ministère public affirme que les renseignements font l'objet d'un privilège, le juge du procès doit alors pondérer les revendications contradictoires en cause. Les renseignements ne seront alors divulgués que lorsque le juge du procès conclut que le privilège

right to make full answer and defence” (*Stinchcombe*, at p. 340).

*Stinchcombe* and *O’Connor* accept that it is constitutionally permissible for the Crown to be subject to different treatment, to different procedures, or even to end up with documents that the accused has not seen, as long as the accused can make full answer and defence and the trial is fundamentally fair.

113

Furthermore, when addressing the disparity of treatment between defence counsel and the Crown, we must remember the specific problem Bill C-46 was enacted to address. Through Bill C-46, Parliament sought to preserve an accused’s access to private records that may be relevant to the defence in a sexual offence proceeding while protecting, to the greatest extent possible, the privacy rights of complainants and witnesses. The context of the Bill is one in which defence counsel were routinely seeking access to the private records of complainants or witnesses in sexual offence proceedings (K. Kelly, “‘You must be crazy if you think you were raped’: Reflections on the Use of Complainants’ Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials” (1997), 9 *C.J.W.L.* 178; K. Busby, “Third Party Records Cases Since *R. v. O’Connor*: A Preliminary Analysis”, a study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.). As H. Holmes aptly summarizes:

The *O’Connor* issue arose from new defence intrusion into the rights and interests of third parties. Defence applications for access to third party records are quite properly motivated *only* by the accused’s concern to make full answer and defence to the charge. The Crown, by contrast, is responsible for a larger set of interests including those of third parties and the general public as well as those of the accused. [Emphasis in original.]

revendiqué «ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340).

Les arrêts *Stinchcombe* et *O’Connor* reconnaissent qu’il est constitutionnellement acceptable que le ministère public fasse l’objet d’un traitement différent, d’une procédure différente, ou même qu’il se retrouve en possession de documents que l’accusé n’a pas vus, pourvu que l’accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable.

De plus, lorsqu’on aborde la disparité de traitement entre l’avocat de la défense et le ministère public, il faut se rappeler du problème particulier auquel la loi C-46 était destinée à remédier. En adoptant la loi C-46, le législateur a cherché à préserver l’accès de l’accusé aux dossiers privés susceptibles d’être pertinents pour la défense dans des poursuites relatives à une infraction d’ordre sexuel, tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des plaignants et des témoins. La Loi a été adoptée dans un contexte où les avocats de la défense cherchaient couramment à avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins lors de poursuites relatives à une infraction d’ordre sexuel (K. Kelly, “‘You must be crazy if you think you were raped’: Reflections on the Use of Complainants’ Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178; K. Busby, «Third Party Records Cases Since *R. v. O’Connor*: A Preliminary Analysis», une étude subventionnée par la Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice du Canada, juillet 1998.). Comme H. Holmes le résume bien:

[TRADUCTION] La question soulevée dans l’arrêt *O’Connor* découlait d’un nouvel empiétement de la défense sur les droits et intérêts de tiers. Les demandes de la défense visant à obtenir l’accès aux dossiers de tiers sont motivées tout à fait à bon droit par le *seul* souci de l’accusé de présenter une défense pleine et entière contre l’accusation. Par contre, le ministère public doit veiller au respect d’un ensemble plus large d’intérêts, dont ceux des tiers et du public en général de même que ceux de l’accusé. [En italique dans l’original.]

(“An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings” (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71, at p. 86.)

The greater procedural burden placed on the accused under Bill C-46 reflects the fact that unlike the Crown, the accused bears no responsibility to protect the rights of others. To protect such rights, when they are threatened by the acts of the accused, greater procedural protections are required.

The defence concern that it will be unable to obtain records relevant to its defence will be considered in greater detail later. However, in relation to s. 278.2(2) it is worth pointing out that Parliament inserted two provisions to offset any unfairness that might flow from the Crown’s being in possession of documents that the defence has not seen. As discussed above, the first is the provision that if the complainant or witness waives the protection of the legislation, the documents must be disclosed to the defence: s. 278.2(2). Waiver should not be read in a technical sense. Where the complainant or witness, with knowledge that the legislation protects her privacy interest in the records, indicates by words or conduct that she is relinquishing her privacy right, waiver may be found. Turning records over to the police or Crown, with knowledge of the law’s protections and the consequences of waiving these protections, will constitute an express waiver pursuant to s. 278.2(2).

The second aid to the accused is the requirement in s. 278.2(3) that the prosecutor notify the accused of the private documents in his or her possession. While the contents are not to be disclosed at this stage, the notification requirement reveals the existence of the record to the accused and allows the accused to make an application for production. When notifying an accused, the Crown should ensure that information as to date and context are provided so that the documents can be sufficiently identified. This will help furnish the accused with a basis for arguing that the docu-

(«An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 71, à la p. 86.)

Le fardeau procédural plus lourd que la loi C-46 impose à l’accusé reflète le fait que, contrairement au ministère public, l’accusé n’est pas tenu de protéger les droits d’autrui. Pour protéger ces droits lorsqu’ils sont compromis par les actes de l’accusé, de plus grandes protections procédurales sont requises.

Nous examinerons davantage plus loin la crainte de l’intimé d’être incapable d’obtenir des dossiers pertinents pour assurer sa défense. Il vaut cependant la peine de souligner, au sujet du par. 278.2(2), que le législateur a inclus deux dispositions pour supprimer toute iniquité qui pourrait découler de la possession par le ministère public de documents que la défense n’a pas vus. Comme nous l’avons mentionné précédemment, la première disposition est celle qui prévoit que, si le plaignant ou le témoin renonce à la protection de la mesure législative, les documents doivent être communiqués à la défense: par. 278.2(2). Il ne faut pas donner un sens technique à la renonciation. On peut conclure qu’il y a renonciation lorsque le plaignant ou le témoin, qui sait que la mesure législative protège son droit au respect du caractère privé des dossiers en cause, indique par ses paroles ou par sa conduite qu’il renonce à ce droit. Le fait de remettre les dossiers à la police ou au ministère public, en toute connaissance des protections conférées par la loi et des conséquences de la renonciation à ces protections, constitue une renonciation expresse au sens du par. 278.2(2).

Le deuxième élément utile à l’accusé est l’exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant l’informe des documents privés qu’il a en sa possession. Bien que le contenu ne doive pas être divulgué à cette étape, l’obligation d’informer permet à l’accusé de prendre connaissance de l’existence du dossier et de présenter une demande de communication. Lorsqu’il informe l’accusé, le ministère public doit s’assurer que des renseignements relatifs à la date et au contexte soient fournis, de sorte que les documents puissent être suffisamment identifiés. Cela contribuera à fournir à

114

115



ments may be relevant to the defence under s. 278.5: see *Boudreau, supra, per* Ewaschuk J.

l'accusé un motif de prétendre que les documents peuvent être pertinents pour assurer sa défense au sens de l'art. 278.5: voir *Boudreau, précité*, le juge Ewaschuk.

116 We conclude that the fact that s. 278.2 may result in the Crown holding documents that the accused does not possess does not of itself deprive the accused of the right to make full answer and defence. Parliament has balanced the inevitably advantageous documentary position the prosecution enjoys with safeguards to protect the accused's interest in getting those documents that may be relevant to the defence. Provided the remainder of Bill C-46 permits the accused to obtain the documents to which the defence is entitled, the fact that the Crown may possess documents that the accused does not, does not vitiate the process. Section 278.2 is constitutional in that it does not violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*.

Nous concluons que le fait que l'art. 278.2 puisse permettre au ministère public de détenir des documents que l'accusé ne possède pas ne prive pas en soi l'accusé du droit à une défense pleine et entière. Le législateur a compensé la position nécessairement avantageuse du ministère public en matière documentaire par des garanties destinées à protéger le droit de l'accusé d'obtenir les documents qui peuvent être pertinents pour assurer sa défense. Pourvu que les autres dispositions de la loi C-46 permettent à l'accusé d'obtenir les documents auxquels il a droit pour assurer sa défense, le fait que le ministère public puisse posséder des documents dont l'accusé ne dispose pas ne vicie pas le processus. L'article 278.2 est conforme à la Constitution en ce sens qu'il ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

(3) The "Insufficient Grounds" Section: Section 278.3(4)

(3) La disposition de «l'insuffisance des motifs»: par. 278.3(4)

117 Section 278.3(4) lists a series of "assertions" that cannot "on their own" establish that a record is likely relevant. The respondent submits that on a plain reading, this provision prevents the accused from relying on the listed factors when attempting to establish the likely relevance of the records. This, he argues, interferes with the right to make full answer and defence by restricting what the judge can consider in determining whether the records must be produced to the defence. The legislation raises the bar for production, he asserts, making it difficult if not impossible for the accused to meet the likely relevance test of ss. 278.5 and 278.7. The Respondent contends that it is unconstitutional to exclude the assertions listed in s. 278.3(4) as irrelevant.

Le paragraphe 278.3(4) énumère une série d'«affirmations» qui ne sont pas susceptibles «en soi» d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent. L'intimé soutient que, suivant son sens ordinaire, cette disposition empêche l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés lorsqu'il tente d'établir la pertinence vraisemblable des dossiers. Cela, prétend-il, porte atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière en restreignant ce que le juge peut prendre en considération pour décider si les dossiers doivent être communiqués à la défense. Il affirme que la mesure législative hausse la barre en matière de communication, de sorte qu'il est difficile, voire impossible, pour l'accusé de satisfaire au critère de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7. L'intimé soutient qu'il est inconstitutionnel d'écarter les affirmations énumérées au par. 278.3(4) pour le motif qu'elles ne sont pas pertinentes.

118 This submission forgets that when legislation is susceptible to more than one interpretation, we must always choose the constitutional reading. See

Cet argument ne tient pas compte du fait que, lorsqu'une mesure législative prête à plus d'une interprétation, nous devons toujours choisir celle

*Slaight, supra*, at p. 1078. This mistake leads the respondent to overstate the purpose and effect of s. 278.3(4). As has frequently been held, its purpose is to prevent speculative and unmeritorious requests for production: *R. v. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180 (B.C.S.C.), at paras. 16-17; *Boudreau, supra*, at para. 6; *Regan, supra*, at paras. 26-27; *R. v. Strommer* (1997), 205 A.R. 385 (Prov. Ct.), at paras. 39-42; *R. v. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL) (S.C.), at paras. 27-28. It does not entirely prevent an accused from relying on the factors listed, but simply prevents reliance on bare “assertions” of the listed matters, where there is no other evidence and they stand “on their own”.

As has frequently been noted, speculative myths, stereotypes, and generalized assumptions about sexual assault victims and classes of records have too often in the past hindered the search for truth and imposed harsh and irrelevant burdens on complainants in prosecutions of sexual offences. See *Seaboyer, supra*, at p. 634. The myths that a woman’s testimony is unreliable unless she made a complaint shortly after the event (recent complaint), or if she has had previous sexual relations, are but two of the more notorious examples of the speculation that in the past has passed for truth in this difficult area of human behaviour and the law. The notion that consultation with a psychiatrist is, by itself, an indication of untrustworthiness is a more recent, but equally invidious, example of such a myth. The purpose of s. 278.3(4) is to prevent these and other myths from forming the entire basis of an otherwise unsubstantiated order for production of private records.

The purpose and wording of s. 278.3 do not prevent an accused from relying on the assertions set out in s. 278.3(4) where there is an evidentiary or informational foundation to suggest that they may be related to likely relevance. (An exception is “recent complaint” which has been abolished by

qui est conforme à la Constitution. Voir *Slaight*, précité, à la p. 1078. Cette erreur amène l’intimé à exagérer l’objet et l’effet du par. 278.3(4). Comme il a fréquemment été conclu, son objet est d’empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées: *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180 (C.S.C.-B.), aux par. 16 et 17; *Boudreau*, précité, au par. 6; *Regan*, précité, aux par. 26 et 27; *R. c. Strommer* (1997), 205 A.R. 385 (C. prov.), aux par. 39 à 42; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL) (C.S.), aux par. 27 et 28. Il n’empêche pas totalement l’accusé d’invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l’empêcher d’invoquer de simples «affirmations» au sujet des questions énumérées, lorsqu’il n’y a pas d’autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être considérés «en soi».

Comme on l’a fréquemment souligné, les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d’agression sexuelle et des catégories de dossiers ont trop souvent, dans le passé, entravé la recherche de la vérité et imposé un fardeau lourd et inutile aux plaignants dans des poursuites relatives à une infraction d’ordre sexuel. Voir *Seaboyer*, précité, à la p. 634. Le mythe que le témoignage d’une femme n’est pas digne de foi à moins qu’elle ait porté plainte peu de temps après l’épisode (plainte récente), ou si elle a déjà eu des relations sexuelles, ne sont que deux des plus célèbres exemples des hypothèses qui, par le passé, ont été considérées comme vraies dans ce domaine difficile du comportement humain et du droit. L’idée que le fait de consulter un psychiatre indique en soi un manque de fiabilité est un exemple plus récent, mais tout aussi odieux, de ce genre de mythe. Le paragraphe 278.3(4) a pour objet d’empêcher ces mythes et d’autres mythes de constituer le seul fondement d’une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée.

L’objet et le libellé de l’art. 278.3 n’empêchent pas l’accusé d’invoquer les affirmations énoncées au par. 278.3(4) lorsqu’il y a des éléments de preuve ou des renseignements qui indiquent qu’elles peuvent être liées au critère de la pertinence vraisemblable (à l’exception de la «plainte

119

120

the jurisprudence and cannot be relied on in any event, quite apart from the section.) The section requires only that the accused be able to point to case specific evidence or information to show that the record in issue is likely relevant to an issue at trial or the competence of a witness to testify: see *Leipert, supra*, at para. 21. Conversely, where an accused does provide evidence or information to support an assertion listed in s. 278.3(4), this does not mean that likely relevance is made out. Section 278.3(4) does not supplant the ultimate discretion of the trial judge. Where any one of the listed assertions is made and supported by the required evidentiary and informational foundation, the trial judge is the ultimate arbiter in deciding whether the likely relevance threshold set out in ss. 278.5 and 278.7 is met.

récente», qui a été abolie par la jurisprudence et qui ne peut être invoquée en aucun cas, indépendamment de l'article). Cet article exige seulement que l'accusé soit capable d'indiquer des éléments de preuve ou des renseignements particuliers dans le but de démontrer que le dossier en cause est vraisemblablement pertinent quant à une question en litige ou à l'habileté d'un témoin à déposer: voir *Leipert*, précité, au par. 21. À l'inverse, lorsque l'accusé fournit des éléments de preuve ou des renseignements à l'appui d'une affirmation énumérée au par. 278.3(4), cela ne signifie pas que la pertinence vraisemblable est établie. Le paragraphe 278.3(4) ne remplace pas le pouvoir discrétionnaire dont jouit en fin de compte le juge du procès. Lorsqu'une des affirmations énumérées est faite et qu'elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès est l'arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7 est franchi.

121 We conclude that s. 278.3(4) does not violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*.

Nous concluons que le par. 278.3(4) ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

(4) The First Stage — Production to the Judge: Sections 278.4 and 278.5

(4) Première étape — La communication au juge: art. 278.4 et 278.5

122 Bill C-46, as noted, contemplates a two-stage procedure for gaining access to documents. At the first stage, the issue is whether the document should be produced to the judge. If that stage is passed, the judge looks at the document to determine whether it should be produced to the accused. Section 278.5 establishes the procedure for production to the judge at the first stage.

Comme nous l'avons vu, la loi C-46 prescrit une procédure en deux étapes en matière d'accès à des documents. À la première étape, il s'agit de savoir s'il y a lieu de communiquer le document au juge. Si cette étape est franchie, le juge examine le document pour déterminer s'il y a lieu de le communiquer à l'accusé. L'article 278.5 établit la procédure de communication au juge à la première étape.

123 Section 278.4 also deals with procedure. The judge holds the hearing *in camera*, and may hear witnesses and take submissions. Witnesses are not, however, compellable, though under s. 278.4(2) they "may appear and make submissions". None of the parties or interveners in this appeal directly challenged the non-compellability of witnesses under s. 278.4(2) (though this section falls within the stated constitutional questions, and was addressed by Belzil J.). We are therefore reluctant to assess its constitutionality. That said, and without deciding the issue, we would note that the fact

L'article 278.4 touche également à la procédure. Le juge tient une audience à huis clos et il peut entendre des témoins et des arguments. Cependant, les témoins ne peuvent pas être contraints à déposer même si, en vertu du par. 278.4(2), ils «peuvent comparaître et présenter leurs arguments». Aucune partie ni aucun intervenant, dans le présent pourvoi, ne conteste directement la non-contraignabilité des témoins en vertu du par. 278.4(2) (même si cette disposition est visée par les questions constitutionnelles formulées et a été abordée par le juge Belzil). Nous hésitons donc à en éva-

that witnesses are not compellable must be viewed in light of the preliminary, investigatory nature of the process at this stage and the other sources upon which the judge can draw in assessing whether the documents may be relevant and whether their production is necessary to the interests of justice, discussed more fully below. While *Stinchcombe* affirmed the right of the defence to obtain documents in the possession of the Crown which may be relevant to the defence, it did not suggest that the defence should have the right to examine witnesses on what documents are relevant. The common law has never compelled witnesses to testify as to records at the investigatory stage, although many inquisitorial, civilian systems do so. The fact that witnesses are not compellable under s. 278.4(2) is consistent, at the very least, with the common law tradition and with *Stinchcombe*. Moreover, as we discuss more fully *infra*, trial judges retain a broad discretion under s. 278.5(1) to order production. We must presume that Parliament intended for trial judges to exercise that discretion in a manner consistent with the *Charter* principles discussed above.

Both the majority and minority of this Court in *O'Connor* held that records must be produced to the judge for inspection if the accused can demonstrate that the information is “likely to be relevant”: *O'Connor*, *supra*, at para. 19, *per* Lamer C.J. and Sopinka J., and at para. 138, *per* L’Heureux-Dubé J. The Court defined the standard of likely relevance as “a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify” (para. 22 (emphasis in original)). Although the majority recognized that complainants have a constitutional right to privacy (at para. 17), it held that no balancing of rights should be undertaken at the first stage (at para. 24). This conclusion was premised on the finding that: (1) to require the accused to meet more than the likely relevance

luer la constitutionnalité. Cela dit, et sans trancher la question, nous tenons à souligner que le fait que les témoins ne soient pas contraignables doit être perçu en fonction de la nature préliminaire du processus qui est un processus d’enquête à ce stade et des autres sources auxquelles le juge peut recourir pour évaluer si les documents peuvent être pertinents et si leur communication servira les intérêts de la justice, lesquelles sont analysées davantage plus loin. Bien que l’arrêt *Stinchcombe* ait confirmé le droit de la défense d’obtenir les documents susceptibles de lui être utiles qui sont en la possession du ministère public, il n’a pas laissé entendre que la défense devrait avoir le droit d’interroger les témoins pour savoir quels documents sont pertinents. La common law n’a jamais contraint les témoins à déposer relativement à des dossiers à l’étape de l’enquête, bien que de nombreux systèmes civils inquisitoires le fassent. Le fait que les témoins ne soient pas contraignables en vertu du par. 278.4(2) est compatible tout au moins avec la tradition de common law et avec l’arrêt *Stinchcombe*. En outre, comme nous le verrons plus en détail plus loin, le juge du procès conserve, en vertu du par. 278.5(1), un large pouvoir discrétionnaire d’ordonner la communication. Nous devons présumer que le législateur a voulu que le juge du procès exerce ce pouvoir discrétionnaire d’une manière conforme aux principes de la *Charte* analysés précédemment.

Dans l’arrêt *O'Connor* de notre Cour, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont conclu que les dossiers doivent être communiqués au juge pour qu’il les examine, si l’accusé peut démontrer que les renseignements en question sont «d’une pertinence probable»: *O'Connor*, précité, au par. 19, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, et au par. 138, le juge L’Heureux-Dubé. Notre Cour a défini la norme de la pertinence probable comme étant «une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l’habilité à témoigner d’un témoin» (par. 22 (souligné dans l’original)). Bien que les juges majoritaires aient reconnu que les plaignants ont un droit constitutionnel à la vie privée (au par. 17), ils ont conclu qu’aucune évaluation de droits ne

stage would be to “put the accused in the difficult situation of having to make submissions to the judge without precisely knowing what is contained in the records” (para. 25); and (2) there is not enough information before a trial judge at this initial stage of production for an informed balancing procedure to take place (at para. 21). To this end, the majority held that the analysis should be confined to determining “likely relevance” and “whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records” (para. 21). In contrast, the minority held that once the accused meets the “likely relevance” threshold, he must then satisfy the judge that the salutary effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production, having regard to the accused’s right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records (at para. 150). L’Heureux-Dubé J. found that a sufficient evidentiary basis could be established at this stage through Crown disclosure, defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial and, on some occasions, expert evidence (at para. 146).

devait être entreprise à la première étape (au par. 24). Cette conclusion reposait sur la constatation (1) qu’obliger l’accusé à franchir davantage que l’étape de la pertinence probable reviendrait à «le pla[cer] dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers» (par. 25), et (2) que le juge du procès ne dispose pas de suffisamment de renseignements à cette étape initiale de communication pour qu’un processus d’évaluation éclairé ait lieu (au par. 21). À cette fin, les juges majoritaires ont statué que l’analyse devait se limiter à déterminer la «pertinence probable» et à «la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière» (par. 21). Par contre, les juges dissidents ont conclu qu’une fois que l’accusé satisfait au critère préliminaire de la «pertinence probable», il doit ensuite convaincre le juge que les effets bénéfiques d’une ordonnance de communication des documents au tribunal pour fins d’examen l’emportent sur ses effets préjudiciables, compte tenu du droit de l’accusé à une défense pleine et entière et de l’effet d’une telle communication sur les droits à la vie privée et à l’égalité de la personne à laquelle se rapportent les dossiers (au par. 150). Le juge L’Heureux-Dubé a conclu qu’une preuve suffisante pouvait être établie à cette étape au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l’enquête préliminaire qu’au procès et, parfois, au moyen d’une preuve d’expert (au par. 146).

125

Parliament, after studying the issue, concluded that the rights of both the complainant and the accused should be considered when deciding whether to order production to the judge. In coming to this conclusion, Parliament must be taken to have determined, as a result of lengthy consultations, and years of Parliamentary study and debate, that trial judges have sufficient evidence to engage in an informed balancing process at this stage. Parliament began consultations on the production of complainants’ private records in sexual assault cases in June 1994. The *O’Connor* decision

Après avoir étudié la question, le législateur a conclu qu’il faut tenir compte tant des droits du plaignant que de ceux de l’accusé pour décider s’il y a lieu d’ordonner la communication au juge. Il faut tenir pour acquis qu’en arrivant à cette conclusion le législateur a décidé, à la suite de longues consultations et d’années d’études et de débats parlementaires, que le juge du procès dispose de suffisamment d’éléments de preuve pour entreprendre un processus d’évaluation éclairé à cette étape. Le législateur a entamé, en juin 1994, des consultations au sujet de la communication des dossiers

became a part of that discussion when it was released December 14, 1995, and was subsequently addressed in the consultations which continued until March 1997. In developing the Bill C-46 production regime, we must therefore remember that Parliament had the benefit of information not available to the Court when it penned *O'Connor*. Specifically, Parliament had the advantage of being able to assess how the *O'Connor* regime was operating. The record indicates that Parliament received many submissions that under the *O'Connor* regime, private records were routinely being produced to the court at the first stage, leading to the recurring violation of the privacy interests of complainants and witnesses. While it is true that little statistical data existed at the time of the drafting of Bill C-46 on the application of *O'Connor*, it was open to Parliament to give what weight it saw fit to the evidence presented at the consultations. As a result of the consultation process, Parliament decided to supplement the “likely relevant” standard for production to the judge proposed in *O'Connor* with the further requirement that production be “necessary in the interests of justice”. The result was s. 278.5. This process is a notable example of the dialogue between the judicial and legislative branches discussed above. This Court acted in *O'Connor*, and the legislature responded with Bill C-46. As already mentioned, the mere fact that Bill C-46 does not mirror *O'Connor* does not render it unconstitutional.

Section 278.5(1) requires the accused at the stage of production to a judge to demonstrate not only that the information is “likely relevant” but, in addition, that the production of the record “is necessary in the interests of justice”. The first requirement takes up the unanimous view in *O'Connor* that the accused, to get production to the judge, must show that the record is “likely relevant”. The additional requirement that production to the judge be “necessary in the interests of jus-

privés de plaignants dans des affaires d'agression sexuelle. L'arrêt *O'Connor* a fait l'objet de ces débats une fois qu'il a été rendu le 14 décembre 1995, et il a par la suite été abordé dans les consultations qui se sont poursuivies jusqu'en mars 1997. Il faut donc se rappeler qu'en établissant le régime de communication de la loi C-46, le législateur bénéficiait de renseignements dont notre Cour ne disposait pas lorsqu'elle a rédigé l'arrêt *O'Connor*. En particulier, le législateur avait l'avantage de pouvoir évaluer la manière dont le régime de l'arrêt *O'Connor* fonctionnait. Le dossier indique que le législateur a reçu de nombreuses observations selon lesquelles, en vertu du régime établi par l'arrêt *O'Connor*, les dossiers privés étaient couramment communiqués au tribunal à la première étape, ce qui menait à la violation répétée du droit à la vie privée des plaignants et des témoins. Bien qu'il soit vrai qu'il existait peu de données statistiques sur l'application de l'arrêt *O'Connor* au moment où la loi C-46 a été rédigée, il était loisible au législateur d'accorder l'importance qu'il jugeait bon aux témoignages présentés lors des consultations. À la suite du processus de consultation, le législateur a décidé de compléter la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l'arrêt *O'Connor*, par l'exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice», d'où l'art. 278.5. Ce processus est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif qui a été mentionné précédemment. Notre Cour a agi dans l'arrêt *O'Connor*, et le législateur a réagi au moyen de la loi C-46. Comme nous l'avons vu, la Loi n'est pas inconstitutionnelle du simple fait qu'elle ne reflète pas l'arrêt *O'Connor*.

Le paragraphe 278.5(1) exige qu'à l'étape de la communication au juge l'accusé démontre non seulement que les renseignements sont «vraisemblablement pertinent[s]», mais en outre que la communication du dossier «ser[vira] les intérêts de la justice». La première exigence reprend l'opinion unanime de l'arrêt *O'Connor* que, pour obtenir la communication au juge, l'accusé doit démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent» («*likely relevant*»). L'exigence supplémentaire que

«justice» encompasses (but is not confined to) the concern of the minority in *O'Connor* that even where likely relevance is shown, there should be room for the court to consider the rights and interests of all those affected by disclosure before documents are ordered disclosed to the court.

la communication au juge «ser[ve] les intérêts de la justice» englobe (sans s'y limiter) la préoccupation des juges dissidents dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle même lorsque la pertinence probable («*likely relevance*») est démontrée, il devrait être loisible au tribunal d'examiner les droits et les intérêts de tous ceux qui seront touchés par la communication avant d'ordonner que les documents lui soient communiqués.

127 Section 278.5(1) is followed by s. 278.5(2) which gives substance to the requirement that trial judges consider the broad range of rights and interests affected before ordering disclosure to the court. Under this section, a trial judge is required to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to make full answer and defence and on the rights to privacy and equality of the complainant or witness and any other person to whom the record relates. The section directs the trial judge to "take into account" a series of factors in deciding whether the document should be produced to the court: (a) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (b) the probative value of the record; (c) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record; (d) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias; (e) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates; (f) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences; (g) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and (h) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

Le paragraphe 278.5(1) est suivi du par. 278.5(2) qui précise l'exigence que le juge du procès examine la vaste gamme de droits et intérêts touchés avant d'ordonner la communication au tribunal. En vertu de ce paragraphe, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant, du témoin et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte. Le paragraphe ordonne au juge du procès de «tenir compte» d'une série de facteurs pour décider si le document doit être communiqué au tribunal: a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière; b) sa valeur probante; c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé; d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire; e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte; f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées; g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infractions d'ordre sexuel, suivent des traitements; et h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

128 The respondent takes no issue with the requirement that the records be established as likely relevant before production to the judge is ordered. His objection is that the accused must also show that disclosure to the judge is "necessary in the interests of justice". He argues that this requires a weighing and balancing of interests that cannot properly be done without reviewing the documents in question. To this end, s. 278.5 calls upon the

L'intimé ne conteste pas l'exigence que la pertinence vraisemblable des dossiers soit établie avant que leur communication au juge ne soit ordonnée. Il s'oppose au fait que l'accusé doit également démontrer que la communication «sert les intérêts de la justice». Il prétend que cela requiert une évaluation des intérêts qui ne peut pas être faite convenablement sans examiner les documents en question. À cette fin, l'art. 278.5 demande au juge

trial judge to do the impossible — to weigh competing rights in a vacuum. The respondent contends that likely relevance should be the only requirement at the stage of deciding whether the judge can see the document. In imposing the additional requirement that production be established as “necessary in the interests of justice”, s. 278.5 risks depriving the accused of documents relevant to his defence and hence is unconstitutional.

The question comes down to this: once likely relevance is established, is it necessarily unconstitutional that a consideration of the rights and interests of those affected by production to the court might result in production not being ordered? The answer to this question depends on whether a consideration of the range of rights and interests affected, in addition to a finding of likely relevance, will ultimately prevent the accused from seeing documents that are necessary to enable him to defend himself — to raise all the defences that might be open to him at trial. The non-disclosure of third party records with a high privacy interest that may contain relevant evidence will not compromise trial fairness where such non-disclosure would not prejudice the accused’s right to full answer and defence.

Section 278.5(1) is a very wide and flexible section. It accords the trial judge great latitude. Parliament must be taken to have intended that judges, within the broad scope of the powers conferred, would apply it in a constitutional manner — a way that would ultimately permit the accused access to all documents that may be constitutionally required. Indeed, a production regime that denied this would not be production “necessary in the interests of justice”.

The requirement that production be “necessary in the interests of justice” at this stage refers to whether production to the judge is necessary in the interests of justice. That is a phrase capable of encompassing a great deal. It permits the judge to

du procès de faire l’impossible — évaluer des droits opposés en vase clos. L’intimé soutient que le critère de la pertinence vraisemblable devrait constituer la seule exigence à l’étape où il faut décider si le juge peut voir le document. En imposant l’exigence supplémentaire d’établir que la communication «sert les intérêts de la justice», l’art. 278.5 risque de priver l’accusé de documents qui sont pertinents pour assurer sa défense, et est donc inconstitutionnel.

La question se résume à ceci: une fois que la pertinence vraisemblable est établie, est-il nécessairement non conforme à la Constitution que l’examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible d’entraîner le refus d’ordonner la communication? La réponse à cette question dépend de la question de savoir si l’examen de la gamme des droits et intérêts touchés, ajouté à la constatation de pertinence vraisemblable, empêchera, en fin de compte, l’accusé de voir les documents qui lui sont nécessaires pour pouvoir se défendre — pour invoquer tous les moyens de défense dont il pourrait se prévaloir au procès. La non-communication des dossiers de tiers qui font l’objet d’un intérêt élevé en matière de vie privée et qui peuvent contenir des éléments de preuve pertinents ne compromet pas l’équité du procès lorsqu’elle ne préjudicie pas au droit de l’accusé à une défense pleine et entière.

Le paragraphe 278.5(1) est une disposition très large et très souple. Il confère beaucoup de latitude au juge du procès. Il faut considérer que le législateur a voulu que, dans le cadre général des pouvoirs conférés, les juges l’appliquent d’une manière conforme à la Constitution — d’une manière qui permettrait, en fin de compte, à l’accusé d’avoir accès à tous les documents qui peuvent être requis suivant la Constitution. En fait, un régime de communication qui refuserait cet accès ne constituerait pas de la communication qui «sert les intérêts de la justice».

L’exigence que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice» à cette étape renvoi à la question de savoir si la communication au juge sert les intérêts de la justice. Cette expression est susceptible d’avoir plusieurs sens. Elle permet au juge

129

130

131



look at factors other than relevancy, like the privacy rights of complainants and witnesses, in deciding whether to order production to himself or herself. Where the privacy right in a record is strong and the record is of low probative value or relates to a peripheral issue, the judge might decide that non-disclosure will not prejudice the accused's right to full answer and defence and dismiss the application for production.

132 However, pursuant to the first factor of s. 278.5(2), the judge must consider the accused's right to make full answer and defence. If the judge concludes that it is necessary to examine the documents at issue in order to determine whether they should be produced to enable the accused to make full answer and defence, then production to the judge is "necessary in the interests of justice". This answers the argument that s. 278.5(1) may require the judge to decide against production to himself or herself of documents necessary to the defence, and hence foreclose production to the accused in an unconstitutional manner. If a record is established to be "likely relevant" and, after considering the various factors, the judge is left uncertain about whether its production is necessary to make full answer and defence, then the judge should rule in favour of inspecting the document. As L'Heureux-Dubé J. stated in *O'Connor*, *supra*, at para. 152, "[i]n borderline cases, the judge should err on the side of production to the court". The interests of justice require nothing less.

133 The criterion in s. 278.5 that production must be "necessary in the interests of justice" invests trial judges with the discretion to consider the full range of rights and interests at issue before ordering production, in a manner scrupulously respectful of the requirements of the *Charter*; see: *Baron*, *supra*, at p. 442, *per Sopinka J.* The fact that the approach set out in s. 278.5 does not accord with *O'Connor's* pronouncement, at para. 24, that at the stage of production to the Court, "considerations of

d'examiner d'autres facteurs que la pertinence, comme le droit à la vie privée des plaignants et des témoins, pour décider s'il y a lieu d'ordonner que les documents lui soient communiqués. Lorsque le dossier fait l'objet d'un solide droit au respect de son caractère privé et qu'il a une faible valeur probante ou porte sur une question secondaire, le juge peut éventuellement décider que la non-communication ne nuira pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière et rejeter la demande de communication.

Selon le premier facteur du par. 278.5(2), le juge doit cependant prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Si le juge conclut qu'il est nécessaire d'examiner les documents en cause pour déterminer s'ils devraient être communiqués à l'accusé afin de lui permettre de présenter une défense pleine et entière, la communication au juge «sert [alors] les intérêts de la justice». Cela répond à l'argument que le par. 278.5(1) peut obliger le juge à refuser d'ordonner que lui soient communiqués des documents nécessaires à la défense et ainsi empêcher, d'une manière non conforme à la Constitution, la communication à l'accusé. S'il est établi qu'un dossier est «vraisemblablement pertinent» et, si, après avoir pris en considération les différents facteurs, le juge n'est pas certain que la communication de ce dossier soit nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, celui-ci doit alors décider d'examiner le document. Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a dit dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 152, «[d]ans les cas limites, le juge devrait pencher du côté de la production au tribunal». Les intérêts de la justice n'exigent rien de moins.

Le critère de l'art. 278.5, selon lequel la communication doit «ser[vir] les intérêts de la justice», confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d'une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d'ordonner la communication; voir *Baron*, précité, à la p. 442, le juge Sopinka. La méthode prévue à l'art. 278.5 n'est pas inconstitutionnelle du fait qu'elle ne concorde pas avec

privacy should not enter into the analysis”, does not render it unconstitutional. In *O'Connor*, the Court was operating in a legislative vacuum, and fashioned what it considered to be the preferred common law rule. While the rule from that case was of course informed by the *Charter*, it should not be read as a rigid constitutional template. As discussed above, the relationship between the courts and legislatures allows a range of constitutional options. While this Court may have considered it preferable not to consider privacy rights at the production stage, that does not preclude Parliament from coming to a different conclusion, so long as its conclusion is consistent with the *Charter* in its own right. As we have explained, the Bill’s directive to consider what is “necessary in the interests of justice”, read correctly, does include appropriate respect for the right to full answer and defence.

This leaves the argument that the judge cannot consider the factors listed in s. 278.5(2) without looking at the documents. However, s. 278.5(2) does not require that the judge engage in a conclusive and in-depth evaluation of each of the factors. It rather requires the judge to “take them into account” — to the extent possible at this early stage of proceedings — in deciding whether to order a particular record produced to himself or herself for inspection. Section 278.5(2) serves as a check-list of the various factors that may come into play in making the decision regarding production to the judge. Therefore, while the s. 278.5(2) factors are relevant, in the final analysis the judge is free to make whatever order is “necessary in the interests of justice” — a mandate that includes all of the applicable “principles of fundamental justice” at stake.

Furthermore, contrary to the respondent’s submissions, there is a sufficient evidentiary basis to support such an analysis at this early stage. This basis can be established through Crown disclosure,

l’énoncé de l’arrêt *O'Connor*, au par. 24, selon lequel, à l’étape de la communication au tribunal, «des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l’analyse». Dans *O'Connor*, notre Cour agissait dans un vide législatif et a établi ce qu’elle considérait être la règle de common law la plus appropriée. Même si la règle établie dans cet arrêt s’inspirait naturellement de la *Charte*, elle ne doit pas être interprétée comme un modèle constitutionnel rigide. Comme nous l’avons vu précédemment, les rapports entre les tribunaux et le législateur permettent une gamme de choix sur le plan constitutionnel. Bien que notre Cour puisse avoir jugé préférable de ne pas prendre en considération le droit à la vie privée à l’étape de la communication, cela n’empêche pas le législateur d’arriver à une conclusion différente pourvu que sa conclusion soit elle-même compatible avec la *Charte*. Comme nous l’avons expliqué, si on l’interprète correctement, la directive de la Loi de prendre en considération ce qui «sert les intérêts de la justice» inclut le respect qui est dû au droit à une défense pleine et entière.

Il reste l’argument que le juge ne peut pas prendre en considération les facteurs énumérés au par. 278.5(2) sans examiner les documents. Cependant, le par. 278.5(2) n’exige pas que le juge entreprenne une évaluation définitive et approfondie de chacun des facteurs. Il exige plutôt que le juge «en tienne compte» — dans la mesure du possible à cette étape initiale des procédures — pour décider s’il y a lieu d’ordonner qu’un dossier particulier lui soit communiqué pour fins d’examen. Le paragraphe 278.5(2) sert de liste de vérification des différents facteurs qui peuvent entrer en jeu lorsqu’il s’agit de prendre une décision au sujet de la communication au juge. Par conséquent, bien que les facteurs du par. 278.5(2) soient pertinents, le juge est libre, en dernière analyse, de rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice» — un mandat qui englobe tous les «principes de justice fondamentale» applicables qui sont en jeu.

De plus, contrairement aux arguments de l’intimé, il y a un fondement probatoire suffisant pour justifier une telle analyse à cette étape initiale. Ce fondement peut être établi au moyen des docu-

134

135

defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial, and expert evidence, see: *O'Connor, supra*, at para. 146, *per* L'Heureux-Dubé J. As noted by Taylor J. for the British Columbia Supreme Court, "the criminal process provides a reasonable process for the acquisition of the evidentiary basis", *Hurrie, supra*, at para. 39. To this end, as the Attorney of British Columbia submitted: "Laying the groundwork prior to trial, or comprehensive examination of witnesses at trial, will go a long way to establishing a meritorious application under this legislation."

ments et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert: voir *O'Connor*, précité, au par. 146, le juge L'Heureux-Dubé. Comme l'a souligné le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: [TRADUCTION] «la procédure en matière criminelle établit un processus raisonnable d'obtention du fondement probatoire»: *Hurrie*, précité, au par. 39. À cette fin, comme le procureur de la Colombie-Britannique l'a fait remarquer: [TRADUCTION] «La préparation du terrain avant le procès, ou l'interrogatoire exhaustif des témoins au procès, contribuera largement au succès d'une demande présentée en vertu de cette mesure législative.»

136

The nature of the records in question will also often provide the trial judge with an important informational foundation. For example, with respect to the privacy interest in records, the expectation of privacy in adoption or counselling records may be very different from that in school attendance records (see, for example, *R. v. J.S.P.*, B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997). Similarly, a consideration of the probative value of records can often be informed by the nature and purposes of a record, as well as the record taking practices used to create it. As noted above, many submissions were made regarding the different levels of reliability of certain records. Counselling or therapeutic records, for example, can be highly subjective documents which attempt merely to record an individual's emotions and psychological state. Often such records have not been checked for accuracy by the subject of the records, nor have they been recorded verbatim. All of these factors may help a trial judge when considering the probative value of a record being sought by an accused.

La nature des dossiers en question fournira aussi souvent au juge du procès des renseignements importants sur lesquels il pourra se fonder. Par exemple, en ce qui concerne le droit au respect du caractère privé de dossiers, l'attente en matière de respect du caractère privé des dossiers d'adoption ou de consultation peut être très différente de celle relative aux dossiers d'assiduité scolaire (voir, par exemple, *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver nos CC970130 et CC960237, 15 mai 1997). De même, l'examen de la valeur probante d'un dossier peut souvent être guidé par sa nature et par ses objets, ainsi que par la méthode de consignation de données utilisée pour le constituer. Comme nous l'avons vu précédemment, de nombreux arguments ont été avancés au sujet des différents degrés de fiabilité de certains dossiers. Les dossiers thérapeutiques ou de consultation, par exemple, peuvent être des documents très subjectifs qui ne font que tenter de décrire les émotions et l'état psychologique d'une personne. Souvent, ces dossiers ne constituent pas un compte rendu textuel et leur exactitude n'est pas vérifiée par la personne à laquelle ils se rapportent. Tous ces facteurs peuvent être utiles au juge du procès lorsqu'il examine la valeur probante d'un dossier demandé par l'accusé.

137

The evidentiary foundation of a case, and considerations such as the nature of the records sought

Le fondement probatoire d'une affaire et des éléments comme la nature des dossiers demandés

and the manner in which these records were taken, will often provide trial judges with sufficient information to be able to “consider” and to “take into account” the factors listed in s. 278.5(2) and to fulfil the requirements of s. 278.5(1). As a final protection for the accused, the trial judge is always free to make whatever order is “necessary in the interests of justice”. As discussed above in the context of defining the right to full answer and defence, courts must as a general matter ensure that the accused can obtain all pertinent evidence required to make full answer and defence, and must be wary of the danger of putting the accused in a Catch-22 situation in seeking to obtain such evidence. Where there is a danger that the accused’s right to make full answer and defence will be violated, the trial judge should err on the side of production to the court.

We conclude that s. 278.5 is constitutional. The respondent’s argument depends on reading the requirement in s. 278.5(1)(c), that production can only be ordered where “necessary in the interests of justice”, as capable of blocking production even where the accused might constitutionally require access to the documents in question. A finding of unconstitutionality also hinges on reading s. 278.5(2) as consisting of a check-list of factors and rights to be conclusively assessed and weighed-off against one other. Such readings, however, cannot stand. It can never be in the interests of justice for an accused to be denied the right to make full answer and defence and, pursuant to s. 278.5(2) the trial judge is merely directed to “consider” and “take into account” the factors and rights listed. Where the record sought can be established as “likely relevant”, the judge must consider the rights and interests of all those affected by production and decide whether it is necessary in the interests of justice that he or she take the next step

et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu’il puisse «prendre en considération» les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en «tenir compte», et pour qu’il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1). À titre de dernière mesure de protection de l’accusé, le juge du procès peut toujours rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice». Comme nous l’avons vu dans le cadre de la définition du droit à une défense pleine et entière, les tribunaux doivent, en général, s’assurer que l’accusé puisse obtenir tous les éléments de preuve pertinents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière, et ils doivent être conscients du risque de placer l’accusé dans une situation sans issue en cherchant à obtenir ces éléments de preuve. S’il y a un risque de violation du droit de l’accusé à une défense pleine et entière, le juge du procès devrait pécher par excès de prudence et ordonner la communication au tribunal.

Nous concluons que l’art. 278.5 n’est pas inconstitutionnel. L’argument de l’intimé repose sur une interprétation de l’exigence de l’al. 278.5(1)c — que la communication ne puisse être ordonnée que si elle «sert les intérêts de la justice» — suivant laquelle elle peut empêcher la communication même dans le cas où l’accusé pourrait, en vertu de la Constitution, nécessiter l’accès aux documents en question. Une conclusion à l’inconstitutionnalité repose également sur une interprétation du par. 278.5(2) suivant laquelle il constitue une liste de vérification de facteurs et de droits qui doivent être évalués et soupesés de façon concluante les uns par rapport aux autres. Ces interprétations ne sauraient toutefois tenir. Il ne peut jamais être dans l’intérêt de la justice qu’un accusé se voie refuser le droit à une défense pleine et entière, et, selon le par. 278.5(2), le juge du procès n’est tenu que de «prendre en considération» les facteurs et les droits énumérés et d’en «tenir compte». Lorsqu’il est possible d’établir que le dossier demandé est «vraisemblablement pertinent», le juge doit prendre en considération les droits et intérêts de toutes les personnes touchées par la communication et décider s’il servirait les intérêts de la justice qu’il entreprenne ensuite

of viewing the documents. If in doubt, the interests of justice require that the judge take that step.

- (5) Stage Two — Production to the Accused, Section 278.7: The Consideration of Societal Interests, Sections 278.5(2)(f) and (g), and the Integrity of the Trial Process, Section 278.5(2)(h)

139

Once the first hurdle is passed and the records are produced to the judge, the judge must determine whether it is in the interests of justice that they be produced to the defence. Again the judge must be satisfied that the records are “likely relevant” and that production, this time to the accused, is necessary in the interests of justice. In making this decision, the judge must once again consider the factors set out in s. 278.5(2).

140

The respondent accepts that weighing competing interests is appropriate at this second stage of the analysis. However, the respondent contends that the requirement under s. 278.7(2), that the trial judge take the factors specified in s. 278.5(2)(a) to (h) into account, inappropriately alters the constitutional balance established in *O'Connor*. Specifically, the respondent contends that ss. 278.5(2)(f) and (g) elevate the societal interest in encouraging the reporting of sexual offences and encouraging of treatment of complainants of sexual offences, to a status equal to the accused’s right to make full answer and defence. This, he suggests, alters the constitutional balance established in *O'Connor*, where the majority specifically determined these factors to be of secondary importance to defence interests in any balancing of competing interests and better taken into account through other avenues. The respondent also contends that s. 278.5(2)(h) unfairly requires trial judges to consider the effect of disclosure on the integrity of the trial process. The respondent submits that this is a question going to admissibility.

141

These concerns are largely answered by the analysis advanced under s. 278.5(2), discussed at

d’examiner les documents. En cas de doute, les intérêts de la justice exigent que le juge entreprenne cet examen.

- (5) Deuxième étape — La communication à l’accusé, art. 278.7: L’examen de l’intérêt de la société, al. 278.5(2)(f) et g), et de l’intégrité du processus judiciaire, al. 278.5(2)(h)

Une fois que le premier obstacle est franchi et que les dossiers sont communiqués au juge, ce dernier doit décider si leur communication à la défense servirait les intérêts de la justice. Là encore, le juge doit être convaincu que les dossiers sont «vraisemblablement pertinent[s]» et que leur communication, cette fois à l’accusé, sert les intérêts de la justice. En rendant cette décision, le juge doit de nouveau prendre en considération les facteurs énoncés au par. 278.5(2).

L’intimé reconnaît que l’évaluation des intérêts opposés est appropriée à cette deuxième étape de l’analyse. Il soutient cependant que l’exigence du par. 278.7(2) que le juge du procès tienne compte des facteurs indiqués aux al. 278.5(2)(a) à (h) modifie indûment l’équilibre constitutionnel établi dans l’arrêt *O'Connor*. En particulier, l’intimé fait valoir que les al. 278.5(2)(f) et (g) élèvent à un rang égal au droit de l’accusé à une défense pleine et entière l’intérêt qu’a la société à ce que les infractions d’ordre sexuel soient signalées et à ce que les plaignants dans le cas de telles infractions suivent des traitements. Il prétend que cela modifie l’équilibre constitutionnel établi dans l’arrêt *O'Connor*, où les juges majoritaires ont expressément décidé que ces facteurs avaient une importance secondaire par rapport aux intérêts de la défense dans toute évaluation d’intérêts opposés et qu’il y avait d’autres moyens de mieux en tenir compte. L’intimé soutient également que l’al. 278.5(2)(h) oblige inégalement le juge du procès à prendre en considération l’effet de la communication sur l’intégrité du processus judiciaire. L’intimé fait valoir qu’il s’agit là d’une question touchant l’admissibilité.

Ces préoccupations sont largement dissipées par l’analyse fondée sur le par. 278.5(2), qui a fait

greater length above. Trial judges are not required to rule conclusively on each of the factors nor are they required to determine whether factors relating to the privacy and equality of the complainant or witness “outweigh” factors relating to the accused’s right to full answer and defence. To repeat, trial judges are only asked to “take into account” the factors listed in s. 278.5(2) when determining whether production of part or all of the impugned record to the accused is necessary in the interest of justice (s. 278.7(1)).

The respondent argues that the inclusion of the societal interest factors in ss. 278.5(2)(f) and (g) alters the constitutional balance established by the *O’Connor* majority. With respect, this argument is unsound. Lamer C.J. and Sopinka J. explicitly held that such factors were relevant and ought to be “taken into account in weighing the competing interests” (para. 33). Their concern was solely that such factors not be given controlling weight. The interpretation of s. 278.5(2) advanced above respects this concern. Nonetheless, it is worth noting that when considering the factors set out in ss. 278.5(2)(f) and (g), trial judges should acknowledge that such factors will likely arise in every case and may be more readily supported by evidence, and take them into account accordingly.

This leaves the argument that s. 278.5(2)(h) goes to admissibility and that any consideration of it at the stage of production distorts the fairness of the trial. While the *O’Connor* majority held that this factor was “more appropriately dealt with at the admissibility stage”, this conclusion does not amount to a finding that a consideration of this factor at the stage of production would result in unfairness to the accused: see *O’Connor*, at para. 32. As noted above, when preparing Bill C-46 Parliament had the advantage of being able to assess how the *O’Connor* regime was operating. From the information available to Parliament and the submissions it received during the consultation pro-

l’objet d’un examen plus détaillé précédemment. Le juge du procès n’est pas tenu de se prononcer de façon définitive sur chacun des facteurs, et il n’est pas non plus tenu de décider si les facteurs relatifs au droit à la vie privée et au droit à l’égalité du plaignant ou du témoin «l’emportent» sur ceux concernant le droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Là encore, on ne demande au juge du procès que de «tenir compte» des facteurs énumérés au par. 278.5(2) pour décider si la communication à l’accusé de la totalité ou d’une partie du dossier contesté sert les intérêts de la justice (par. 278.7(1)).

L’intimé prétend que l’inclusion des facteurs de l’intérêt de la société aux al. 278.5(2)(f) et (g) modifie l’équilibre constitutionnel établi par les juges majoritaires dans l’arrêt *O’Connor*. En toute déférence, cet argument est mal fondé. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont expressément conclu que ces facteurs étaient pertinents et qu’ils devaient être «pris en considération dans la pondération des intérêts opposés» (par. 33). Leur seul souci était que ces facteurs ne se voient pas accorder un poids déterminant. L’interprétation du par. 278.5(2) avancée précédemment tient compte de ce souci. Il vaut néanmoins la peine de souligner que, lorsqu’il examine les facteurs énoncés aux al. 278.5(2)(f) et (g), le juge du procès doit reconnaître que ces facteurs se présenteront vraisemblablement dans chaque affaire et pourront être plus facilement étayés par la preuve, et qu’il doit donc en tenir compte.

Il reste l’argument que l’al. 278.5(2)(h) touche l’admissibilité et que l’examen de cet alinéa à l’étape de la communication nuit à l’équité du procès. Même si les juges majoritaires, dans l’arrêt *O’Connor*, ont conclu qu’il convenait «mieux de traiter de ce [...] facteur à l’étape de l’admissibilité», cette conclusion ne revient pas à dire que l’examen de ce facteur à l’étape de la communication entraînerait une iniquité envers l’accusé; voir *O’Connor*, au par. 32. Comme nous l’avons souligné précédemment, le législateur avait l’avantage d’être en mesure d’évaluer la façon de fonctionner du régime de l’arrêt *O’Connor* lorsqu’il a rédigé la loi C-46. À partir des renseignements dont il dis-

142

143

cess, Parliament concluded that the effect of production on the integrity of the trial was a factor that should be included in the list of factors for trial judges to “take into account” at both stages of an application for production. Several interveners have interpreted this factor as requiring courts to consider, along with the other enumerated factors, whether the search for truth would be advanced by the production of the records in question; that is, the question is whether the material in question would introduce discriminatory biases and beliefs into the fact-finding process. We agree with this interpretation of the inquiry required by s. 278.5(2)(h) and believe it to be in keeping with the purposes set out in the preamble of the legislation.

posait et des observations qu’il a reçues pendant le processus de consultation, le législateur a conclu que l’effet de la communication sur l’intégrité du procès était un facteur qui devrait être inclus dans la liste des facteurs dont le juge du procès doit «tenir compte» aux deux étapes d’une demande de communication. Plusieurs intervenants ont interprété ce facteur comme obligeant les tribunaux à se demander, en examinant les autres facteurs énumérés, si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité; en d’autres termes, il s’agit de savoir si les documents en question introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l’appréciation des faits. Nous sommes d’accord avec cette interprétation de l’examen requis par l’al. 278.5(2)h), et nous croyons qu’elle est conforme aux objets énoncés dans le préambule de la mesure législative.

144 By giving judges wide discretion to consider a variety of factors and requiring them to make whatever order is necessary in the interest of justice at both stages of an application for production, Parliament has created a scheme that permits judges not only to preserve the complainant’s privacy and equality rights to the maximum extent possible, but also to ensure that the accused has access to the documents required to make full answer and defence.

En conférant aux juges un large pouvoir discrétionnaire d’examiner toute une gamme de facteurs et en exigeant d’eux qu’ils rendent toute ordonnance qui sert l’intérêt de la justice aux deux étapes d’une demande de communication, le législateur a créé un régime qui permet aux juges non seulement de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l’égalité du plaignant, mais encore de s’assurer que l’accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

(6) Timing

(6) Le moment opportun

145 Concerns were raised as to how the legislation would work in practice. One concern was that the application must be made to the trial judge: s. 278.3(1). This suggests that it may be deferred to the eve of trial or at the trial itself, allowing the accused little time for consideration of whether and how the records may relate to the accused’s defence. One way of avoiding this is through the early assignment of the trial judge, a common practice in prosecutions of serious criminal offences. The trial judge may canvas the possibility of applications for production well in advance

Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la manière dont la mesure législative s’appliquerait en pratique. L’une d’elles concernait le fait que la demande doit être présentée au juge du procès: par. 278.3(1). Cela indique que cette demande peut être reportée à la veille du procès ou au procès lui-même, ce qui ne laisse que peu de temps à l’accusé pour examiner si et comment les dossiers peuvent toucher à sa défense. Un moyen d’éviter cela consiste à choisir rapidement le juge du procès, ce qui constitue une pratique courante dans les poursuites relatives aux infractions criminelles graves. Le juge du procès peut examiner la possibilité qu’il y ait des demandes de communication bien avant

of the trial, leaving time for follow-up applications if the first is unsuccessful.

#### VII. Conclusion and Disposition

In the result we would allow the appeal, set aside the judgments of Belzil J., and uphold the constitutionality of Bill C-46. We answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Given the answer to question 1, it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Given the answer to question 3, it is not necessary to answer this question.

*Appeal allowed, LAMER C.J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

le procès, ce qui laisse du temps pour présenter d'autres demandes si la première est rejetée.

#### VII. Conclusion et dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmar les jugements du juge Belzil et de confirmer la constitutionnalité de la loi C-46. Nous répondons aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER est dissident en partie.*

*Procureurs de l'appelante L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.*

*Procureur de l'appellant le procureur général de l'Alberta: Justice Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*



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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Attorney General, Charlottetown.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Mental Health Association: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Psychiatric Association: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Child and Adolescent Services Association: Emery Jamieson, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Guy Cournoyer, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le Procureur général, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le Sous-procureur général, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Child and Adolescent Services Association: Emery Jamieson, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Guy Cournoyer, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: Edelson & Associates, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Association of Sexual Assault Centres: Evans Martin Wilson, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale Gibson Associates, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense: Edelson & Associates, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres: Evans Martin Wilson, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale Gibson Associates, Edmonton.*