

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

J.J. *Respondent/Appellant on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta, West
Coast Legal Education and Action
Fund, Women Against Violence
Against Women Rape Crisis Centre,
Barbra Schlifer Commemorative
Clinic, Criminal Trial Lawyers'
Association, Criminal Lawyers'
Association (Ontario), Canadian
Council of Criminal Defence Lawyers
and Independent Criminal Defence
Advocacy Society** *Interveners*

and

A.S. *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen and Shane
Reddick** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British
Columbia, Attorney General of**

Sa Majesté la Reine *Appelante/
Intimée au pourvoi incident*

c.

J.J. *Intimé/Appelant au pourvoi
incident*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
procureur général de la Nouvelle-
Écosse, procureur général du
Manitoba, procureur général
de la Saskatchewan, procureur
général de l'Alberta, West Coast
Legal Education and Action Fund,
Women Against Violence Against
Women Rape Crisis Centre, Barbra
Schlifer Commemorative Clinic,
Criminal Trial Lawyers' Association,
Criminal Lawyers' Association
(Ontario), Conseil canadien des
avocats de la défense et Independent
Criminal Defence Advocacy
Society** *Intervenants*

- et -

A.S. *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine et Shane
Reddick** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général du Québec,
procureur général de la Nouvelle-
Écosse, procureur général du
Manitoba, procureur général de la
Colombie-Britannique, procureur**

Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Women's Legal Education and Action Fund Inc., Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba, West Coast Legal Education and Action Fund and Women Against Violence Against Women Rape Crisis Centre *Intervenors*

général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes, Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba, West Coast Legal Education and Action Fund et Women Against Violence Against Women Rape Crisis Centre *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. J.J.

2022 SCC 28

File Nos.: 39133, 39516.

2021: October 5, 6; 2022: June 30.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

RÉPERTORIÉ : R. c. J.J.

2022 CSC 28

N^{os} du greffe : 39133, 39516.

2021 : 5, 6 octobre; 2022 : 30 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE L'ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Self-incrimination — Right to fair hearing — Right to make full answer and defence — Evidence — Sexual offences — Criminal Code provisions setting out record screening regime to determine admissibility of records relating to complainant that are in possession or control of accused — Whether record screening regime infringes accused's Charter-protected rights — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 278.1, 278.92 to 278.94.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit au silence — Auto-incrimination — Procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Preuve — Infractions d'ordre sexuel — Dispositions du Code criminel énonçant un régime d'examen des dossiers qui vise à établir l'admissibilité des dossiers relatifs à une plaignante que l'accusé a en sa possession ou sous son contrôle — Le régime d'examen des dossiers porte-t-il atteinte aux droits de l'accusé protégés par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(c), 11(d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 278.1, 278.92 à 278.94.

In 2018, Parliament introduced ss. 278.92 to 278.94 (the “impugned provisions”) into the *Criminal Code* in an effort to remove barriers that have deterred victims of sexual offences from coming forward. These provisions were designed to protect the interests of complainants in their own private records when an accused has possession or control of such records and seeks to introduce them at

En 2018, le Parlement a intégré les art. 278.92 à 278.94 (les « dispositions contestées ») au *Code criminel* en vue d'éliminer les obstacles qui dissuadaient les victimes d'infractions d'ordre sexuel de se manifester. Ces dispositions étaient conçues pour protéger les intérêts des plaignantes dans leurs propres dossiers privés lorsque l'accusé a de tels dossiers en sa possession ou sous son contrôle et cherche

a hearing in their criminal proceeding. Specifically, the provisions create procedures and criteria to assist a judge in deciding whether the records should be admitted, balancing the rights and interests of the accused, the complainant, and the public. Some of the procedural elements of these provisions also apply to s. 276 evidence applications, governing the admissibility of evidence of complainants' prior sexual activity or history. Overall, the legislative changes created a new procedure for screening complainants' private records in the hands of the accused, to determine whether they are admissible as evidence at trial, and a new procedure to provide complainants with additional participation rights in admissibility proceedings.

The procedure set out in the impugned provisions operates in two stages. At Stage One, the presiding judge reviews the accused's application to determine whether the evidence sought to be adduced is capable of being admissible. For s. 276 evidence applications, if the judge determines that the proposed evidence is not s. 276 evidence, the application will terminate. If the proposed evidence is s. 276 evidence but the judge concludes that it is not capable of being admissible, the application will be denied. If the s. 276 evidence is capable of being admissible, the application proceeds to a Stage Two hearing. For applications under the record screening regime, if the judge determines that the proposed evidence is not a "record" under s. 278.1, the application will terminate. If the proposed evidence is a "record" but the judge concludes that it is not capable of being admissible, the application will be denied. If the evidence is a "record" and it is capable of being admissible, the application proceeds to a Stage Two hearing. At the Stage Two hearing, the presiding judge decides whether the proposed evidence meets the tests for admissibility. For s. 276 evidence applications, the governing conditions are set out in s. 276(2), as directed by s. 278.92(2)(a) and in accordance with the factors listed in s. 276(3). For private record applications, the test for admissibility is whether the evidence is relevant to an issue at trial and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. This determination is made in accordance with the factors listed in s. 278.92(3). Complainants are permitted to appear at the Stage Two hearing and make submissions, with the assistance of counsel, if they so choose.

à les produire à une audience lors de l'instance criminelle. Plus précisément, les dispositions créent des procédures et critères qui aideront le juge à décider s'il devrait admettre les dossiers, en mettant en balance les droits et intérêts de l'accusé, de la plaignante et du public. Certains éléments procéduraux de ces dispositions s'appliquent aussi aux demandes relatives à la preuve relevant de l'art. 276, régissant l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur ou les antécédents sexuels de la plaignante. En général, les modifications législatives créaient une nouvelle procédure d'examen des dossiers privés d'une plaignante que l'accusé a en sa possession, afin de déterminer si ceux-ci sont admissibles en preuve au procès, et une nouvelle procédure visant à conférer à la plaignante des droits de participation additionnels dans les procédures sur l'admissibilité.

La procédure établie dans les dispositions contestées s'applique en deux étapes. À la première étape, le juge qui préside l'audience examine la demande de l'accusé pour décider s'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible. Pour ce qui est des demandes fondées sur l'art. 276, si le juge décide que la preuve en cause ne relève pas de l'art. 276, il sera mis fin à la demande. Si la preuve en cause relève de l'art. 276, mais le juge conclut qu'il n'y a pas de possibilités qu'elle soit admissible, la demande sera rejetée. S'il y a des possibilités que la preuve relevant de l'art. 276 soit admissible, la demande passera à la deuxième étape, soit l'audience. Pour ce qui est des demandes au titre du régime d'examen des dossiers, si le juge décide que la preuve en cause n'est pas un « dossier » au sens de l'art. 278.1, il sera mis fin à la demande. S'il s'agit d'un « dossier », mais le juge conclut qu'il n'y a pas de possibilités que la preuve soit admissible, la demande sera rejetée. Si la preuve est un « dossier » et qu'il y a des possibilités qu'elle soit admissible, la demande passera à la deuxième étape, soit l'audience. Lors de l'audience de la deuxième étape, le juge qui la préside décide si la preuve en cause satisfait aux critères d'admissibilité. Pour les demandes fondées sur l'art. 276, les conditions applicables sont énoncées au par. 276(2), comme le prévoit l'al. 278.92(2)a) et conformément aux facteurs indiqués au par. 276(3). Pour les demandes concernant des dossiers privés, le critère d'admissibilité est celui de savoir si la preuve est en rapport avec un élément de la cause et si le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Cette décision est prise en fonction des facteurs énumérés au par. 278.92(3). La plaignante peut comparaître à l'audience de la deuxième étape et présenter des arguments, avec l'assistance d'un avocat, si elle le souhaite.

By way of pre-trial applications, two accused, J and R, challenged the constitutionality of ss. 278.92 to 278.94, arguing that Parliament had jeopardized three fundamental rights guaranteed to accused persons under the *Charter*, namely: the right to silence and the privilege against self-incrimination under ss. 7 and 11(c); the right to a fair trial under ss. 7 and 11(d); and the right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d). In J's case, the application judge held that one provision of the record screening regime was unconstitutional; the Crown appeals that ruling, and J cross-appeals, contesting the constitutionality of the regime in its entirety. In R's case, the complainant S, who was granted the right to be added as a party by the Court, appeals from the application judge's ruling that impugned the constitutionality of the regime as a whole, effectively preventing her from participating in the record screening process.

Held (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part): Sections 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* are constitutional in their entirety, as they apply to both s. 276 evidence applications and private record applications. The Crown's appeal should be allowed, J's cross-appeal dismissed, S's appeal allowed and the application judges' rulings quashed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: Before determining the constitutionality of the impugned provisions, it is necessary to interpret them. First, it must be determined what qualifies as a "record" for private record applications, using s. 278.1 as the starting point. The definition of "record" creates two distinct groups: (1) records that fall within enumerated categories; and (2) records that do not fall within the enumerated categories but otherwise contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy. Should an accused wish to tender an enumerated record, they must proceed with a s. 278.93(1) application, regardless of the specific content of the record. Non-enumerated records are those which contain personal information about complainants for which they have a reasonable expectation of privacy. These records contain information of an intimate or highly personal nature that is integral to the complainant's overall physical, psychological or emotional well-being. A presiding judge should consider both the content and context of the record to determine whether a record contains such

Au moyen de demandes préalables au procès, deux accusés, J et R, ont contesté la constitutionnalité des art. 278.92 à 278.94, plaidant que le Parlement avait fragilisé trois droits fondamentaux que la *Charte* garantit aux personnes accusées, soit : le droit au silence et le privilège contre l'auto-incrimination protégés par l'art. 7 et l'al. 11c); le droit à un procès équitable protégé par l'art. 7 et l'al. 11d); et le droit de présenter une défense pleine et entière protégé par l'art. 7 et l'al. 11d). Dans le cas de J, la juge saisie de la demande a conclu qu'une disposition du régime d'examen des dossiers était inconstitutionnelle; le ministère public se pourvoit contre cette décision, et J forme un appel incident, contestant la constitutionnalité du régime dans son ensemble. Dans le cas de R, la plaignante, S, qui s'est vu accorder le droit d'être ajoutée comme partie à l'instance par la Cour, interjette appel de la décision du juge saisi de la demande qui déclarait inconstitutionnel le régime dans son ensemble, et qui, dans les faits, l'empêchait de participer au processus d'examen des dossiers.

Arrêt (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie) : Les articles 278.92 à 278.94 du *Code criminel* sont constitutionnels dans leur intégralité, tant en ce qui a trait à leur application aux demandes relatives à la preuve relevant de l'art. 276 qu'à celles relatives aux dossiers privés. Le pourvoi du ministère public est accueilli, le pourvoi incident de J est rejeté, le pourvoi de S est accueilli et les décisions des juges saisis des demandes sont cassées.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal : Avant de juger de la constitutionnalité des dispositions contestées, il faut les interpréter. Il faut d'abord déterminer ce qui peut constituer un « dossier » pour les demandes concernant des dossiers privés, en se penchant d'abord sur l'art. 278.1. La définition de « dossier » crée deux groupes distincts : (1) les dossiers qui relèvent de catégories énumérées; et (2) les dossiers qui ne relèvent pas des catégories énumérées, mais qui contiennent par ailleurs des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Si l'accusé souhaite produire un dossier énuméré, il doit présenter une demande fondée sur le par. 278.93(1), peu importe le contenu précis du dossier. Les dossiers non énumérés sont des dossiers qui contiennent des renseignements personnels concernant la plaignante, pour lesquels celle-ci a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. De tels dossiers contiennent des renseignements d'une nature intime ou très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général

information. If it does, the accused must proceed with a s. 278.93(1) application.

Second, a purposive approach to the meaning of the word “adduce” should be adopted to include references to the content of a record made in defence submissions or the examination and cross-examination of witnesses. This interpretation is not limited to circumstances where evidence is entered as an exhibit.

Third, the scope of complainant participation has not been comprehensively defined in the impugned provisions. Where the presiding judge decides to hold a Stage One hearing to determine whether the record is capable of being admissible, the complainant’s participatory rights do not apply. Both the complainant and their counsel can attend the entire Stage Two hearing and make oral and written submissions to facilitate meaningful participation. The complainant’s right to make submissions does not extend to the trial itself. Further, the complainant does not have the right to cross-examine the accused in the Stage Two hearing, either directly or through counsel. The complainant also may not lead evidence at the Stage Two hearing.

Fourth, the timing of applications is specified in s. 278.93(4), which requires that applications be brought “seven days previously”. Properly interpreted, “previously” refers to the Stage One inquiry where the presiding judge determines whether a Stage Two hearing is necessary. The Crown and clerk of the court must have at least seven days’ notice of the application before it is reviewed by the judge at Stage One. However, s. 278.93(4) states that the judge can exercise their discretion to truncate the notice period in the “interests of justice”. While the statutory language does not specify that these applications must be conducted pre-trial, this should be the general practice. Mid-trial applications should not be the norm.

de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel. Le juge qui préside l’audience devrait se pencher à la fois sur le contenu et le contexte du dossier pour déterminer si un dossier contient des renseignements de cette nature. Si tel est le cas, l’accusé doit présenter une demande fondée sur le par. 278.93(1).

Deuxièmement, une démarche téléologique relativement au sens du terme « *adduce* » dans la version anglaise des dispositions contestées devrait être adoptée afin d’inclure les références au contenu du dossier en question dans les observations de la défense ou l’interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins. Cette interprétation ne vise pas seulement les situations où la preuve est produite comme pièce.

Troisièmement, l’étendue de la participation de la plaignante n’a pas été définie de manière exhaustive dans le cadre des dispositions contestées. Lorsque le juge décide de tenir une audience à la première étape du processus afin d’établir s’il y a des possibilités que le dossier soit admissible, les droits de participation de la plaignante ne s’appliquent pas. La plaignante et son avocat peuvent tous les deux être présents tout au long de l’audience de la deuxième étape et présenter des arguments oraux et écrits afin de faciliter la participation utile. Le droit d’une plaignante de présenter des arguments ne s’applique pas au procès lui-même. Qui plus est, la plaignante n’a pas le droit de contre-interroger l’accusé lors de l’audience de la deuxième étape, que ce soit directement ou par l’intermédiaire de son avocat. En outre, la plaignante ne peut pas produire une preuve lors de l’audience de la deuxième étape.

Quatrièmement, le moment auquel il convient de présenter une demande est précisé au par. 278.93(4), qui exige que les demandes soient présentées « sept jours auparavant ». Dûment interprété, le mot « auparavant » renvoie à l’examen mené à la première étape, lors duquel le juge établit si l’audience de la deuxième étape est nécessaire. Le ministère public et le greffier du tribunal doivent recevoir une copie de la demande au moins sept jours avant qu’elle soit examinée par le juge dans le cadre de la première étape. Toutefois, le par. 278.93(4) indique que le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour tronquer la période d’avis dans « l’intérêt de la justice ». Bien que le texte législatif ne précise pas que ces demandes doivent être effectuées avant le procès, cela devrait être la pratique habituelle. Les demandes en cours d’instance ne devraient pas représenter la norme.

The appropriate framework for the *Charter* analysis in the instant case is based on the Court's prior jurisprudence, which recognized that both ss. 7 and 11(d) of the *Charter* are inextricably intertwined. These rights should be assessed together where they are co-extensive and separately where a concern falls specifically under one of the rights. As s. 7 should not be used to limit the specific guarantees in ss. 8 to 14 of the *Charter*, the conclusion that the ss. 7 and 11(d) analysis is co-extensive in the instant case should not be misconstrued as an internal limiting of s. 11(d) using s. 7 principles. Further, this approach should not be interpreted as a principle of broader application when accused persons raise both ss. 7 and 11(d). The appropriate methodology for assessing multiple *Charter* breaches alleged by the accused may depend on the factual record, the nature of the *Charter* rights at play, and how they intersect; this methodology is highly context- and fact-specific.

A claimant must follow two analytical steps to establish that a law breaches s. 7 of the *Charter*: they must demonstrate that (1) the impugned provisions result in the deprivation of life, liberty or security of the person; and that (2) the deprivation violates principles of fundamental justice. Because both accused face the possibility of imprisonment in the instant appeals, the right to liberty in the first stage of the s. 7 analysis is engaged. Accordingly, the s. 7 analysis must focus on the second analytical step — the alleged breaches of the principles of fundamental justice.

The principles of trial fairness and the accused's right to make a full answer and defence are expressions of procedural principles of fundamental justice under s. 7, and are also embodied in s. 11(d). The key principles of s. 11(d) that apply are that (1) an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt; (2) the state must bear the burden of proof; and (3) criminal prosecutions must be carried out in accordance with due process. Section 11(d) does not guarantee the most favourable procedures imaginable for the accused, nor is it automatically breached whenever relevant evidence is excluded. The broad principle of trial fairness is not assessed solely from the accused's perspective; fairness is also assessed from the point of view of the complainant and community. While the emphasis on an accused's fair trial rights under s. 7 should be primary, the right to make full answer and defence and the right to a fair trial are considered from the perspectives of the

Le cadre d'analyse fondée sur la *Charte* qu'il convient d'employer en l'espèce repose sur la jurisprudence antérieure de la Cour, qui reconnaît l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* comme étant inextricablement liés. Ces droits devraient être évalués ensemble lorsqu'ils ont la même portée et séparément lorsqu'une préoccupation concerne précisément l'un d'eux. Comme l'art. 7 ne devrait pas servir à limiter les garanties précises des art. 8 à 14 de la *Charte*, la conclusion que l'analyse de l'art. 7 et celle de l'al. 11d) ont la même portée en l'espèce ne devrait pas être considérée à tort comme limitant de façon intrinsèque l'al. 11d) au moyen des principes dont il est question à l'art. 7. De plus, cette approche ne devrait pas être interprétée comme un principe d'application générale lorsque les personnes accusées invoquent l'art. 7 et l'al. 11d). La méthode qu'il convient d'employer pour évaluer de multiples violations de la *Charte* alléguées par l'accusé peut dépendre des faits de l'espèce, de la nature des droits protégés par la *Charte* en jeu et de la manière dont ils se recoupent; cette méthode est fortement tributaire du contexte et des faits.

Un demandeur doit suivre deux étapes analytiques pour établir qu'une règle de droit contrevient à l'art. 7 de la *Charte* : il doit démontrer que (1) les dispositions contestées donnent lieu à une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne; et que (2) l'atteinte viole les principes de justice fondamentale. Parce que les deux accusés sont passibles d'emprisonnement dans les présents appels, le droit à la liberté à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7 est mis en cause. En conséquence, l'analyse fondée sur l'art. 7 doit être axée sur la seconde étape analytique — les violations alléguées des principes de justice fondamentale.

Les principes d'équité du procès et du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière sont des expressions des principes procéduraux de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7, et sont aussi consacrés à l'al. 11d). Les principes clés de l'al. 11d) qui s'appliquent sont que : (1) la culpabilité de la personne doit être établie hors de tout doute raisonnable; (2) c'est à l'État qu'incombe la charge de la preuve; et (3) les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme à l'application régulière de la loi. L'alinéa 11d) ne garantit pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer pour l'accusé, et il n'y a pas automatiquement atteinte au droit qui y est prévu lorsqu'une preuve pertinente est exclue. Le principe général d'équité du procès n'est pas considéré uniquement du point de vue de l'accusé; l'équité est aussi considérée du point de vue de la plaignante et de la collectivité. Bien qu'il soit essentiel de mettre l'accent

accused, the complainant, the community and the criminal justice system at large.

Any concerns regarding self-incrimination due to defence disclosure can be addressed through the concepts of full answer and defence and trial fairness rights embodied in the ss. 7 and 11(d) analysis. Since the accused is not compelled to testify, s. 11(c) of the *Charter* is not engaged.

The admissibility threshold in s. 278.92 does not impair fair trial rights as it does not breach ss. 7 or 11(d) of the *Charter*. The record screening regime embodies the fundamental principle governing the law of evidence — i.e., relevant evidence should be admitted, and irrelevant evidence excluded, subject to the qualification that the probative value of the evidence must outweigh its potential prejudice to the conduct of a fair trial. The accused's right to a fair trial does not include the unqualified right to have all evidence in support of their defence admitted. The admissibility threshold of the record screening regime establishes that private records are only admissible if the evidence is relevant to an issue at trial and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. This is also one of the conditions for s. 276 evidence, which has been constitutionally upheld by the Court. Both regimes seek to protect complainants against harmful myths and stereotypes. The right to make full answer and defence will only be violated if the accused is prevented from adducing relevant and material evidence, the probative value of which is not outweighed by its prejudicial effect. The admissibility threshold in the record screening regime does not give rise to such a violation.

Furthermore, the Stage One application process in s. 278.92 is not overbroad. Overbreadth must be understood relative to the legislative purpose. The record screening regime was intended to fill a legislative gap to ensure statutory protection of complainants' privacy and dignity, where the accused is in possession or control of their highly private records. Parliament enacted the record screening regime with a view to protecting the dignity, equality, and privacy interests of complainants; recognizing the prevalence of sexual violence in order to promote society's interest in encouraging victims of sexual offences to come forward and seek treatment; and promoting the truth-seeking function of trials, including by screening out prejudicial myths and stereotypes. The procedure for the

sur les droits de l'accusé à un procès équitable au titre de l'art. 7, le droit à une défense pleine et entière et le droit à un procès équitable sont envisagés du point de vue de l'accusé, de la plaignante, de la collectivité et du système de justice criminelle dans son ensemble.

Toute préoccupation relative à l'auto-incrimination découlant de la communication des moyens de défense peut être abordée dans l'analyse des notions de droits à une défense pleine et entière et à un procès équitable compris à l'art. 7 et l'al. 11d). Puisque l'accusé n'est pas contraint de témoigner, l'al. 11c) de la *Charte* n'est pas en jeu.

Le critère d'admissibilité de l'art. 278.92 ne porte pas atteinte aux droits à un procès équitable puisqu'il ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Le régime d'examen des dossiers donne forme au principe fondamental régissant le droit de la preuve — c.-à-d. que les preuves pertinentes devraient être admises, et les preuves non pertinentes ne pas l'être, pourvu que leur valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable qu'elles peuvent avoir sur le déroulement d'un procès équitable. Le droit de l'accusé à un procès équitable ne comprend pas le droit absolu à ce que tous les éléments de preuve à l'appui de sa défense soient admis. Le critère d'admissibilité du régime d'examen des dossiers établit que les dossiers privés ne sont admissibles que s'ils sont en rapport avec un élément de la cause et que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Il s'agit également de l'une des conditions pour la preuve relevant de l'art. 276, qui a été confirmée sur le plan constitutionnel par la Cour. Ces régimes visent tous les deux à protéger la plaignante contre des mythes et stéréotypes préjudiciables. Le droit de présenter une défense pleine et entière ne sera violé que si l'accusé est empêché de présenter une preuve pertinente et substantielle, dont le risque d'effet préjudiciable ne l'emporte pas sur sa valeur probante. Le critère d'admissibilité du régime d'examen des dossiers n'entraîne pas une telle violation.

Qui plus est, la procédure à la première étape prévue à l'art. 278.92 n'a pas une portée trop large. La portée excessive doit être considérée en fonction de l'objectif législatif. Le régime d'examen des dossiers visait à combler une lacune législative afin d'assurer la protection législative de la vie privée et de la dignité de la plaignante, lorsque l'accusé a en sa possession ou son contrôle des dossiers très privés. Le Parlement a adopté le régime d'examen des dossiers en vue de protéger les intérêts relatifs à la dignité, à l'égalité et à la protection de la vie privée des plaignantes; reconnaître le caractère généralisé de la violence sexuelle afin de promouvoir l'intérêt de la société à encourager les victimes d'infractions d'ordre sexuel à se manifester et à obtenir un traitement; et promouvoir la fonction de recherche de

record screening regime is not overbroad relative to this legislative purpose because it does not go further than is reasonably necessary.

As well, the definition of “record” in s. 278.1 supports the constitutionality of s. 278.92 because it will only capture materials that come within the enumerated categories, or that otherwise contain information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological, or emotional well-being. The screening of records that meet this definition is rationally connected to Parliament’s objective of protecting the privacy and dignity interests of complainants. This narrow definition includes only evidence that has implications for complainants’ dignity. There will be cases where it is unclear whether evidence falls into the definition. But this, alone, does not render the regime overbroad. Also, just because a record is subject to screening does not mean it will be excluded at trial. Records that meet the admissibility threshold for screening can still be adduced at trial. Further, requiring an accused to bring an application to adduce materials that might contain information of an intimate and highly personal nature is consistent with the objective of the regime, since it respects both the accused’s fair trial rights and the complainant’s privacy and equality interests.

Likewise, the Stage One application process, set out in s. 278.93, is constitutional. With respect to ss. 7 and 11(d), the record screening regime does not require compelled defence disclosure in a manner that would violate an accused’s right to a fair trial. First, there is no absolute rule against requiring the defence to disclose evidence to the Crown before the prosecution closes its case. Second, the record screening regime applies to a narrow set of evidence that implicates important interests of complainants in sexual offence cases and has the potential to create serious prejudice. Private records are analogous to s. 276 evidence, as they can also implicate myths that are insidious and inimical to the truth-seeking function of the trial. Like s. 276 evidence, private records encroach on the privacy and dignity of complainants. They too require screening to ensure trial fairness under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

la vérité des procès, notamment en écartant les mythes et les stéréotypes préjudiciables. La procédure prévue par le régime d’examen des dossiers n’a pas une portée trop large par rapport à son objectif législatif parce que celle-ci s’en tient à ce qui est raisonnablement nécessaire.

En outre, la définition du terme « dossier » à l’art. 278.1 appuie la constitutionnalité de l’art. 278.92 car il ne visera que les documents qui font partie des catégories énumérées, ou qui contiennent par ailleurs des renseignements de nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel. L’examen des dossiers qui respectent cette définition a un lien rationnel avec l’objectif du Parlement de protéger les intérêts relatifs à la protection de la vie privée et à la dignité des plaignantes. Cette définition étroite comprend uniquement la preuve qui a des répercussions sur la dignité de la plaignante. Il y aura des cas où il ne sera pas clair si la preuve est visée par la définition. Toutefois, cette situation, à elle seule, ne fait pas en sorte que le régime a une portée trop large. De plus, ce n’est pas parce qu’un dossier fait l’objet d’un examen qu’il sera exclu au procès. Les dossiers qui respectent le critère d’admissibilité pour l’examen peuvent quand même être présentés en preuve au procès. De plus, exiger qu’un accusé soumette une demande afin de présenter en preuve des documents susceptibles de contenir des renseignements de nature intime et très personnelle est conforme à l’objectif du régime, puisque cela respecte les droits de l’accusé à un procès équitable et les intérêts de la plaignante relatifs à la protection de la vie privée et à l’égalité.

De même, la procédure de demande à la première étape, énoncée à l’art. 278.93, est constitutionnelle. Pour ce qui est de l’art. 7 et de l’al. 11d), le régime d’examen des dossiers n’exige pas la communication forcée des moyens de défense d’une manière qui violerait le droit de l’accusé à un procès équitable. Premièrement, aucune règle absolue n’interdit d’exiger que la défense communique sa preuve au ministère public avant que la poursuite termine la présentation de sa preuve. Deuxièmement, le régime d’examen des dossiers s’applique à certains éléments de preuve précis qui mettent en jeu d’importants intérêts de la plaignante dans les cas d’infraction d’ordre sexuel, et qui sont susceptibles de causer un préjudice sérieux. Les dossiers privés sont analogues à la preuve relevant de l’art. 276, car ils peuvent aussi mettre en jeu des mythes qui sont insidieux et incompatibles avec la fonction de recherche de la vérité du procès. Comme la preuve relevant de l’art. 276, les dossiers privés portent atteinte à la vie privée et à la dignité de la plaignante. Ils nécessitent eux aussi un examen pour assurer l’équité du procès garantie par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

The complainant participation provisions in s. 278.94, which apply to the s. 276 regime and to the record screening regime (at Stage Two), do not violate the accused's fair trial rights protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. There is no support for the assumption that the application deprives the accused of knowing the complainant's initial reaction to the application evidence. There is no change from the previous regime, as the accused has not lost any right to Crown disclosure. In any event, there is no evidence that a complainant's initial emotional reaction to the application is inherently valuable, outside of myth-based reasoning that relies on stereotypes. If any new relevant information arises during the Crown's consultation with the complainant, then it has a duty to disclose this information to the accused. The provisions granting participatory rights to complainants have not altered the Crown's obligations.

As well, the complainant participation provisions in s. 278.94 have no impact on prosecutorial independence. The Stage Two hearing does not violate the right to a fair trial by disrupting the general structure of a criminal trial as a bipartite proceeding between the Crown and the accused. The participation of complainants is justified because they have a direct interest in whether their records, for which they have a reasonable expectation of privacy, are adduced in open court, and their contributions are valuable exactly because they are different from the Crown's. This limited standing on the issue of admissibility, however, does not turn complainants or their counsel into parties, much less quasi-prosecutors, usurping the role of the Crown on the ultimate issue of guilt. Complainants have no participatory rights in the trial itself; they are merely bringing their unique perspective on the impact that the admission of the evidence will have on their privacy and dignity, which is directly relevant to the issue of admissibility. The presiding judge remains the final arbiter on admissibility and is entitled to accept or reject a complainant's submissions and weigh them against competing considerations.

Finally, complainant participation does not violate the accused's right to cross-examine the complainant without significant and unwarranted restraint. First, the right to cross-examine is not unlimited, and the accused is not

Les dispositions relatives à la participation de la plaignante à l'art. 278.94, qui s'appliquent au régime de l'art. 276 et au régime d'examen des dossiers (à la deuxième étape), ne violent pas les droits de l'accusé à un procès équitable protégés par l'art. 7 et le par. 11d) de la *Charte*. Il n'y a aucune assise étayant l'hypothèse selon laquelle la demande prive l'accusé de renseignements concernant la réaction initiale de la plaignante à la preuve que contient la demande. Il n'y a aucun changement par rapport au régime antérieur, comme l'accusé n'a pas perdu le droit d'accès à des renseignements que le ministère public a l'obligation de communiquer. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de preuve établissant que la réaction émotive initiale d'une plaignante face à la demande est intrinsèquement utile, en dehors du raisonnement fondé sur des mythes qui prend sa source dans des stéréotypes. Si de nouveaux renseignements pertinents se présentent lors de la consultation du ministère public avec la plaignante, celui-ci a alors l'obligation de communiquer ces renseignements à l'accusé. Les dispositions conférant à la plaignante des droits de participation n'ont pas modifié les obligations du ministère public.

De plus, les dispositions relatives à la participation de la plaignante à l'art. 278.94 n'ont aucune incidence sur l'indépendance du poursuivant. L'audience de la deuxième étape ne viole pas le droit à un procès équitable en perturbant la structure générale d'un procès criminel en tant qu'instance bipartite entre le ministère public et l'accusé. La participation de la plaignante est justifiée parce qu'elle a un intérêt direct concernant la question de savoir si des dossiers, pour lesquels elle a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, devraient être présentés en preuve lors de procédures judiciaires publiques, et les contributions de cette dernière sont importantes précisément parce qu'elles sont différentes de celles du ministère public. Cette qualité pour agir limitée à la question de l'admissibilité, toutefois, ne fait pas de la plaignante ou de son avocat une partie, encore moins un quasi-poursuivant, usurpant le rôle du ministère public quant à la question ultime de la culpabilité. La plaignante n'a pas de droits de participation au procès en tant que tel; elle ne fait qu'apporter sa propre perspective sur les répercussions qu'aura l'admission de la preuve sur sa vie privée et sa dignité, ce qui a un lien direct avec la question de l'admissibilité. Le juge qui préside l'audience demeure l'arbitre ultime pour trancher la question de l'admissibilité et peut accepter ou rejeter les arguments de la plaignante et les soupeser par rapport aux considérations concurrentes.

Enfin, la participation de la plaignante ne viole pas le droit de l'accusé de contre-interroger la plaignante sans entrave importante et injustifiée. D'abord, le droit de contre-interroger n'est pas sans limites et l'accusé ne peut

entitled to proceed with an unfair or irrelevant cross-examination or ambush the complainant. The right to a fair trial does not guarantee the most advantageous trial possible, and requires consideration of the privacy interests of others involved in the justice system. The impugned provisions strike a balance that protects fundamental justice for accused persons and complainants. Second, there is no absolute principle that disclosure of defence materials inevitably impairs cross-examination and trial fairness. Complainant participation in a Stage Two hearing does not create such a risk; and providing advance notice to complainants that they may be confronted with highly private information is likely to enhance their ability to participate honestly in cross-examination. Third, the accused will still be able to test a complainant's evidence by comparing it to prior statements made to the police, which are available to the defence under the Crown's disclosure obligations. Fourth, complainants can be cross-examined on their access to the private record application; the accused can impugn the credibility and reliability of complainants by suggesting that they tailored their evidence to fit what they learned in the application. Finally, if there is a situation where advanced disclosure of the application to a complainant will genuinely negate the efficacy of cross-examination, the accused may choose to bring the application during cross-examination to avoid the risk of witness tainting. The trial judge is then responsible for determining whether it is in the interests of justice to allow such an application.

In the absence of a finding that ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* breach either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*, it is unnecessary to canvass s. 1 of the *Charter*. And there are no s. 11(c) issues at play. Sections 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* are constitutional in their entirety, as they apply to both s. 276 evidence applications and private record applications.

Per Brown J. (dissenting in part): The record screening regime enacted under ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* limits the accused's rights under ss. 11(c), 11(d) and 7 of the *Charter*. These limits are disproportionate and cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. Therefore, ss. 278.92 to 278.94 should be struck down, with immediate effect, but only as those sections

effectuer un contre-interrogatoire injuste ou non pertinent ou prendre la plaignante par surprise. Le droit à un procès équitable ne garantit pas le procès le plus avantageux possible, et exige la prise en considération des intérêts à la protection de la vie privée des autres personnes qui se retrouvent dans le système de justice. Les dispositions contestées établissent un équilibre qui protège la justice fondamentale pour les personnes accusées et les plaignantes. Ensuite, il n'existe aucun principe absolu selon lequel la communication des documents de la défense porte inévitablement atteinte au contre-interrogatoire et à l'équité du procès. La participation de la plaignante à une audience de la deuxième étape ne suscite pas ce genre de risque; et le fait de donner un préavis à la plaignante avant de lui présenter des renseignements très privés est susceptible de la rendre plus apte à participer honnêtement au contre-interrogatoire. Troisièmement, l'accusé sera toujours en mesure de vérifier le témoignage de la plaignante en le comparant aux déclarations antérieures qu'elle a faites à la police, auxquelles la défense a accès en application des obligations de communication du ministère public. Quatrièmement, la plaignante peut être contre-interrogée sur son accès à la demande concernant des dossiers privés; l'accusé peut contester la crédibilité et la fiabilité de la plaignante en laissant entendre qu'elle a adapté son témoignage pour qu'il corresponde à ce qu'elle a appris dans la demande. Enfin, si une situation se présente où la communication préalable de la demande à la plaignante annulerait réellement l'efficacité du contre-interrogatoire, l'accusé peut choisir de présenter la demande pendant le contre-interrogatoire afin d'éviter le risque que le témoignage soit vicié. Le juge du procès est alors responsable d'établir s'il est dans l'intérêt de la justice d'accueillir une telle demande.

Vu l'absence de conclusion portant que les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* contreviennent à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'article premier de la *Charte*. De plus, aucune question relative à l'al. 11c) n'est en jeu. Les articles 278.92 à 278.94 du *Code criminel* sont constitutionnels dans leur intégralité, tant en ce qui a trait à leur application aux demandes relatives à la preuve relevant de l'art. 276 qu'à celles relatives aux dossiers privés.

Le juge Brown (dissident en partie) : Le régime d'examen des dossiers instauré aux art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* limite les droits que les al. 11c) et 11d) et l'art. 7 de la *Charte* garantissent à l'accusé. Ces limites sont disproportionnées et ne peuvent se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par conséquent, il y a lieu d'invalider les art. 278.92 à 278.94, avec effet

relate to the record screening regime. This would preserve the existing s. 276 regime restricting admissibility of other sexual activity evidence and the definition of “record” in the ss. 278.1 to 278.91 regime for production of third-party records. The record screening regime ought to be returned to Parliament to be narrowed.

First, there is agreement with Rowe J. with respect to the proper analytical framework to be applied where both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter* are raised. The jurisprudence on s. 7 and its relationship to other sections of the *Charter*, including s. 11, is doctrinally obscure and methodologically incoherent, being the product of 40 years of accumulated judicial *ad hoc*-ery. The majority’s reasons extend this trajectory by using s. 7 not to protect the fair trial and due process guarantees under the *Charter*, but to erode them. Since the accused’s rights are not in competition with any other set of rights, it is not necessary to decide whether the appropriate framework would be that which requires balancing or that which requires reconciling: there is nothing to balance, or reconcile. And even if competing *Charter* rights were engaged, previous jurisprudence would not be determinative of the constitutionality of the record screening regime, as it is not a principled extension of the common law and related codified schemes that have already survived constitutional scrutiny (i.e., the s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 regimes). Rather, it raises a different problem, requiring a different solution; the analysis must therefore turn on the interpretation of the specific provisions and requires the application of the existing *Charter* framework.

The record screening regime is overbroad. As can be concluded from the proper interpretation of the terms “record” and “adduce”, this regime renders presumptively inadmissible a remarkably broad range of records in the hands of the defence, capturing not only records that are sensitive or prejudicial, and it regulates their use in any manner. Properly interpreted, the definition of “record” is not limited to records created in a confidential context, nor is it limited to materials containing information of an intimate or highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being. For the purposes of the regime, a “record” is defined in s. 278.1 as anything that “contains personal information for which there is a reasonable expectation

immédiat, mais seulement dans la mesure où ces articles ont trait au régime d’examen des dossiers. Cela permettrait de préserver le régime actuel de l’art. 276 restreignant l’admissibilité des preuves portant sur d’autres activités sexuelles et la définition du mot « dossier » dans le régime établi par les art. 278.1 à 278.91 pour la production de dossiers en la possession de tiers. Le régime d’examen des dossiers devrait être renvoyé au Parlement pour qu’il en restreigne la portée.

Premièrement, il y a accord avec le juge Rowe à l’égard du cadre d’analyse qu’il convient d’appliquer lorsque l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* sont invoqués. La jurisprudence sur l’art. 7 et sa relation avec les autres articles de la *Charte*, dont l’art. 11, est obscure sur le plan de la doctrine et incohérente au chapitre de la méthode, car elle est le fruit de 40 ans de décisions judiciaires ponctuelles. Les motifs de la majorité poursuivent cette trajectoire en se servant de l’art. 7 non pas pour protéger les garanties de procès équitable et d’application régulière de la loi offertes par la *Charte*, mais pour les éroder. Puisque les droits des accusés ne sont en concurrence avec aucun autre ensemble de droits, point n’est besoin de décider si le cadre approprié serait celui qui exige une pondération ou celui qui exige une conciliation : il n’y a rien à pondérer ou à concilier. Et même si des droits concurrents garantis par la *Charte* entraient en jeu, la jurisprudence antérieure ne serait pas déterminante pour la constitutionnalité du régime d’examen des dossiers, car il ne s’agit pas d’une extension logique de la common law et des régimes codifiés connexes qui ont passé avec succès l’épreuve d’une contestation constitutionnelle (c.-à-d. le régime de l’art. 276 et celui des art. 278.1 à 278.91). Il soulève plutôt un problème différent et exige une solution différente; l’analyse doit donc reposer sur l’interprétation de dispositions spécifiques, et elle commande l’application du cadre actuel fondé sur la *Charte*.

Le régime d’examen des dossiers a une portée trop large. Tel que l’on peut conclure de l’interprétation qu’il convient de donner aux termes « dossier » et « présenter en preuve », ce régime fait en sorte que sont présumés inadmissibles un éventail remarquablement large de documents qui sont entre les mains de la défense. Il ne vise pas que les dossiers qui sont sensibles ou préjudiciables, et il encadre toutes les utilisations qui peuvent en être faites. Lorsqu’on l’interprète correctement, la définition du terme « dossier » ne se limite pas aux documents créés sous le sceau de la confidentialité, ni aux documents contenant des renseignements de nature intime ou très personnelle qui font partie intégrante du bien-être global de la plaignante sur les plans physique, psychologique et émotionnel.

of privacy”. Although the provision does not refer to electronic communications or personal correspondence, the legislative proceedings suggest that Parliament did intend to capture digital communications sent between the accused and complainant about the subject matter of the charge. Alongside the legislative debates emphasizing the protection of privacy and equality rights for all sexual assault complainants must also be read the Court’s jurisprudence recognizing that electronic communications often contain highly private content. The weight of the jurisprudence applying s. 278.92 has also concluded that the complainant retains a reasonable expectation of privacy in electronic communications sent to the accused. Therefore, an electronic communication is a “record” if it contains personal information giving rise to a reasonable expectation of privacy, as that term has been interpreted in the s. 8 jurisprudence, and this includes any communication concerning the subject matter of the charge, whether of an explicit sexual nature or not.

Furthermore, as the record screening regime applies both to material in the accused’s possession and the information contained in that material, it therefore regulates not only the use of the record itself but the information it contains. Accused persons must now bring an application anytime they intend to refer to the contents of a private record relating to the complainant, even if they do not seek to enter it into evidence or use it to impeach the complainant, but instead simply wish to refer to it in their own defence.

The focus in an overbreadth analysis is properly directed to the relationship between the law’s purpose and its effects. Since the record screening regime captures all private records relating to the complainant that are in the accused’s possession, which the accused intends to adduce or rely on in any manner, and which may include the accused’s own digital conversations with the complainant about the subject matter of the charge, it could deprive individuals of liberty in situations that have no connection whatsoever

Aux fins du régime, on entend par « dossier » au sens de l’art. 278.1 toute forme de documents « contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ». Bien que la disposition ne mentionne ni les communications électroniques ni la correspondance personnelle, les débats entourant ces dispositions législatives donnent à penser que le Parlement avait effectivement l’intention d’inclure les communications numériques échangées entre l’accusé et la plaignante au sujet des activités à l’origine de l’accusation. Parallèlement aux débats législatifs dans lesquels on a insisté sur la protection de la vie privée et les droits à l’égalité de tous les plaignants d’agression sexuelle, il faut tenir compte également de la jurisprudence de la Cour suivant laquelle les communications électroniques renferment souvent des renseignements très privés. De plus, suivant la jurisprudence dominante dans laquelle l’art. 278.92 a été appliqué, la plaignante conserve une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée dans les communications électroniques envoyées à l’accusé. Par conséquent, une communication électronique constitue un « dossier » si elle renferme des renseignements personnels donnant lieu à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, tel que ce terme a été interprété dans la jurisprudence sur l’art. 8. Il peut s’agir notamment de toute communication concernant le sujet de l’accusation, qu’il soit de nature explicitement sexuelle ou non.

Qui plus est, comme le régime d’examen des dossiers s’applique à la fois aux documents en la possession de l’accusé et aux renseignements contenus dans ces documents, il encadre non seulement l’utilisation du dossier lui-même, mais aussi les renseignements qu’il contient. Les accusés doivent maintenant présenter une demande chaque fois qu’ils ont l’intention de se référer au contenu d’un dossier privé concernant la plaignante, même s’ils ne cherchent pas à le déposer en preuve ou à s’en servir pour attaquer la crédibilité de la plaignante, mais souhaitent simplement s’y référer dans leur propre défense.

L’analyse de la portée excessive est axée à juste titre sur le rapport entre l’objet de la loi et ses effets. Comme le régime d’examen des dossiers s’applique à tous les dossiers privés concernant la plaignante qui sont en la possession de l’accusé et que ce dernier a l’intention de présenter en preuve ou sur lesquels il entend se fonder d’une manière ou d’une autre, et qui sont susceptibles de comprendre des conversations numériques que l’accusé a pu avoir avec la plaignante au sujet des actes à l’origine

to the object of the law. It requires disclosure of defence evidence that would not distort the truth-seeking process or significantly interfere with the complainant's privacy, all before the Crown makes out a case to meet. It follows that it goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective.

In addition, properly interpreted, the record screening regime limits the accused's rights under ss. 11(c), 11(d) and 7 of the *Charter* in four ways. First, the record screening regime forces accused persons to reveal, in detail, particulars of their own prior statements and cross-examination strategy and potential impeachment material, even before the Crown has laid out a case to be answered, as an application will be brought pre-trial in the vast majority of cases. This shifts away from foundational principles of the criminal trial process, violating the principle against self-incrimination, the right to silence, the presumption of innocence, and the related principle that the Crown must establish a case to meet before the accused can be expected to respond. While the Court approved advance disclosure to the Crown and complainant for evidence of other sexual activity, the principles stated are limited to the application of s. 276, which is designed to exclude only irrelevant information, and relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative. The same rationale does not apply to the record screening regime. Similarly, compelled production of confidential materials from third parties raises different sensitivity and privacy concerns compared to records in the accused's possession. While it is true that the law imposes limited obligations on parties to provide disclosure so as to justify questioning or admission of evidence in situations that do not unconstitutionally limit the right to silence, none of these instances remotely support the conclusion that the right to silence is unaffected by the record screening regime. The Court has never concluded that tactical burdens to provide pre-trial disclosure are automatically *Charter*-compliant. In any event, confronting an accuser with all relevant evidence is quite different than making tactical choices such as challenging a search warrant. The limits to the protection from self-incrimination and the right to silence are, on their own, fatal to the constitutionality of the regime. The violations to the self-incrimination principle are in no way

de l'accusation, ce régime pourrait priver une personne de son droit à la liberté dans des situations qui n'ont aucun lien avec l'objet de la loi. Il exige la communication des preuves à décharge qui ne dénatureraient pas l'objectif du procès d'assurer la manifestation de la vérité ou qui ne porteraient pas atteinte de façon importante au droit à la vie privée de la plaignante, et ce, avant que la Couronne n'ait présenté une preuve complète. Il s'ensuit que ce régime va trop loin et qu'il vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objectif.

En outre, si on l'interprète correctement, le régime d'examen des dossiers limite de quatre façons les droits que les al. 11c) et 11d) et l'art. 7 de la *Charte* garantissent à l'accusé. Premièrement, il oblige les accusés à révéler des précisions utiles au sujet de leurs propres déclarations antérieures ainsi que leur stratégie de contre-interrogatoire et les éléments susceptibles d'être utilisés pour attaquer la crédibilité des témoins à charge, avant même que la Couronne n'ait présenté sa preuve à charge, car une demande sera présentée avant le procès dans la grande majorité des cas. Il s'agit d'une rupture par rapport à certains principes fondamentaux régissant le déroulement des procès criminels et d'une violation du principe interdisant l'auto-incrimination, du droit de garder le silence, de la présomption d'innocence, ainsi que du principe connexe qui oblige la Couronne à présenter une preuve complète avant que l'on puisse s'attendre à ce que l'accusé réponde. Bien que la Cour ait approuvé la communication préalable à la Couronne et à la plaignante des éléments de preuve portant sur les activités sexuelles de cette dernière autres que celles à l'origine de l'accusation, les principes énoncés ne valent que pour l'application de l'art. 276, qui vise à exclure uniquement les renseignements non pertinents, ainsi que les renseignements pertinents dont l'effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l'emporte sur leur valeur probante. Ce raisonnement ne s'applique pas au régime d'examen des dossiers. De même, la production forcée de documents confidentiels provenant de tiers soulève des préoccupations différentes en matière de caractère sensible des dossiers et de protection de la vie privée par rapport aux dossiers en possession de l'accusé. Même s'il est vrai que la loi impose des obligations limitées de communication aux parties afin de justifier un interrogatoire ou l'admission de preuves dans des situations dans lesquelles le droit de garder le silence n'est pas limité de façon inconstitutionnelle, aucun de ces exemples n'appuie de quelque façon que ce soit la conclusion suivant laquelle

attenuated by the later admission of the highly relevant and probative evidence.

Secondly, the advance disclosure requirement and complainant's participatory rights operate together to limit the accused's ability to effectively cross-examine the complainant, contrary to the presumption of innocence, the right to make full answer and defence and the right to a fair trial. The accused's right to make full answer and defence gives meaning and operation to the presumption of innocence — the most elementary manifestation of society's commitment to a fair trial. This extends to calling the evidence necessary to establish a defence, and challenging the evidence called by the prosecution, without significant and unwarranted constraint. Unwarranted constraints on cross-examination may undermine the fairness of the trial, and increase the risk of convicting the innocent. Reasonable limits may be placed on the cross-examination of a complainant in a sexual assault trial to prevent it from being used for improper purposes. But cross-examination in respect of consent and credibility should be permitted where the probative value is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice that may flow from it. In sexual assault cases, cross-examination is often the only way to expose falsehoods, memory issues, and inconsistencies in the complainant's testimony. In many cases, advance disclosure of counsel's dossier or strategy may improperly shape the complainant's testimony, consciously or unconsciously, in a manner that cannot be readily exposed or mitigated at trial, thereby reducing the effectiveness of the cross-examination. The risks go beyond the explicit fabrication of evidence, and include the subtle manipulation of testimony by a witness to address the frailties or inconsistencies disclosed in advance by the defence. In many cases, there will also not be any pre-trial sworn statements on which the accused can impeach the complainant. While there is no right to ambush or whack a complainant with misleading or abusive cross-examination, confronting a complainant with inconsistencies that have not previously been disclosed is a well-established and often

le régime d'examen des dossiers n'influe aucunement sur le droit de garder le silence. La Cour n'a jamais conclu que l'obligation sur le plan tactique de communiquer des éléments de preuve avant le procès était automatiquement conforme à la *Charte*. Quoi qu'il en soit, il y a une grande différence entre le fait de confronter un accusateur à tous les éléments de preuve pertinents et le fait de prendre des décisions d'ordre tactique comme celle de contester un mandat de perquisition. À elles seules, les limites imposées à la protection contre l'auto-incrimination et au droit de garder le silence sont fatales à la constitutionnalité du régime. Les entorses au principe interdisant l'auto-incrimination ne sont nullement atténuées par l'admission ultérieure des éléments de preuve très pertinents et probants.

Deuxièmement, l'exigence de communication préalable et les droits de participation de la plaignante ont ensemble pour effet de limiter la capacité de l'accusé de contre-interroger efficacement la plaignante, ce qui va à l'encontre de la présomption d'innocence, du droit de présenter une défense pleine et entière et du droit à un procès équitable. Le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière donne un sens et une portée à la présomption d'innocence — la manifestation la plus élémentaire de la valeur que la société accorde à la tenue de procès équitables. Ce droit confère aussi à l'accusé la faculté de présenter les éléments de preuves qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées. Imposer des entraves injustifiées au contre-interrogatoire risque de compromettre l'équité du procès, et d'augmenter les risques de condamner un innocent. Il est possible d'imposer des limites raisonnables au droit de l'accusé de contre-interroger la plaignante dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle afin d'éviter que le contre-interrogatoire serve à des fins irrégulières. Mais le contre-interrogatoire portant sur le consentement et la crédibilité devrait être autorisé lorsque le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable ne l'emporte pas sensiblement sur la valeur probante de cette preuve. Dans les affaires d'agression sexuelle, il s'agit souvent du seul moyen de faire apparaître les mensonges, les problèmes de mémoire et les incohérences du témoignage de la plaignante. Dans de nombreux cas, la communication préalable du dossier ou de la stratégie de l'avocat risque d'influencer de façon peu souhaitable le témoignage des plaignants, consciemment ou inconsciemment, et de causer un tort qu'il sera difficile de faire ressortir ou de corriger au procès, ce qui réduit d'autant l'efficacité du contre-interrogatoire. Les risques ne se limitent pas à la fabrication intentionnelle de preuves; ils englobent la manipulation subtile de la déposition de témoins pour tenir compte des faiblesses ou des incohérences révélées à l'avance par

exceedingly effective aspect of cross-examination used to test the complainant's credibility. Impeachment of a Crown witness, including impeachment by surprise, is a legitimate and valuable defence tactic, which the regime eviscerates.

Thirdly, the fact that the record screening regime makes private records presumptively inadmissible when tendered by the defence, but presumptively admissible when tendered by the Crown, renders the trial unfair and undermines the regime's purpose. In this way, the regime differs from the s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 regimes, and limits the right to a fair trial.

Fourthly, combined with the broad scope of "record" and advance notice requirement, the effect of the heightened standard of admissibility of defence evidence set by the record screening regime limits the rights to a fair trial and to make full answer and defence. The accused must establish, in advance of the complainant's testimony, that the records have significant probative value, meaning some relevant and probative evidence will necessarily be excluded. A judge may exclude evidence relevant to a defence allowed by law only where the prejudice substantially outweighs the probative value of the evidence. Section 278.92(2)(b) does violence to that principle by allowing admission of evidence only where it is of significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. Although the significant probative value standard in the s. 276 context was upheld, the same rationale does not apply *mutatis mutandis* to the record screening regime. While s. 276 addresses inherent damages and disadvantages in admitting sexual history evidence, the regime captures evidence that may well not have any distorting or damaging effect on the trial.

The limits on the accused's rights are not demonstrably justified. While the record screening regime has a pressing and substantial objective, it fails at the rational connection,

la défense. Dans de nombreux cas, il n'y aura pas non plus, avant le procès, de déclaration sous serment dont l'accusé peut se servir pour attaquer la crédibilité de la plaignante. Bien que l'on n'ait pas le droit de prendre par surprise la plaignante ou de la déstabiliser en la soumettant à un contre-interrogatoire trompeur ou abusif, mettre la plaignante en présence d'incohérences qui n'ont pas été révélées auparavant constitue une technique de contre-interrogatoire bien implantée et souvent fort efficace qui est utilisée pour mettre sa crédibilité à l'épreuve. Attaquer un témoin à charge, notamment en attaquant par surprise sa crédibilité, constitue une tactique de défense légitime et utile qui est supprimée par le régime.

Troisièmement, le régime d'examen des dossiers fait en sorte que les dossiers privés sont présumés inadmissibles lorsqu'ils sont présentés par la défense, mais qu'ils sont présumés admissibles lorsqu'ils sont soumis par la Couronne, ce qui a pour effet de rendre le procès inéquitable, et compromet l'objet du régime. En ce sens, le régime est différent des régimes des art. 276 et 278.1 à 278.91, et il restreint le droit à un procès équitable.

Quatrièmement, si l'on ajoute à cela la vaste portée du terme « dossier » et l'obligation de donner un préavis, la norme plus stricte d'admissibilité de la preuve à décharge établie par le régime d'examen des dossiers a pour effet de limiter le droit à un procès équitable, ainsi que le droit de présenter une défense pleine et entière. L'accusé doit établir, avant que le témoignage de la plaignante n'ait été entendu, que les dossiers ont une valeur probante, ce qui signifie que certaines preuves pertinentes et probantes seront nécessairement exclues. Le juge ne peut écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante. L'alinéa 278.92(2)b) fait violence à ce principe en permettant au juge d'admettre une preuve seulement lorsque le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Bien que le critère de la valeur probante dans le contexte de l'art. 276 ait été confirmé, le même raisonnement ne s'applique pas *mutatis mutandis* au régime d'examen des dossiers. Bien que l'art. 276 traite des préjudices et inconvénients qui résulteraient immanquablement de l'admission d'éléments de preuve portant sur les antécédents sexuels de la plaignante, le régime englobe des éléments de preuve qui pourraient fort bien n'avoir aucun effet dénaturant ou préjudiciable sur le procès.

Les limites aux droits de l'accusé ne peuvent se justifier. Bien que le régime d'examen des dossiers vise un objectif urgent et réel, il échoue aux étapes du lien rationnel, de

minimal impairment, and final balancing stages of the s. 1 analysis. The one-sided nature of the obligations shows that it is not rationally connected to its objective as purported concerns for a complainant's privacy, dignity and equality interests, confidence in the justice system and integrity of the trial process are cast aside when those private records are sought to be adduced by the Crown. The regime is not the least drastic means of achieving the legislative objective. The broad definition of "record", combined with the heightened admissibility threshold, will result in the exclusion of defence evidence that is not prejudicial and is highly relevant. By requiring disclosure of potential defence evidence, strategy, and lines of cross-examination before the Crown has made out a case to meet, and by depriving the accused of establishing the relevance of that evidence based on the complainant's testimony, the regime does not minimally impair the right to silence, the presumption of innocence, or the principle against self-incrimination. By mandating advance notice and disclosure to both the Crown and complainant, and by giving the complainant a role in the admissibility determination before trial, the regime allows the Crown's key witnesses to reconcile inconsistencies and potentially alter their evidence in subtle ways that are difficult to test or expose in court. The deleterious effects on individual accused persons are substantial, and this is all quite independent of significant deleterious effects on the criminal justice system, including increased trial complexity and delay. A narrower regime could further the goals of empowering and protecting complainants in a real and substantial manner, while impairing the accused's rights to a lesser extent. The harmful impacts and risk of wrongful convictions outweigh any potential benefits of the regime. The Crown has not demonstrated that the law's salutary effects outweigh its deleterious effects.

Per Rowe J. (dissenting in part): On the merits, there is agreement with Brown J. that ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* are unconstitutional and of no force and effect except in so far as they apply to the existing s. 276 regime. The legislation restricts the fair trial rights of accused persons by placing limits on how they can conduct the cross-examination of Crown witnesses and what evidence they can introduce in support of their own defence, even if that evidence is highly probative and not

l'atteinte minimale et de la pondération finale de l'analyse fondée sur l'article premier. La nature unilatérale des obligations démontre que le régime n'est pas rationnellement lié à son objectif, car il ne tient pas compte de ces prétendues préoccupations relatives au respect de la vie privée de la plaignante, à sa dignité et à ses droits à l'égalité, à la confiance dans le système de justice et à l'intégrité du processus judiciaire lorsque c'est la Couronne qui cherche à présenter ces dossiers privés en preuve. Le régime ne constitue pas le moyen le moins draconien de réaliser l'objectif législatif. La définition large du mot « dossier », combiné au critère minimal d'admissibilité plus strict, se traduira par l'exclusion de preuves à décharge qui ne sont pas préjudiciables et qui sont très pertinentes. En obligeant l'accusé à communiquer les preuves à décharge, la stratégie et les questions qu'il se propose de poser en contre-interrogatoire avant que la Couronne n'ait présenté une preuve complète, et en empêchant l'accusé d'établir la pertinence de ces éléments de preuve en se fondant sur le témoignage de la plaignante, le régime ne porte pas une atteinte minimale au droit de garder le silence, à la présomption d'innocence ou au principe interdisant l'auto-incrimination. En obligeant la défense à donner un préavis et à communiquer des éléments de preuve tant à la Couronne qu'à la plaignante, et en faisant jouer à celle-ci un rôle dans la décision d'admettre ou non des éléments de preuve avant le procès, le régime permet à des témoins à charge clés de corriger les incohérences que peuvent comporter leur témoignage et de modifier celui-ci de manière subtile, difficile à vérifier ou à révéler au grand jour au procès. Les effets préjudiciables sur les accusés sont importants, et tout cela sans parler des effets préjudiciables importants sur le système de justice criminelle, en ce qui a trait notamment à la complexité des procès et aux délais accrus de ceux-ci. Un régime doté d'une portée plus étroite pourrait favoriser l'objectif de protéger les plaignants et de renforcer leur position de façon réelle et substantielle, tout en portant moins atteinte aux droits de l'accusé. Les conséquences négatives et le risque de condamner à tort des innocents l'emportent sur les éventuels avantages du régime. La Couronne n'a pas démontré que les effets bénéfiques du régime l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Le juge Rowe (dissident en partie) : Sur le fond, il y a accord avec le juge Brown que les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* sont inconstitutionnels et donc inopérants, sauf dans la mesure où ils s'appliquent au régime actuel de l'art. 276. Les dispositions législatives restreignent les droits des personnes accusées à un procès équitable en imposant des limites sur la façon dont elles peuvent contre-interroger les témoins à charge et sur les éléments de preuve qu'elles peuvent présenter au soutien de leur

prejudicial to the complainants. As well, the screening process introduced by the legislation violates ss. 11(c) and 11(d) by requiring the accused to disclose all records relevant to their defence before the Crown has established the case to meet.

In order to give proper effect to ss. 7, 11 and 1 of the *Charter*, the following approach should be applied: where a specific *Charter* guarantee, such as s. 11, is pleaded along with the broader guarantee in s. 7, the specific guarantee should be addressed first. If a violation of the specific *Charter* guarantee is found, there is no reason to proceed to s. 7. If there is no violation of the specific guarantee, or the violation is found to be justified under s. 1, the courts must then look to s. 7. This approach accords with the structure of the *Charter*, and with the text and purposes of the “Legal Rights” in ss. 7 to 14 and s. 1.

The methodological approach adopted by the majority in these appeals inverts the proper role of s. 7 by introducing internal limits on s. 7 rights into s. 11. However, s. 7 is a broad, rights-conferring provision. To construe it as a limit on other *Charter* rights is wrong in principle and, in the instant case, undermines the longstanding, fundamental right to a fair trial.

Ordinarily, a *Charter* right can only be limited in one of two ways: internally, through its own text, or by undertaking the balancing required in s. 1. Qualifying words used in the text of the *Charter* are the starting point for the interpretation of the scope of *Charter* rights and any internal limits. Sections 11(c) and 11(d) have few internal limits and can otherwise be limited only following a proportionality assessment under s. 1.

A limit on s. 11 based on s. 7 does not conform either to the architecture of the *Charter* or to the purposes of those provisions or of s. 1. There is no foundation for an analytical approach whereby ss. 11(c) and 11(d) rights can be limited by reference to internal limits in s. 7. This would involve a grave distortion of s. 7, which is a broad, rights-conferring provision.

défense, même si ceux-ci ont une très grande valeur probante et ne causent aucun préjudice aux personnes plaignantes. En outre, le processus d'examen instauré par ces dispositions législatives viole les al. 11c) et 11d) en obligeant les personnes accusées à communiquer tous les dossiers pertinents à leur défense avant que la Couronne n'ait présenté sa preuve au complet.

Afin de permettre l'application correcte des art. 7 et 11 et de l'article premier de la *Charte*, l'approche suivante devrait être adoptée : lorsqu'une garantie spécifique prévue par la *Charte*, comme l'art. 11, est plaidée en même temps que la garantie plus générale prévue à l'art. 7, la garantie spécifique devrait être examinée en premier. Si le tribunal conclut à la violation de la garantie spécifique prévue par la *Charte*, il n'y a aucune raison de passer à l'art. 7. S'il n'y a pas de violation de la garantie spécifique, ou si la violation est justifiée au regard de l'article premier, le tribunal doit alors se pencher sur l'art. 7. Cette démarche est conforme à la structure de la *Charte*, de même qu'au libellé et aux objets des « Garanties juridiques » énoncées aux art. 7 à 14 et à l'article premier.

La démarche méthodologique adoptée par les juges majoritaires dans les présents pourvois inverserait le rôle véritable de l'art. 7 en insérant dans l'art. 11 les limites internes de l'art. 7. Cependant, l'art. 7 est une disposition qui confère plutôt des droits de portée étendue. Il s'agit d'une erreur de principe que de l'interpréter comme limitant d'autres droits protégés par la *Charte* et cela, en l'espèce, porte atteinte au droit fondamental à un procès équitable, lequel est reconnu depuis longtemps.

Habituellement, un droit garanti par la *Charte* ne peut être limité que d'une des deux façons suivantes : de façon interne, de par son libellé, ou au moyen de la mise en balance exigée par l'article premier. La présence de termes restrictifs dans le libellé de la *Charte* constitue le point de départ pour l'interprétation de la portée des droits garantis par la *Charte* et de toute limite interne. Les alinéas 11c) et 11d) comportent peu de limites internes et ne peuvent autrement être limités qu'à la suite d'une analyse de la proportionnalité fondée sur l'article premier.

Une limite à l'art. 11 fondée sur l'art. 7 n'est conforme ni à l'architecture de la *Charte* ni aux objets de ces dispositions ou de l'article premier. Il n'y a rien qui justifie le recours à une méthode d'analyse par laquelle les droits garantis aux al. 11c) et 11d) peuvent être restreints en fonction des limites internes que comporte l'art. 7. Une telle analyse déformerait gravement l'art. 7, disposition qui confère plutôt des droits de portée étendue.

The improper use of s. 7 to create limits on s. 11 results from an inconsistent interpretation of s. 7 that has given rise to doctrinal difficulties. The s. 7 jurisprudence has been unclear on how to identify and define the principles of fundamental justice. An expansive approach to these principles, which includes not only procedural protections, but also substantive ones, has given rise to considerable uncertainty; it has contributed to s. 7 jurisprudence marked by indeterminacy and an ongoing lack of doctrinal clarity. These uncertainties are being introduced into s. 11.

There is also a lack of coherence in the s. 7 methodology and no clear guidance for how principles of fundamental justice are balanced with competing considerations in arriving at the scope of s. 7 rights, or whether such a balancing is appropriate. When engaging in an internal balancing under s. 7, the Court has sometimes categorized competing considerations as *Charter* rights, *Charter* values, or societal interests, but without a systematic or consistent approach to how these are to be weighed against one another, or even whether the considerations applicable to each category are different. It is not clear how *Charter* values and societal interests as opposed to *Charter* rights are defined; whether these rights, values or interests must engage s. 7 or at least amount to principles of fundamental justice in order to be part of the balancing; or, in the event of conflict between rights, interests and values, how one should decide which consideration prevails. These ambiguities mean that *Charter* rights can be weighed against *Charter* values and societal interests — unclear and amorphous concepts of uncertain legal origin and status that can be chosen from, at will, by a decision maker to arrive at a given result. The outcomes provide little certainty and little predictability, and open the door widely to conclusory decision-making.

Internal limits on s. 7 rights are being relied on by the majority in three ways to introduce limitations into s. 11. The first approach finds that ss. 11(c) and 11(d) protect rights that illustrate principles of fundamental justice, and therefore these may be balanced against other considerations under s. 7. When s. 7 is given priority in the analysis, it subsumes ss. 11(c) and 11(d) and the latter can be limited without a s. 1 analysis. The second approach defines ss. 11(c) and 11(d) following consideration of other interests because they are inextricably intertwined

L'utilisation irrégulière de l'art. 7 afin de limiter l'art. 11 découle d'une interprétation incohérente de l'art. 7 qui a suscité des difficultés théoriques. La jurisprudence relative à l'art. 7 n'a pas clairement indiqué comment identifier et définir les principes de justice fondamentale. Une interprétation large de ces principes, qui englobe des protections non seulement sur le plan de la procédure, mais aussi sur le plan du fond, a créé beaucoup d'incertitude; elle a contribué à une jurisprudence relative à l'art. 7 marquée par l'indétermination et par un manque constant de clarté sur le plan théorique. Ces incertitudes ont été intégrées à l'art. 11.

Il y a également un manque de cohérence dans la méthodologie relative à l'art. 7 et aucune balise claire pour la mise en balance des principes de justice fondamentale et des considérations concurrentes afin de préciser la portée des droits garantis par l'art. 7, ou pour se prononcer sur l'opportunité de cette mise en balance. En procédant à une mise en balance interne requise par l'art. 7, la Cour a parfois classé les considérations concurrentes dans la catégorie des droits garantis par la *Charte*, des valeurs consacrées par la *Charte* ou des intérêts de la société, mais elle n'a pas suivi d'approche systématique ou cohérente pour établir comment les soupeser les uns par rapport aux autres, ni même pour savoir si les considérations applicables à chaque catégorie sont différentes. On ne sait pas avec certitude comment définir les valeurs consacrées par la *Charte* et les intérêts de la société par opposition aux droits garantis par la *Charte*; si ces droits, valeurs ou intérêts doivent faire intervenir l'art. 7 ou du moins s'ils doivent représenter des principes de justice fondamentale pour faire partie de la mise en balance; et comment décider quelle considération l'emporte en cas de conflit entre les droits, les intérêts et les valeurs. Ces ambiguïtés font en sorte que les droits garantis par la *Charte* peuvent être mis en balance avec les valeurs consacrées par la *Charte* et les intérêts de la société — des concepts flous et amorphes dont l'origine et la valeur juridiques sont incertaines, qu'un décideur peut choisir à son gré, pour arriver à un résultat donné. Les résultats offrent peu de certitude et peu de prévisibilité, et ouvrent grand la porte à la prise de décisions non étayées.

Les juges majoritaires s'appuient sur les limites internes pouvant être apportées aux droits prévus à l'art. 7 de trois façons pour incorporer des limites à l'art. 11. Selon la première approche, les al. 11(c) et 11(d) protègent les droits qui illustrent les principes de justice fondamentale, et par conséquent, ceux-ci peuvent être mis en balance avec d'autres considérations en application de l'art. 7. Lorsque l'art. 7 est priorisé dans l'analyse, il englobe les al. 11(c) et 11(d) et la portée des al. 11(c) et 11(d) peut être limitée sans qu'une analyse fondée sur l'article premier soit effectuée.

with s. 7. The third approach holds that, because it is so closely related to s. 7, the definition of fairness in s. 11(d) includes considerations of the interests of the state and other parties. All these approaches conflate s. 7 with the other rights in ss. 8 to 14 of the *Charter* and tend to channel the entire constitutional analysis through s. 7. Such an analysis operates almost entirely outside the constitutional text, structure, and purposes of the various provisions. It defines the right to a fair trial by reference to the perspectives of the accused, the complainant, the community and the criminal justice system at large. However, the right to a fair trial under s. 11(d) is one that appertains to the accused only. The majority's approach limits the fair trial right of the accused based on societal interests analyzed through the vehicle of the principles of fundamental justice under s. 7. Instead, the proper methodology by which to have regard to such societal considerations is under s. 1 and not by using s. 7 as a mechanism to limit rights under s. 11.

In addition, as a practical matter, balancing s. 7 internally and using the outcome to limit s. 11 leads to a reversal of the burden of proof and a dilution of *Charter* protections. Under s. 11, an accused alleging a violation must prove it; if proven, the onus shifts to the state to justify the violation under s. 1. By contrast, if there is a balancing of *Charter* rights, *Charter* values and societal interests under the principles of fundamental justice in s. 7, the burden is on the accused throughout. Accused persons must establish not only the content of the principle of fundamental justice that they allege is violated, but also that it is not outweighed by other considerations. Such an approach undermines the purpose of the broad protection of the right to a fair trial under s. 11 and the purpose of s. 1 to hold the state to the burden of proof to show that any limit is demonstrably justified in a free and democratic society. A further potentially anomalous result under this approach is that s. 11 may first be limited by s. 7 and then, when the usual s. 1 analysis is undertaken, s. 11 rights may be further limited. Most fundamentally, limiting s. 11 through s. 7 is contrary to the purposes of both ss. 7 and 11.

La deuxième approche définit les al. 11c) et 11d) en fonction d'autres intérêts parce qu'ils sont inextricablement liés à l'art. 7. Selon la troisième approche, puisque la définition de l'équité à l'al. 11d) est si étroitement liée à l'art. 7, cette définition inclut les intérêts de l'État et d'autres parties. Toutes ces approches font l'amalgame de l'art. 7 et des autres droits énoncés aux art. 8 à 14 de la *Charte* et ont tendance à faire passer toute l'analyse constitutionnelle par l'art. 7. Une telle analyse opère presque entièrement en dehors du texte constitutionnel, de la structure et des objets des diverses dispositions. Elle définit le droit à un procès équitable en se rapportant au point de vue de l'accusé, de la personne plaignante, de la collectivité et du système de justice criminelle dans son ensemble. Toutefois, le droit à un procès équitable prévu à l'al. 11d) appartient à l'accusé seulement. L'approche des juges majoritaires limite le droit de l'accusé à un procès équitable sur la base d'intérêts de la société analysés par le biais des principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7. Au contraire, la bonne méthode pour tenir compte de ces considérations sociétales est d'utiliser l'approche fondée sur l'article premier, et non d'avoir recours à l'art. 7 comme mécanisme visant à limiter les droits protégés par l'art. 11.

De plus, en pratique, la mise en balance interne de l'art. 7 et l'utilisation du résultat pour limiter la portée de l'art. 11 entraînent une inversion du fardeau de la preuve et un affaiblissement des protections prévues par la *Charte*. Aux termes de l'art. 11, la personne accusée qui allègue une violation de ses droits doit en faire la preuve; si elle y parvient, il appartiendra alors à l'État de justifier cette violation en application de l'article premier. En revanche, si l'on met en balance les droits garantis par la *Charte*, les valeurs consacrées par la *Charte* et les intérêts de la société en fonction des principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7, le fardeau incombe à la personne accusée tout au long du processus. Celle-ci doit établir non seulement les paramètres du principe de justice fondamentale dont elle allègue la violation, mais aussi démontrer que d'autres considérations ne viennent pas le supplanter. Ce genre d'approche mine l'objet de la vaste protection du droit de la personne accusée à un procès équitable que garantit l'art. 11, ainsi que l'objectif de l'article premier d'imposer à l'État le fardeau de démontrer que la limite apportée à un droit peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Une autre situation potentiellement anormale suivant cette approche est celle où l'art. 11 serait d'abord limité par l'art. 7, et ensuite, dans le cadre de l'analyse usuelle fondée sur l'article premier, les droits prévus à l'art. 11 seraient limités davantage. Plus fondamentalement, le fait de passer par l'art. 7 pour limiter les protections prévues à l'art. 11 va à l'encontre des objets des art. 7 et 11.

Per Côté J. (dissenting in part): There is agreement with Brown J. that the record screening regime does not come close to passing constitutional muster. There is also agreement with Rowe J.'s analytical approach in respect of s. 7 of the *Charter*. However, there is disagreement with the analyses and the conclusions of both the majority and Brown J. on the interpretation of “record” and “adduce”. A narrow interpretation should be preferred.

A proper interpretation of “record” as defined in s. 278.1 of the *Criminal Code* excludes any communications — electronic or otherwise — between the accused and the complainant other than communications made in the context of a professional relationship in which there was an expectation of some degree of confidentiality. Such an interpretation better accords with the text of s. 278.1. Communications between the complainant and the accused are not specifically enumerated as records in that section. The common thread weaving through the enumerated records is the complainant’s reasonable expectation that such records will not be publicly disclosed. The defining feature is not the highly personal nature of the information. Accordingly, unenumerated records will be documents containing personal information that the complainant expects not to be disclosed. These could be either (1) records created in a professional context for which there is an expectation of some degree of confidentiality, even if the relationship is not strictly confidential, or (2) records that are intended for the complainant’s exclusive personal use and review.

In addition to being consistent with the text of s. 278.1, a narrower interpretation of “record” is more consistent with the section’s legislative evolution and legislative history. By importing a definition of “record” from the regime for the production of third party records, which did not contemplate or include communications between the accused and the complainant, Parliament signaled an intention that such communications do not constitute records for the purposes of the record screening regime. As well, the record screening regime was enacted to address a gap in the law that arose where an accused legally came into possession of a record. The mischief to be remedied was not the admission at trial of voluntary communications between the complainant and the accused. This again weighs heavily in favour of an interpretation of “record” that excludes electronic communications between an accused and a complainant.

La juge Côté (dissidente en partie) : Il y a accord avec le juge Brown pour dire que le régime d’examen des dossiers est loin de résister à l’analyse constitutionnelle. Il y a également accord avec la démarche analytique du juge Rowe relative à l’art. 7 de la *Charte*. Il y a cependant désaccord avec les analyses et les conclusions de la majorité et du juge Brown en ce qui concerne l’interprétation des termes « dossier » et « présenter en preuve ». Il convient de privilégier une interprétation étroite de ces termes.

L’interprétation correcte de « dossier » au sens de l’art. 278.1 du *Code criminel* exclut toute communication — électronique ou autre — entre l’accusé et la personne plaignante, sauf les communications faites dans le contexte d’une relation professionnelle impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité. Cette interprétation s’accorde mieux avec le texte de l’art. 278.1. Les communications entre la personne plaignante et l’accusé ne sont pas expressément énumérées en tant que dossiers à cet article. Le dénominateur commun aux dossiers énumérés est l’attente raisonnable de la personne plaignante à ce que ces dossiers ne soient pas divulgués publiquement. La caractéristique déterminante des dossiers énumérés n’est pas la nature très personnelle de l’information. Par conséquent, les dossiers non énumérés sont des documents qui contiennent des renseignements personnels dont la personne plaignante s’attend à ce qu’ils ne soient pas divulgués. Il peut s’agir soit (1) de dossiers créés dans un contexte professionnel impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité, même si la relation n’est pas strictement confidentielle, soit (2) de dossiers destinés à l’usage personnel et à la révision exclusifs de la personne plaignante.

En plus d’être conforme au texte de l’art. 278.1, une interprétation plus étroite du mot « dossier » cadre également davantage avec l’évolution législative et l’historique législatif de cet article. En important du régime de production des dossiers en la possession de tiers une définition de « dossier » qui ne visait ni ne comprenait les communications entre l’accusé et la personne plaignante, le Parlement a manifesté l’intention que ces communications ne constituent pas des dossiers pour l’application du régime d’examen des dossiers. En outre, le régime d’examen des dossiers a été adopté pour combler une lacune dans le droit qui apparaissait lorsque l’accusé entraînait légalement en possession d’un dossier. Le mal auquel il fallait remédier n’était pas l’admission au procès des communications échangées volontairement entre la personne plaignante et l’accusé. Là encore, cela milite fortement en faveur d’une interprétation du mot « dossier » qui exclut les communications électroniques entre l’accusé et la personne plaignante.

A narrow interpretation of “record” is also more consistent with the Court’s jurisprudence and with the common law meaning of the phrase “reasonable expectation of privacy”. Expectations of privacy are contextual, and must be assessed in light of the totality of circumstances. The key contextual factor is that an individual does not have an objectively reasonable expectation of privacy in communications *vis-à-vis* the recipient of the message. Where the accused’s liberty is at stake, a complainant’s expectation of privacy in communications with the accused is objectively unreasonable. The only exception to this category-based approach relates to messages exchanged in the context of a professional relationship in which there is an expectation of some degree of confidentiality. In such circumstances, the professional relationship and the corresponding expectation of some degree of confidentiality ground a reasonable expectation of privacy.

The majority’s approach fails fundamentally to assess whether the complainant’s expectation of privacy is objectively reasonable in the circumstances. It gives undue weight to the content of the communication, while simultaneously disregarding or minimizing other significant contextual factors. As a result, no meaningful guidance is offered on how to discern whether a message is subject to the record screening regime. As well, the majority’s conception of and approach to privacy is inconsistent with the idea that a reasonable expectation of privacy standard is normative rather than simply descriptive. The trial context is determinative.

There is quite simply no reason to depart from the common law meaning of the phrase “reasonable expectation of privacy” and the content-neutral approach that has been developed in relation to it. There is nothing in the text of s. 278.1 that suggests doing so is necessary. A content-neutral approach would also facilitate the operation of the record screening regime and would have the significant benefit of largely averting the need for motions for directions. The majority’s justification for jettisoning the content-neutral approach is unpersuasive and inconsistent with the fundamental premise of the record screening regime. It is also internally inconsistent their own reasons as well as being inconsistent with the Court’s jurisprudence.

Une interprétation étroite du mot « dossier » est également plus compatible avec la jurisprudence de la Cour et le sens que donne la common law à l’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ». Les attentes en matière de protection de la vie privée dépendent du contexte, et elles doivent être évaluées en fonction de l’ensemble des circonstances. Le facteur contextuel décisif est le fait qu’une personne ne possède pas une attente objectivement raisonnable en matière de protection de la vie privée à l’égard des communications *vis-à-vis* le destinataire du message. Lorsque la liberté de l’accusé est en jeu, l’attente de la personne plaignante au respect de sa vie privée à l’égard des communications avec l’accusé est objectivement déraisonnable. La seule exception à cette approche catégorielle concerne les messages échangés dans le contexte d’une relation professionnelle impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité. Dans une telle situation, la relation professionnelle et l’attente correspondante à une certaine confidentialité fondent l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

L’approche de la majorité ne permet pas, fondamentalement, de déterminer si l’attente de la personne plaignante au respect de sa vie privée est objectivement raisonnable dans les circonstances. Elle accorde un poids indu au contenu des communications, tout en négligeant ou en minimisant d’autres facteurs contextuels importants. En conséquence, aucune indication valable n’est donnée sur la manière dont il convient d’établir si un message est visé par le régime d’examen des dossiers. De plus, la conception que la majorité se fait du droit à la vie privée et la façon dont elle l’aborde sont incompatibles avec l’idée qu’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est de nature normative, plutôt que simplement descriptive. Le contexte du procès est déterminant.

Il n’y a tout simplement aucune raison de s’écarter du sens donné par la common law à l’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » ainsi que de l’approche neutre sur le plan du contenu s’y rapportant. Le texte de l’art. 278.1 ne porte aucunement à croire que cela est nécessaire. L’approche neutre sur le plan du contenu faciliterait en outre le fonctionnement du régime d’examen des dossiers et aurait l’avantage significatif d’éviter, dans une large mesure, le besoin de demander des directives par voie de requête. La raison pour laquelle la majorité court-circuite l’approche neutre sur le plan du contenu n’est pas convaincante ni conforme à la prémisse fondamentale sur laquelle se fonde le régime d’examen des dossiers. Elle est aussi intrinsèquement incompatible avec ses propres motifs en plus de ne pas s’accorder avec la jurisprudence de la Cour.

It would not be difficult to meaningfully assess or protect a complainant's privacy interests, as the focus should be on the expectation of privacy rather than on the content of the information. Records can attract a reasonable expectation of privacy — regardless of their content — based on the medium used to convey the information. In the record screening regime, the medium — and the expectation of privacy that exists in the context of that medium — is determinative.

Adopting a narrow category-based approach to the interpretation of “record” avoids many of the absurd results that inevitably follow from a broad interpretation. A broad interpretation will result in an absurd two-tiered system of admissibility that favours the Crown and will lead to the absurd consequence of having the record screening regime create a distinction between information exchanged orally and information exchanged through electronic means. A category-based approach would have significant practical benefits in terms of trial efficiency as it would not be necessary to contextually assess each message in order to determine whether it constitutes a “record”.

With respect to “adduce”, given that the record screening regime is focused on physical records rather than on a category of evidence, its plain meaning should be adopted, as it relates directly to the physical record. Sections 278.92 and 278.93 of the *Criminal Code* are clear. An application is required only where an accused intends to introduce a copy of the actual record into evidence. It is not required where an accused intends only to ask questions about the information contained in the record, and not to adduce the record in evidence. Interpreting “adduce” more broadly leads to an inherent incongruity, preventing one accused from using relevant information merely because this accused possesses the best evidence of the information. An accused should be permitted to ask the complainant questions about any electronic conversations between them that are relevant to an issue at trial, and barring an evidentiary rule, should also be permitted to testify about electronic conversations with the complainant.

Even with narrower interpretations of “record” and “adduce”, Brown J.'s constitutional analysis remains overwhelmingly applicable. The record screening regime continues to force accused persons to reveal their defence

Il ne serait pas difficile de bien évaluer ou protéger le droit de la personne plaignante à la vie privée, car l'analyse devrait porter sur l'attente en matière de protection de la vie privée plutôt que sur le contenu des renseignements. Les dossiers peuvent donner lieu à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée — peu importe leur contenu — reposant sur le moyen utilisé pour transmettre l'information. Dans le régime d'examen des dossiers, le moyen de communication — et l'attente en matière de protection de la vie privée qui existe eu égard à ce moyen de communication — est déterminant.

Interpréter le mot « dossier » de manière étroite et catégorielle évite bon nombre des résultats absurdes qui découlent inévitablement d'une interprétation large. Une interprétation large entraînera la création d'un absurde régime d'admissibilité à deux vitesses favorable à la Couronne et aura pour conséquence absurde que le régime d'examen des dossiers établit une distinction entre les renseignements communiqués de vive voix et ceux communiqués électroniquement. Une approche catégorielle procurerait des avantages pratiques significatifs au chapitre de l'efficacité du procès, parce qu'il ne serait pas nécessaire d'évaluer contextuellement chaque message pour établir s'il constitue un « dossier ».

En ce qui concerne le terme « présenter en preuve », puisque le régime d'examen des dossiers est axé sur les dossiers physiques plutôt que sur une catégorie d'éléments de preuve, il y a lieu de retenir son sens clair en droit de la preuve, car le régime se rapporte directement au dossier physique. Les articles 278.92 et 278.93 du *Code criminel* sont clairs. Une demande n'est nécessaire que lorsque l'accusé entend déposer en preuve un exemplaire du dossier en question. Elle n'est pas nécessaire lorsque l'accusé compte uniquement poser des questions au sujet des renseignements contenus dans le dossier, sans toutefois présenter le dossier en preuve. L'interprétation plus large du terme « présenter en preuve » donne lieu à un illogisme intrinsèque, ce qui empêche un accusé d'utiliser des renseignements pertinents contenus dans un dossier seulement parce qu'il a en sa possession la meilleure preuve de cette information. Il faut permettre à l'accusé d'interroger la personne plaignante sur toute conversation électronique entre eux qui se rapporte à une question en litige, et faute d'une règle de preuve, l'accusé devrait également être autorisé à témoigner à propos de conversations électroniques avec la personne plaignante.

Même si l'on retient des interprétations plus étroites des termes « dossier » et « présenter en preuve », l'analyse constitutionnelle du juge Brown demeure essentiellement applicable. Le régime d'examen des dossiers oblige toujours

before the Crown has made out a case to meet, contrary to the principle against self-incrimination, the right to silence, and the presumption of innocence. The regime continues to restrict the accused's ability to cross-examine Crown witnesses by giving the complainant a role in pre-trial admissibility determinations. The regime still makes private records presumptively inadmissible when tendered by the defence, but presumptively admissible when tendered by the Crown. Finally, the regime still sets a stricter test for admitting defence evidence than is warranted or constitutionally permissible. None of these limits on the accused's *Charter* rights can be justified under s. 1. The regime is not rationally connected to its objective, it is not minimally impairing, and its salutary effects do not outweigh its deleterious effects.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; **considered:** *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; **referred to:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75; *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Canada v. Canada North Group Inc.*, 2021 SCC 30, [2021] 2 S.C.R. 571; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R.

l'accusé à dévoiler sa défense avant que la Couronne n'ait présenté une preuve complète contre ce dernier, ce qui viole le principe interdisant l'auto-incrimination, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence. Le régime restreint toujours la capacité de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge en confiant à la personne plaignante un rôle dans les décisions prises avant le procès en matière d'admissibilité. Le régime fait toujours en sorte que les dossiers privés sont présumés inadmissibles quand ils sont présentés en preuve par la défense, mais présumés admissibles quand ils sont présentés en preuve par la Couronne. Enfin, le régime établit toujours un critère d'admission des éléments de preuve de la défense plus strict que ce qui est justifié ou autorisé par la Constitution. Aucune de ces limites des droits garantis à l'accusé par la *Charte* ne peut se justifier en vertu de l'article premier. Le régime n'a pas de lien rationnel avec son objectif, il ne constitue pas une atteinte minimale, et ses effets bénéfiques ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêts appliqués : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; **arrêts examinés :** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; **arrêts mentionnés :** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Canada c. Canada North Group Inc.*, 2021 CSC 30, [2021] 2 R.C.S. 571; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87; *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. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c.*

442; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 607; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Tomlinson*, 2014 ONCA 158, 307 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670.

By Brown J. (dissenting in part)

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *R. v. A.C.*, 2020 ONSC 184; *R. v. Navaratnam*, 2021 ONCJ 272, 488 C.R.R. (2d) 214; *R. v. Whitehouse*, 2020 NSSC 87, 61 C.R. (7th) 400; *R. v. McKnight*, 2019 ABQB 755, 7 Alta. L.R. (7th) 195; *R. v. A.M.*, 2020 ONSC 8061, 397 C.C.C. (3d) 379; *R. v. S.R.* (2021), 488 C.R.R. (2d) 95; *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17; *R. v. R.M.R.*, 2019 BCSC 1093, 56 C.R. (7th) 414; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488; *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670; *R. v. D.L.B.*, 2020 YKTC 8, 460 C.R.R. (2d) 162; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. J.S.*, [2019] A.J. No. 1639 (QL); *R. v. A.M.*, 2019 SKPC 46, 56 C.R. (7th) 389; *R. v. Farah*, 2021 YKSC 36; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Rose*, [1998] 3

Fitzpatrick, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 607; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 681; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Tomlinson*, 2014 ONCA 158, 307 C.C.C. (3d) 36; *R. c. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *R. c. A.C.*, 2020 ONSC 184; *R. c. Navaratnam*, 2021 ONCJ 272, 488 C.R.R. (2d) 214; *R. c. Whitehouse*, 2020 NSSC 87, 61 C.R. (7th) 400; *R. c. McKnight*, 2019 ABQB 755, 7 Alta. L.R. (7th) 195; *R. c. A.M.*, 2020 ONSC 8061, 397 C.C.C. (3d) 379; *R. c. S.R.* (2021), 488 C.R.R. (2d) 95; *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17; *R. c. R.M.R.*, 2019 BCSC 1093, 56 C.R. (7th) 414; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488; *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670; *R. c. D.L.B.*, 2020 YKTC 8, 460 C.R.R. (2d) 162; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. J.S.*, [2019] A.J. No. 1639 (QL); *R. c. A.M.*, 2019 SKPC 46, 56 C.R. (7th) 389; *R. c. Farah*, 2021 YKSC 36; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S.

S.C.R. 262; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *R. v. Lindsay*, 2019 ABQB 372, 95 Alta. L.R. (6th) 163; *R. v. Green*, [1998] O.J. No. 3598 (QL), 1998 CarswellOnt 3820 (WL); *Re Collette and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 300; *R. v. Latimer*, 2003 CanLII 49376; *R. v. Spence*, 2011 ONSC 2406, 249 C.R.R. (2d) 64; *R. v. White* (1999), 42 O.R. (3d) 760; *R. v. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 277 Man. R. (2d) 65; *R. v. Anderson*, 2019 SKQB 304, 61 C.R. (7th) 376; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475; *R. v. Samaniego*, 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, aff'd 2022 SCC 9, [2022] 1 S.C.R. 71; *R. v. Pereira*, 2008 BCSC 184, 247 C.C.C. (3d) 311; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Anderson*, 2020 SKQB 11, 461 C.R.R. (2d) 128.

By Rowe J. (dissenting in part)

R. v. Mills, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Fleming v. Ontario*, 2019 SCC 45, [2019] 3 S.C.R. 519; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101;

105; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *R. c. Lindsay*, 2019 ABQB 372, 95 Alta. L.R. (6th) 163; *R. c. Green*, [1998] O.J. No. 3598 (QL), 1998 CarswellOnt 3820 (WL); *Re Collette and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 300; *R. c. Latimer*, 2003 CanLII 49376; *R. c. Spence*, 2011 ONSC 2406, 249 C.R.R. (2d) 64; *R. c. White* (1999), 42 O.R. (3d) 760; *R. c. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 277 Man. R. (2d) 65; *R. c. Anderson*, 2019 SKQB 304, 61 C.R. (7th) 376; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Samaniego*, 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, conf. par 2022 CSC 9, [2022] 1 R.C.S. 71; *R. c. Pereira*, 2008 BCSC 184, 247 C.C.C. (3d) 311; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Anderson*, 2020 SKQB 11, 461 C.R.R. (2d) 128.

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Fleming c. Ontario*, 2019 CSC 45, [2019] 3 R.C.S. 519; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3

Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *McKitty v. Hayani*, 2019 ONCA 805, 439 D.L.R. (4th) 504; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Boutilier*, 2017 SCC 64, [2017] 2 S.C.R. 936; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *McKitty c. Hayani*, 2019 ONCA 805, 439 D.L.R. (4th) 504; *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. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Boutilier*, 2017 CSC 64, [2017] 2 R.C.S. 936; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

By Côté J. (dissenting in part)

R. v. Shearing, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670; *R. v. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act, S.C. 2018, c. 29.

Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2019, c. 25, s. 238.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 to 14. *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 117.13(2), 145(10), 276, 276.1 to 276.5 [rep. 2018, c. 29, s. 22], 278.1 to 278.94, 347(6), 645(5), 648, 672.5(11), 694.1, 722(3), 722(9).

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 2(1) “personal information”.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Sch. B.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 47.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 195, 1st Sess., 42nd Parl., June 15, 2017, p. 12789.

Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 233, 1st Sess., 42nd Parl., October 3, 2018, p. 6419.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 47, 1st Sess., 42nd Parl., June 20, 2018, p. 82.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Statutory Review on the Provisions and Operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings): Final Report*. Ottawa, 2012.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

R. c. Shearing, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670; *R. c. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Mills*, 2019 CSC 22, [2019] 2 R.C.S. 320; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 à 14.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 117.13(2), 145(10), 276, 276.1 à 276.5 [abr. 2018, c. 29, art. 22], 278.1 à 278.94, 347(6), 645(5), 648, 672.5(11), 694.1, 722(3), 722(9).

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, L.C. 2018, c. 29.

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, L.C. 2019, c. 25, art. 238.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40, 47.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5, art. 2(1) « renseignements personnel ».

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, ann. B.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 195, 1^{re} sess., 42^e lég., 15 juin 2017, p. 12789.

Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 233, 1^{re} sess., 42^e lég., 3 octobre 2018, p. 6419.

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 47, 1^{re} sess., 42^e lég., 20 juin 2018, p. 82.

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Examen législatif des dispositions et de l'application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel) : Rapport Final*. Ottawa, 2012.

- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 46, 1st Sess., 32nd Parl., January 27, 1981, pp. 32-36 and 42-43.
- Colvin, Eric. “Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.
- Coughlan, Steve, and Robert J. Currie. “Sections 9, 10 and 11 of the Canadian Charter”, in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 793.
- Craig, Elaine. “Private Records, Sexual Activity Evidence, and the *Charter of Rights and Freedoms*” (2021), 58 *Alta. L. Rev.* 773.
- Hasan, Nader R. “Three Theories of ‘Principles of Fundamental Justice’” (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 339.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Horner, Matthew. “Charter Values: The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361.
- Iacobucci, Frank. “‘Reconciling Rights’ The Supreme Court of Canada’s Approach to Competing Charter Rights” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 137.
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Lipton, Thomas. “All Charter Rights Are Equal, But Some Are More Equal than Others” (2010), 52 *S.C.L.R.* (2d) 449.
- Paciocco, David M. “Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails” (1989), 35 *McGill L.J.* 73.
- Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- Roach, Kent. “The Protection of Innocence Under Section 7 of the Charter” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 249.
- Singleton, Thomas J. “The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446.
- Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2018.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Tochor, Michael D., and Keith D. Kilback. “Defence Disclosure: Is it Written in Stone?” (2000), 43 *C.L.Q.* 393.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 46, 1^{re} sess., 32^e lég., 27 janvier 1981, p. 32-36 et 42-43.
- Colvin, Eric. « Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
- Coughlan, Steve, et Robert J. Currie. « Sections 9, 10 and 11 of the Canadian Charter », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 793.
- Craig, Elaine. « Private Records, Sexual Activity Evidence, and the *Charter of Rights and Freedoms* » (2021), 58 *Alta. L. Rev.* 773.
- Hasan, Nader R. « Three Theories of “Principles of Fundamental Justice” » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 339.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Horner, Matthew. « Charter Values : The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361.
- Iacobucci, Frank. « “Reconciling Rights” The Supreme Court of Canada’s Approach to Competing Charter Rights » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 137.
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Lipton, Thomas. « All Charter Rights Are Equal, But Some Are More Equal than Others » (2010), 52 *S.C.L.R.* (2d) 449.
- Paciocco, David M. « Self-Incrimination : Removing the Coffin Nails » (1989), 35 *R.D. McGill* 73.
- Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
- Roach, Kent. « The Protection of Innocence Under Section 7 of the Charter » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 249.
- Singleton, Thomas J. « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995), 74 *R. du B. can.* 446.
- Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2018.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Tochor, Michael D., and Keith D. Kilback. « Defence Disclosure : Is it Written in Stone? » (2000), 43 *C.L.Q.* 393.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the British Columbia Supreme Court (Duncan J.), 2020 BCSC 349, [2020] B.C.J. No. 1526 (QL), 2020 CarswellBC 2403 (WL), declaring that the violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by s. 278.93(4) of the *Criminal Code* cannot be saved by s. 1 of the *Charter*, and reading down the seven-day notice requirement in s. 278.93(4). Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part.

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (Akhtar J.), 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227, 475 C.R.R. (2d) 290, [2020] O.J. No. 5412 (QL), 2020 CarswellOnt 18201 (WL), declaring that ss. 278.92, 278.94(2) and 278.94(3) of the *Criminal Code* violate ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the violations cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. Appeal allowed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part.

Lesley A. Ruzicka, for the appellant/respondent on cross-appeal Her Majesty The Queen.

Rebecca McConchie and *Megan Savard*, for the respondent/appellant on cross-appeal J.J.

Dawne Way, *David Butt* and *David M. Reeve*, for the appellant A.S.

Jill Witkin and *Jennifer Trehearne*, for the respondent Her Majesty The Queen.

Carlos Rippell and *Marianne Salih*, for the respondent Shane Reddick.

Marc Ribeiro and *Lauren Whyte*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jennifer Trehearne and *Jill Witkin*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Abdou Thiaw, for the intervener the Attorney General of Quebec.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Duncan), 2020 BCSC 349, [2020] B.C.J. No. 1526 (QL), 2020 CarswellBC 2403 (WL), déclarant que la violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* par le par. 278.93(4) du *Code criminel* ne peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, et interprétant de manière atténuée l'exigence de la période d'avis de sept jours prévue au par. 278.93(4). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Akhtar), 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227, 475 C.R.R. (2d) 290, [2020] O.J. No. 5412 (QL), 2020 CarswellOnt 18201 (WL), déclarant que l'art. 278.92 et les par. 278.94(2) et 278.94(3) du *Code criminel* violent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que les violations ne peuvent pas être sauvegardées par l'article premier de la *Charte*. Pourvoi accueilli, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie.

Lesley A. Ruzicka, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident Sa Majesté la Reine.

Rebecca McConchie et *Megan Savard*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident J.J.

Dawne Way, *David Butt* et *David M. Reeve*, pour l'appelante A.S.

Jill Witkin et *Jennifer Trehearne*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Carlos Rippell et *Marianne Salih*, pour l'intimé Shane Reddick.

Marc Ribeiro et *Lauren Whyte*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jennifer Trehearne et *Jill Witkin*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Abdou Thiaw, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Erica Koresawa, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Jennifer Mann and *Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Sharon H. Pratchler, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Deborah J. Alford, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gloria Ng and *Kate Feeney*, for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund and the Women Against Violence Against Women Rape Crisis Centre.

Joanna Birenbaum, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Peter Sankoff and *William van Engen*, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

Gerald Chan, *Daniel Brown* and *Lindsay Board*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

John M. Williams and *Thomas Hynes*, for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Greg DelBigio, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Kelley Bryan and *Karen A. Steward*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Saul B. Simmonds, Q.C., and *Jessie S. Brar*, for the intervener the Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba.

Erica Koresawa, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Jennifer Mann et *Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Lara Vizsolyi, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Sharon H. Pratchler, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Deborah J. Alford, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gloria Ng et *Kate Feeney*, pour les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund et Women Against Violence Against Women Rape Crisis Centre.

Joanna Birenbaum, pour l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Peter Sankoff et *William van Engen*, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Gerald Chan, *Daniel Brown* et *Lindsay Board*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

John M. Williams et *Thomas Hynes*, pour l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

Greg DelBigio, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Kelley Bryan et *Karen A. Steward*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

Saul B. Simmonds, c.r., et *Jessie S. Brar*, pour l'intervenante Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J. —

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph		Paragraphe
I. <u>Overview</u>	1	I. <u>Vue d'ensemble</u>	1
II. <u>Relevant Statutory Provisions</u>	15	II. <u>Dispositions législatives pertinentes</u>	15
III. <u>Issues</u>	16	III. <u>Questions en litige</u>	16
IV. <u>Analysis</u>	17	IV. <u>Analyse</u>	17
A. <i>Statutory Interpretation of the Provisions</i> ..	17	A. <i>Interprétation législative des dispositions</i> ..	17
(1) <u>Overview of the Impugned Provisions</u>	19	(1) <u>Aperçu des dispositions contestées</u>	19
(a) <i>Stage One</i>	22	a) <i>Première étape</i>	22
(b) <i>Stage Two</i>	30	b) <i>Deuxième étape</i>	30
(c) <i>Overlap Between Section 276 Evidence and Private Records Under Section 278.1</i>	34	c) <i>Chevauchement de la preuve relevant de l'art. 276 et des dossiers privés visés par l'art. 278.1</i>	34
(2) <u>What Is a Record?</u>	35	(2) <u>Qu'est-ce qu'un dossier?</u>	35
(a) <i>Two Groups of Records</i>	38	a) <i>Deux groupes de dossiers</i>	38
(b) <i>Identifying Non-Enumerated Records</i>	42	b) <i>Cerner les dossiers non énumérés</i>	42
(i) <u>Text and Scheme of the Record Screening Regime</u>	43	(i) <u>Texte et économie du régime d'examen des dossiers</u>	43
1. <i>Personal Information</i>	44	1. <i>Renseignements personnels</i>	44
2. <i>Reasonable Expectation of Privacy</i>	46	2. <i>Attente raisonnable en matière de protection de la vie privée</i>	46
3. <i>Factors in Section 278.92(3)</i>	51	3. <i>Facteurs énoncés au par. 278.92(3)</i>	51
(ii) <u>Framework to Apply</u>	54	(ii) <u>Cadre d'analyse à appliquer</u>	54
1. <i>Content</i>	55	1. <i>Contenu</i>	55
2. <i>Context</i>	57	2. <i>Contexte</i>	57
(iii) <u>Specific Types of Records</u>	61	(iii) <u>Types précis de dossiers</u>	61

1. <i>Communications</i>	61	1. <i>Communications</i>	61
2. <i>Records of a Sexual Nature (Not Covered by Section 276)</i>	65	2. <i>Dossiers de nature sexuelle (non visés par l’art. 276)</i>	65
(iv) <u>Summary of the Analytical Process</u>	68	(iv) <u>Résumé de la démarche analytique</u>	68
(3) <u>Who Do the Impugned Provisions Apply to?</u>	73	(3) <u>À qui s’appliquent les dispositions contestées?</u>	73
(4) <u>When Is Evidence “Adduced” Such That an Application Is Required?</u>	76	(4) <u>À quel moment une preuve est-elle « présentée » (« adduced ») de sorte qu’une demande est requise?</u>	76
(5) <u>What Is the Appropriate Timing of an Application?</u>	82	(5) <u>À quel moment convient-il de présenter une demande?</u>	82
(6) <u>What Is the Scope of Complainant Participation?</u>	87	(6) <u>Quelle est l’étendue de la participation de la plaignante?</u>	87
(a) <i>Complainant’s Receipt of Application</i>	91	a) <i>Réception de la demande par la plaignante</i>	91
(b) <i>Complainant’s Attendance and Submissions</i>	97	b) <i>Comparution et arguments de la plaignante</i>	97
(c) <i>Complainant’s Ability to Cross-Examine and Lead Evidence</i>	100	c) <i>Capacité de la plaignante de contre-interroger et de produire une preuve</i>	100
(7) <u>Are Motions for Direction Permitted, and Can Complainants Participate?</u>	103	(7) <u>Les requêtes visant à obtenir des directives sont-elles permises et la plaignante peut-elle y prendre part?</u>	103
(8) <u>Do Complainants Have Appeal Rights Under the Impugned Provisions?</u>	106	(8) <u>La plaignante a-t-elle un droit d’appel au titre des dispositions contestées?</u>	106
B. <i>Charter Analysis</i>	111	B. <i>Analyse fondée sur la Charte</i>	111
(1) <u>Analytical Framework</u>	113	(1) <u>Cadre d’analyse</u>	113
(2) <u>Key Principles of Section 7 of the Charter</u>	116	(2) <u>Principes clés de l’art. 7 de la Charte</u>	116
(3) <u>Key Principles of Section 11(d) of the Charter</u>	123	(3) <u>Principes clés de l’al. 11d) de la Charte</u> ...	123
(4) <u>Section 278.92 — Threshold for Admissibility</u>	126	(4) <u>Article 278.92 — Critère d’admissibilité</u> ...	126
(a) <i>Section 278.92 Does Not Impair Fair Trial Rights</i>	127	a) <i>L’article 278.92 ne porte pas atteinte aux droits à un procès équitable</i>	127

(b) <i>Section 278.92 Procedure Is Not Overbroad</i>	134	b) <i>La procédure prévue à l’art. 278.92 n’a pas une portée trop large</i>	134
(5) <u>Section 278.93 — Stage One Application to Hold Hearing</u>	144	(5) <u>Article 278.93 — première étape : demande d’audience</u>	144
(a) <i>General Principles: The Right to Silence and the Principle Against Self-Incrimination</i>	144	a) <i>Principes généraux : le droit au silence et le principe interdisant l’auto-incrimination</i>	144
(b) <i>No Self-Incrimination Under Section 11(c) Due to Testimonial Compulsion</i>	149	b) <i>Pas d’auto-incrimination au titre de l’al. 11c) en raison de l’obligation de témoigner</i>	149
(c) <i>No Defence Disclosure Undermining Right to a Fair Trial</i>	151	c) <i>Aucune communication des moyens de défense minant le droit à un procès équitable</i>	151
(i) <u>The Right to Silence Does Not Entail an Absolute Rule Against “Defence Disclosure”</u>	154	(i) <u>Le droit au silence ne comporte pas une règle absolue interdisant la « communication des moyens de défense »</u>	154
(ii) <u>The P. (M.B.) Concern About Crown Advantage Does Not Apply</u>	164	(ii) <u>La préoccupation en cause dans l’arrêt P. (M.B.) concernant l’avantage du ministère public ne s’applique pas</u>	164
(6) <u>Section 278.94 — Stage Two Hearing Procedure</u>	171	(6) <u>Article 278.94 — procédure relative à l’audience de la deuxième étape</u>	171
(a) <i>No Deprivation of Relevant Evidence</i>	173	a) <i>L’accusé n’est pas privé d’éléments de preuve pertinents</i>	173
(b) <i>No Impact on Prosecutorial Independence</i>	176	b) <i>Aucune incidence sur l’indépendance du poursuivant</i>	176
(c) <i>No Violation of the Right to Cross-Examine</i>	181	c) <i>Pas de violation du droit de contre-interroger</i>	181
(7) <u>Final Conclusions Regarding Constitutionality</u>	191	(7) <u>Conclusions finales concernant la constitutionnalité</u>	191
V. <u>Disposition</u>	192	V. <u>Dispositif</u>	192
VI. <u>Costs</u>	194	VI. <u>Dépens</u>	194

I. Overview

[1] The criminal trial process can be invasive, humiliating, and degrading for victims of sexual offences, in part because myths and stereotypes continue to haunt the criminal justice system. Historically, trials provided few if any protections for complainants. More often than not, they could expect to have the minutiae of their lives and character unjustifiably scrutinized in an attempt to intimidate and embarrass them, and call their credibility into question — all of which jeopardized the truth-seeking function of the trial. It also undermined the dignity, equality, and privacy of those who had the courage to lay a complaint and undergo the rigours of a public trial.

[2] Over the past decades, Parliament has made a number of changes to trial procedure, attempting to balance the accused's right to a fair trial; the complainant's dignity, equality, and privacy; and the public's interest in the search for truth. This effort is ongoing, but statistics and well-documented complainant accounts continue to paint a bleak picture. Most victims of sexual offences do not report such crimes; and for those that do, only a fraction of reported offences result in a completed prosecution. More needs to be done.

[3] These appeals concern the constitutionality of Bill C-51, a recent ameliorative effort by Parliament to remove the barriers that have deterred complainants from coming forward. This bill, which was enacted in 2018 (*Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, S.C. 2018, c. 29), introduced ss. 278.92 to 278.94 into the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("impugned provisions"). These

I. Vue d'ensemble

[1] Le procès criminel peut être humiliant, dégradant et attentatoire pour les victimes d'infractions d'ordre sexuel, notamment parce que les mythes et les stéréotypes continuent de hanter le système de justice criminelle. Dans le passé, les procès offraient peu de protections, sinon aucune, aux plaignantes¹. Plus souvent qu'autrement, celles-ci pouvaient s'attendre à ce que les détails de leur vie et de leur moralité soient scrutés de manière injustifiée dans le but qu'elles se sentent intimidées et embarrassées, et que leur crédibilité soit mise en doute — tous des éléments qui compromettaient la fonction de recherche de la vérité du procès. Cela portait en outre atteinte à la dignité, à l'égalité et à la vie privée des personnes qui avaient le courage de porter plainte et de subir les rigueurs d'un procès public.

[2] Au cours des dernières décennies, le Parlement a apporté plusieurs changements au déroulement du procès, essayant de trouver un juste équilibre entre : le droit de l'accusé à un procès équitable; la dignité, l'égalité et la vie privée de la plaignante; et l'intérêt du public dans la recherche de la vérité. Cet effort se poursuit, mais des statistiques et des récits bien documentés de plaignantes brossent toujours un portrait sombre de la situation. La plupart des victimes d'infractions d'ordre sexuel ne signalent pas ces crimes; et pour celles qui le font, seule une fraction des infractions signalées débouchent sur une poursuite complète. Il faut en faire davantage.

[3] Les présents pourvois portent sur la constitutionnalité du projet de loi C-51, un effort récent d'amélioration par le Parlement visant à éliminer les obstacles qui dissuadaient les plaignantes de se manifester. Ce projet de loi, adopté en 2018 (*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2018, c. 29), prévoyait l'ajout des art. 278.92 à 278.94 dans le *Code criminel*,

¹ Les articles du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, dont il est question en l'espèce utilisent la forme masculine du mot « plaignant » pour décrire la personne qui serait victime de ces infractions. Toutefois, l'agression sexuelle est une infraction hautement genrée dont la plupart des victimes sont des femmes. Pour cette raison, nous utiliserons la forme féminine « plaignante » dans le présent jugement.

provisions were designed to protect the interests of complainants in their own private records when an accused has possession or control of the records and seeks to introduce them at a hearing in their criminal proceeding. Specifically, they create procedures and criteria to assist the judge in deciding whether the records should be admitted, balancing the rights and interests of the accused, the complainant, and the public. Some of the procedural elements of the impugned provisions also apply to s. 276 evidence applications, as Parliament repealed the prior procedural provisions governing such applications.

[4] Prior to Bill C-51, there was no statutory procedure governing the admissibility of complainants' private records held by accused persons. There were, however, procedures governing the admissibility of evidence of complainants' prior sexual activity or history ("s. 276 regime") and of complainants' private records in the hands of third parties ("third party production regime"). This Court has affirmed the constitutionality of both regimes (see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443). In order to contextualize Bill C-51, it is helpful to consider the regime changes that preceded it in further detail.

[5] The first set of legislative changes sought to expose and eliminate two insidious myths — commonly referred to as the "twin myths" — which allowed the use of complainants' prior sexual history to suggest that they were (1) less worthy of belief and/or (2) more likely to have consented to the alleged assault. These myths had long been used to attack the credibility and dignity of complainants, tarnish their reputations, and sideline the truth-seeking function of a criminal trial. Recognizing the harm caused by them, Parliament enacted legislation to govern the use of evidence relating to complainants' prior sexual history. While Parliament's first iteration of s. 276 was found to be overbroad in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, revised provisions were found by this Court to be constitutionally compliant in *Darrach*.

L.R.C. 1985, c. C-46 (« dispositions contestées »). Ces dispositions étaient conçues pour protéger les intérêts des plaignantes dans leurs propres dossiers privés lorsqu'un accusé a les dossiers en sa possession ou sous son contrôle et cherche à les produire à une audience lors de l'instance criminelle. Plus précisément, elles créent des procédures et critères qui aideront le juge à décider s'il devrait admettre les dossiers, en mettant en balance les droits et intérêts de l'accusé, de la plaignante et du public. Certains éléments procéduraux des dispositions contestées s'appliquent aussi aux demandes relatives à la preuve relevant de l'art. 276, puisque le Parlement a abrogé les dispositions procédurales antérieures régissant de telles demandes.

[4] Avant le projet de loi C-51, aucune procédure établie par la loi ne régissait l'admissibilité des dossiers privés d'une plaignante détenus par une personne accusée. Il existait cependant des procédures régissant l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur ou les antécédents sexuels de la plaignante (« régime de l'art. 276 »), et les dossiers privés de la plaignante entre les mains de tiers (« régime de production des dossiers en la possession de tiers »). La Cour a confirmé la constitutionnalité des deux régimes (voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443). Pour mettre en contexte le projet de loi C-51, il est utile d'examiner plus en détail les changements au régime qui l'ont précédé.

[5] La première série de modifications législatives visait à exposer et à éliminer deux mythes insidieux — communément appelés les « deux mythes » — par lesquels on recourait au comportement sexuel antérieur de la plaignante pour laisser entendre qu'elle était : (1) moins digne de foi ou (2) plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation. Ces mythes servaient depuis longtemps à miner la crédibilité et la dignité des plaignantes, à ternir leur réputation et à écarter la fonction de recherche de la vérité du procès criminel. Reconnaisant le tort que ceux-ci causaient, le Parlement a adopté des dispositions législatives pour régir le recours à la preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Bien que la portée de la première version de l'art. 276 ait été jugée trop large dans l'arrêt *R. c.*

This general framework remains in place today, albeit in amended form.

[6] The second set of legislative changes sought to restrict what had become a routine practice — defence counsel seeking production of complainants’ private records in order to engage in invasive attacks on their character. For example, defence counsel often sought production of medical records in order to advance myth-based arguments impugning the credibility and reliability of complainants who had previously consulted with psychiatrists or counsellors. This problem was first addressed in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, resulting in the creation of a common law procedure governing the production of complainants’ private records by third parties. Parliament subsequently legislated its own procedure (ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*), which drew upon but modified the *O’Connor* procedure. This Court affirmed the constitutionality of that regime in *Mills*, finding that it struck a reasonable balance between the rights of the accused, the rights of the complainant, and the public interest.

[7] A third problem emerged. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, the Court addressed a situation where the defence cross-examined the complainant on the basis of her personal medical records, which had come into the accused’s possession. Similarly, in *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, the Court was confronted with a situation where the accused sought to cross-examine the complainant based on entries in her own private diary, which happened to be in the accused’s possession. Since the accused already had the diary, there was no need to seek *production* through the third party production regime. The main issue was the *admissibility* of the diary. In the absence of legislation, the Court endorsed the use of motions brought at the instance of complainants to protect against the improper use of their private documents already in the hands of accused persons.

Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577, les dispositions révisées ont été jugées constitutionnelles par la Cour dans l’arrêt *Darrach*. Ce cadre d’analyse général est encore en vigueur aujourd’hui, bien que dans une forme modifiée.

[6] La deuxième série de modifications législatives visait à restreindre une pratique devenue courante — l’avocat de la défense qui demande la production des dossiers privés d’une plaignante afin de se livrer à des attaques contre sa moralité. Par exemple, il arrivait souvent que l’avocat de la défense demande la production de dossiers médicaux pour soumettre des arguments fondés sur les deux mythes qui minaient la crédibilité et la fiabilité d’une plaignante ayant consulté un psychiatre ou un conseiller dans le passé. Ce problème a été abordé initialement dans l’arrêt *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, ce qui a mené à la création d’une procédure de common law régissant la production par un tiers des dossiers privés d’une plaignante. Par la suite, le Parlement a adopté sa propre procédure (art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*), qui s’inspirait de celle décrite dans l’arrêt *O’Connor*, mais qui la modifiait. La Cour a confirmé la constitutionnalité de ce régime dans l’arrêt *Mills*, jugeant qu’il établissait un équilibre raisonnable entre les droits de l’accusé, les droits de la plaignante et l’intérêt public.

[7] Un troisième problème est survenu. Dans l’arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, la Cour était saisie d’une affaire où la défense avait contre-interrogé la plaignante sur le fondement de ses dossiers médicaux personnels, qui étaient en la possession de l’accusé. De façon similaire, dans l’arrêt *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, la Cour était aux prises avec une situation où l’accusé cherchait à contre-interroger la plaignante en se fondant sur le contenu de son journal intime, que l’accusé s’adonnait à avoir en sa possession. Comme l’accusé disposait déjà du journal intime, il n’avait pas à en demander la *production* en recourant au régime de production des dossiers en la possession de tiers. La principale question à trancher était celle de l’*admissibilité* du journal intime. En l’absence de dispositions législatives, la Cour a approuvé l’utilisation de requêtes à la demande des plaignantes pour qu’elles soient protégées contre l’usage inapproprié de leurs documents privés se trouvant déjà entre les mains de l’accusé.

[8] Following *Osolin* and *Shearing*, it became clear that there was no legislation governing the admissibility of a complainant’s private records in the hands of the accused, rather than a third party — even though the complainant’s privacy and dignity interests are similar in both contexts. A 2012 Senate report recommended creating legislation designed to address this gap: a regime governing the admissibility of complainants’ private records in the hands of the accused, using similar factors to those in the third party production regime (Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Statutory Review on the Provisions and Operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings): Final Report* (“2012 Senate Report”), at p. 19).

[9] Bill C-51 was Parliament’s response. Among other features, it extended the protections provided to complainants in sexual offence trials in two ways. First, it created a new procedure to determine whether the complainant’s private records in the hands of the accused are admissible as evidence at trial (“record screening regime”). Second, it provided complainants with additional participation rights in admissibility proceedings under the new record screening regime and the pre-existing s. 276 regime for prior sexual history evidence (“complainant participation provisions”).

[10] In the two appeals presently before the Court, each accused (J.J. and Shane Reddick) brought a pre-trial application challenging the constitutionality of the impugned provisions, arguing that Parliament had moved too far in favour of protecting the interests of complainants, and in the process, had jeopardized three fundamental rights guaranteed to accused persons under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, namely: the right to silence and privilege against self-incrimination under ss. 7 and 11(c); the right to a fair trial under ss. 7 and 11(d); and the right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d).

[8] Après les arrêts *Osolin* et *Shearing*, il est devenu clair qu’aucune disposition législative ne régissait l’admissibilité des dossiers privés d’une plaignante qui étaient en la possession de l’accusé, plutôt que d’un tiers — même si les intérêts à la vie privée et à la dignité de la plaignante sont semblables dans les deux contextes. Un rapport sénatorial de 2012 a recommandé la création de dispositions législatives pour combler cette lacune : un régime régissant l’admissibilité des dossiers privés de la plaignante que l’accusé a en sa possession, qui recourt à des facteurs similaires à ceux prévus dans le régime de production des dossiers en la possession de tiers (Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Examen législatif des dispositions et de l’application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d’infraction d’ordre sexuel) : Rapport Final* (« rapport sénatorial de 2012 »), p. 19).

[9] La réponse du Parlement a été le projet de loi C-51. Il étendait notamment de deux façons les protections offertes à la plaignante dans les procès pour infractions d’ordre sexuel. Premièrement, le projet de loi créait une nouvelle procédure servant à déterminer si les dossiers privés d’une plaignante que l’accusé a en sa possession sont admissibles en preuve au procès (« régime d’examen des dossiers »). Deuxièmement, il conférait à la plaignante des droits de participation additionnels dans les procédures sur l’admissibilité dans le cadre du nouveau régime d’examen des dossiers et du régime préexistant de l’art. 276 portant sur la preuve concernant un comportement sexuel antérieur (« dispositions sur la participation de la plaignante »).

[10] Dans les deux pourvois actuellement devant la Cour, chaque accusé (J.J. et Shane Reddick) a présenté une demande préalable au procès contestant la constitutionnalité des dispositions en cause, plaidant que le Parlement était allé trop loin dans la protection des intérêts des plaignantes et, ce faisant, avait fragilisé trois droits fondamentaux que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux personnes accusées, soit : le droit au silence et le privilège contre l’auto-incrimination protégés par l’art. 7 et l’al. 11c); le droit à un procès équitable protégé par l’art. 7 et l’al. 11d); et le droit de présenter une défense pleine et entière

The judges in both cases granted the applications and found the provisions unconstitutional, in whole or in part (see the *Charter* breach analysis in *R. v. J.J.*, 2020 BCSC 29, and the s. 1 analysis and decision on remedy in *R. v. J.J.*, 2020 BCSC 349; and see *R. v. Reddick*, 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227). In Mr. Reddick's case, part of the application judge's ruling included a finding that s. 278.92 was overbroad under s. 7 of the *Charter*.

[11] In J.J.'s case, this Court granted the Crown's application for leave to appeal from the application judge's interlocutory constitutional ruling, which held that part of the record screening regime was unconstitutional. The Court also granted J.J.'s later application for leave to cross-appeal on the issue of the constitutionality of the regime in its entirety. In Mr. Reddick's case, the complainant, A.S., sought to challenge the application judge's interlocutory constitutional ruling that effectively prevented her from participating in the record screening process and declared the regime unconstitutional in its entirety. This Court granted A.S. the right to be added as a party to the proceedings because, being a complainant, she would not normally have been a party. The Court then granted A.S.'s application for leave to appeal. Mr. Reddick is a respondent on the appeal. The Crown is also a respondent, despite arguing (like A.S.) that the regime as a whole is constitutionally valid.

[12] The main arguments of the respondents J.J. and Mr. Reddick were as follows. First, the impugned provisions force the defence to disclose both its strategy and the details of its proposed evidence to the Crown prior to trial, thereby violating the right to silence and the privilege against self-incrimination. Second, the impugned provisions provide complainants with advanced notice of defence evidence and the purposes for which it is being adduced. As a result, complainants will be able to tailor their responses during examination-in-chief and cross-examination.

protégé par l'art. 7 et l'al. 11d). Dans les deux causes, les juges ont accueilli les demandes et ont conclu que les dispositions étaient inconstitutionnelles, en totalité ou en partie (voir l'analyse relative à la violation de la *Charte* dans *R. c. J.J.*, 2020 BCSC 29, et l'analyse fondée sur l'article premier et la décision relative à la réparation dans *R. c. J.J.*, 2020 BCSC 349; et voir *R. c. Reddick*, 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227). Dans le cas de M. Reddick, une partie de la décision du juge ayant instruit la demande comprenait la conclusion que l'art. 278.92 avait une portée trop large au titre de l'art. 7 de la *Charte*.

[11] Dans le cas de J.J., la Cour a accueilli la demande d'autorisation d'appel du ministère public à l'égard de la décision interlocutoire en matière constitutionnelle de la juge saisie de la demande, selon laquelle une partie du régime d'examen des dossiers était inconstitutionnelle. La Cour a également accueilli la demande d'autorisation d'appel incident présentée plus tard par J.J. concernant la constitutionnalité de l'ensemble du régime. Dans le cas de M. Reddick, la plaignante, A.S., cherchait à contester la décision interlocutoire en matière constitutionnelle du juge saisi de la demande qui, dans les faits, l'empêchait de participer au processus d'examen des dossiers et déclarait inconstitutionnel le régime dans son ensemble. La Cour a accordé à A.S. le droit d'être ajoutée comme partie à l'instance car en tant que plaignante, elle n'aurait normalement pas eu ce statut. La Cour a ensuite accordé à A.S. l'autorisation d'interjeter appel. Monsieur Reddick est intimé dans le pourvoi. Le ministère public est aussi intimé, malgré le fait qu'il fasse valoir (comme A.S.) que le régime dans son ensemble est valide sur le plan constitutionnel.

[12] Les principaux arguments des intimés J.J. et M. Reddick étaient les suivants. D'abord, les dispositions contestées obligent la défense à communiquer au ministère public avant le procès autant sa stratégie que les détails de la preuve qu'elle entend présenter, ce qui porte atteinte au droit au silence et au privilège contre l'auto-incrimination. Ensuite, les dispositions contestées permettent à la plaignante d'être mise au courant à l'avance de la preuve de la défense et des raisons pour lesquelles elle est produite. Ainsi, la plaignante sera en mesure d'adapter ses réponses lors

This detracts from the right to make full answer and defence and from the truth-seeking function of trial. Finally, complainant participation in *voir dire*s threatens trial fairness, as it disrupts the structure of a criminal trial, inserts a third-party adversary into the process, and undermines the role of the Crown.

[13] For the reasons that follow, we would not give effect to these arguments. Properly construed, ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* do not infringe upon ss. 7, 11(c), or 11(d) of the *Charter*. In the result, we would allow the Crown’s appeal and dismiss J.J.’s cross-appeal; we would also allow A.S.’s appeal.

[14] We have had the benefit of reading the dissenting reasons prepared by our colleague Côté J. With respect, we cannot accede to her interpretation of the relevant statutory provisions, as we consider it to be unduly narrow and restrictive. We have also read the separate dissenting reasons of our colleagues Brown J. and Rowe J. Respectfully, they have mischaracterized our reasons and their effect and disregarded the principle of *stare decisis* — sweeping aside decades of this Court’s binding jurisprudence as “judicial *ad hoc*-ery”. Quite simply, their approach to the constitutional analysis must be rejected.

II. Relevant Statutory Provisions

[15] The following provisions of the *Criminal Code* are relevant to these appeals:

Evidence of complainant’s sexual activity

276(1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 153.1 or 155, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

de l’interrogatoire principal et du contre-interrogatoire, ce qui nuit au droit de présenter une défense pleine et entière ainsi qu’à la fonction de recherche de la vérité du procès. Enfin, la participation de la plaignante aux voir-dire menace l’équité du procès, car elle perturbe la structure du procès criminel, ajoute un tiers adversaire dans le processus et mine le rôle du ministère public.

[13] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de ne pas faire droit à ces arguments. Interprétés comme il se doit, les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* ne contreviennent ni à l’art. 7 ni aux al. 11c) ou 11d) de la *Charte*. En conséquence, nous sommes d’avis d’accueillir l’appel du ministère public et de rejeter l’appel incident de J.J.; nous sommes également d’avis d’accueillir l’appel de A.S.

[14] Nous avons eu l’occasion de prendre connaissance des motifs dissidents qu’a rédigés notre collègue la juge Côté. Soit dit en tout respect, nous ne pouvons souscrire à son interprétation des dispositions législatives en cause, car nous la jugeons indûment étroite et restrictive. Nous avons aussi eu l’occasion de lire les motifs dissidents distincts de nos collègues le juge Brown et le juge Rowe. En toute déférence, ils dénaturent nos motifs et leur effet, et font abstraction du principe du *stare decisis* — écartant des décennies de décisions de la Cour faisant autorité au motif qu’il s’agit de « décisions judiciaires ponctuelles ». La manière dont ils abordent l’analyse constitutionnelle doit être tout simplement rejetée.

II. Dispositions législatives pertinentes

[15] Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes en l’espèce :

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

276(1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1 ou 155, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est :

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

Conditions for admissibility

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), evidence shall not be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 278.93 and 278.94, that the evidence

(a) is not being adduced for the purpose of supporting an inference described in subsection (1);

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) is of specific instances of sexual activity; and

(d) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

Factors that judge must consider

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

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

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;

b) soit moins digne de foi.

Conditions de l'admissibilité

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 278.93 et 278.94, à la fois :

a) que cette preuve n'est pas présentée afin de permettre les déductions visées au paragraphe (1);

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;

d) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

Facteurs à considérer

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

Interpretation

(4) For the purpose of this section, *sexual activity* includes any communication made for a sexual purpose or whose content is of a sexual nature.

...

Definition of record

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.92, *record* means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes 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.

...

Admissibility — accused in possession of records relating to complainant

278.92(1) Except in accordance with this section, no record relating to a complainant that is in the possession or control of the accused — and which the accused intends to adduce — shall be admitted in evidence in any proceedings in respect of any of the following offences or in any proceedings in respect of two or more offences at least one of which is any of the following offences:

(a) an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 160, 170, 171, 172, 173, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 286.1, 286.2 or 286.3; or

Précision

(4) Il est entendu que, pour l'application du présent article, *activité sexuelle* s'entend notamment de toute communication à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle.

...

Définition de dossier

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.92, *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 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.

...

Admissibilité — dossier relatif à un plaignant en possession de l'accusé

278.92(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 qui est en possession de l'accusé ou sous son contrôle et que ce dernier se dispose à présenter en preuve ne peut être admissible qu'en conformité avec le présent article :

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 160, 170, 171, 172, 173, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 286.1, 286.2 ou 286.3;

(b) any offence under this Act, as it read from time to time before the day on which this paragraph comes into force, if the conduct alleged would be an offence referred to in paragraph (a) if it occurred on or after that day.

Requirements for admissibility

(2) The evidence is inadmissible unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 278.93 and 278.94,

(a) if the admissibility of the evidence is subject to section 276, that the evidence meets the conditions set out in subsection 276(2) while taking into account the factors set out in subsection (3); or

(b) in any other case, that the evidence is relevant to an issue at trial and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

Factors that judge shall consider

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

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

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

(d) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(e) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(f) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(g) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

b) une infraction prévue par la présente loi, dans toute version antérieure à la date d'entrée en vigueur du présent alinéa, dans le cas où l'acte reproché constituerait une infraction visée à l'alinéa a) s'il était commis à cette date ou par la suite.

Conditions de l'admissibilité

(2) La preuve n'est admissible que si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 278.93 et 278.94 :

a) dans le cas où son admissibilité est assujettie à l'article 276, qu'elle répond aux conditions prévues au paragraphe 276(2), compte tenu toutefois des facteurs visés au paragraphe (3);

b) dans les autres cas, qu'elle est en rapport avec un élément de la cause et que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

Facteurs à considérer

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

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

d) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

e) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits tout préjugé ou opinion discriminatoire;

f) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

g) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

(h) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(i) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

h) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

i) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

Application for hearing — sections 276 and 278.92

278.93(1) Application may be made to the judge, provincial court judge or justice by or on behalf of the accused for a hearing under section 278.94 to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Form and content of application

(2) An application referred to in subsection (1) must be made in writing, setting out detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial, and a copy of the application must be given to the prosecutor and to the clerk of the court.

Jury and public excluded

(3) The judge, provincial court judge or justice shall consider the application with the jury and the public excluded.

Judge may decide to hold hearing

(4) If the judge, provincial court judge or justice is satisfied that the application was made in accordance with subsection (2), that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or any shorter interval that the judge, provincial court judge or justice may allow in the interests of justice and that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2), the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a hearing under section 278.94 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Hearing — jury and public excluded

278.94(1) The jury and the public shall be excluded from a hearing to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Complainant not compellable

(2) The complainant is not a compellable witness at the hearing but may appear and make submissions.

Demande d'audience : articles 276 et 278.92

278.93(1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audience conformément à l'article 278.94 en vue de décider si la preuve est admissible au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Forme et contenu

(2) La demande d'audience est formulée par écrit et énonce toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause; une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

Exclusion du jury et du public

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

Audience

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice, et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audience pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Audience — exclusion du jury et du public

278.94(1) Le jury et le public sont exclus de l'audience tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Non-contraignabilité

(2) Le plaignant peut comparaître et présenter ses arguments à l'audience, mais ne peut être contraint à témoigner.

Right to counsel

(3) The judge shall, as soon as feasible, inform the complainant who participates in the hearing of their right to be represented by counsel.

Judge's determination and reasons

(4) At the conclusion of the hearing, the judge, provincial court judge or justice shall determine whether the evidence, or any part of it, is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2) and shall provide reasons for that determination, and

(a) if not all of the evidence is to be admitted, the reasons must state the part of the evidence that is to be admitted;

(b) the reasons must state the factors referred to in subsection 276(3) or 278.92(3) that affected the determination; and

(c) if all or any part of the evidence is to be admitted, the reasons must state the manner in which that evidence is expected to be relevant to an issue at trial.

Record of reasons

(5) The reasons provided under subsection (4) shall be entered in the record of the proceedings or, if the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

III. Issues

[16] These appeals call into question the constitutionality of ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code*. It is alleged that the impugned provisions violate the rights of accused persons under ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Charter* and should be struck down.

IV. Analysis**A. *Statutory Interpretation of the Provisions***

[17] Before determining the constitutionality of the impugned provisions, it is first necessary to interpret them. The modern principle of statutory interpretation assists us in this exercise: “. . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with

Droit à un avocat

(3) Le juge est tenu d'aviser dans les meilleurs délais le plaignant qui participe à l'audience de son droit d'être représenté par un avocat.

Motifs

(4) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix rend une décision, qu'il est tenu de motiver, à la suite de l'audience sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2), en précisant les points suivants :

a) les éléments de la preuve retenus;

b) ceux des facteurs mentionnés aux paragraphes 276(3) ou 278.92(3) ayant fondé sa décision;

c) la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

Forme

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

III. Questions en litige

[16] Les présents appels portent sur la constitutionnalité des art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel*. Il est allégué que les dispositions contestées violent les droits des personnes accusées protégés par l'art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte* et qu'elles devraient être invalidées.

IV. Analyse**A. *Interprétation législative des dispositions***

[17] Avant de juger de la constitutionnalité des dispositions contestées, il faut d'abord les interpréter. Le principe moderne d'interprétation législative nous aide dans cette démarche : [TRADUCTION] « . . . il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui

the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[18] As a rule, “[c]ourts must presume that Parliament intended to enact constitutional, [Charter-compliant] legislation and strive, where possible, to give effect to this intention” (*Mills*, at para. 56; see also R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at pp. 307-8; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at paras. 28-29). Furthermore, this Court stated in *Mills* that “if legislation is amenable to two interpretations, a court should choose the interpretation that upholds the legislation as constitutional” (para. 56, referring to *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078).

(1) Overview of the Impugned Provisions

[19] With these interpretive tools in mind, we begin by providing an overview of the provisions to set the foundation for the more detailed interpretation of each section.

[20] As a preliminary matter, the procedures outlined in ss. 278.92 to 278.94 apply to two types of evidence:

- (1) Evidence of complainants’ prior sexual history under s. 276 (“s. 276 evidence”), which was previously subject to its own procedure. This type of evidence requires “s. 276 applications”. Prior to Bill C-51, s. 276 evidence was subject to the procedures in ss. 276.1 to 276.5 of the *Criminal Code*, which have since been repealed.
- (2) Other records in the possession or control of the accused that fall within the definition of s. 278.1, which do not concern prior sexual history. This type of evidence requires “private record applications”.

[21] The procedure set out in the impugned provisions operates in two stages, as follows.

s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[18] En règle générale, « les tribunaux doivent présumer que le législateur avait l’intention d’adopter une mesure législative constitutionnelle [conforme à la Charte] et ils doivent s’efforcer, autant que possible, de mettre à exécution cette intention » (*Mills*, par. 56; voir aussi R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 307-308; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, par. 28-29). En outre, la Cour a affirmé dans l’arrêt *Mills* que « si une mesure législative prête à deux interprétations, le tribunal doit choisir celle qui en maintient le caractère constitutionnel » (par. 56, qui renvoie à l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078).

(1) Aperçu des dispositions contestées

[19] En ayant ces outils d’interprétation à l’esprit, nous commençons par donner un aperçu des dispositions afin de jeter les bases d’une interprétation plus détaillée de chaque disposition.

[20] Il convient d’abord de noter que les procédures décrites aux art. 278.92 à 278.94 s’appliquent à deux types de preuve :

- (1) La preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante visée à l’art. 276 (« preuve relevant de l’art. 276 »), qui faisait auparavant l’objet de sa propre procédure. Ce type de preuve requiert des « demandes fondées sur l’art. 276 ». Avant le projet de loi C-51, la preuve relevant de l’art. 276 était assujettie aux procédures prévues aux art. 276.1 à 276.5 du *Code criminel*, qui ont depuis été abrogés.
- (2) Les autres dossiers que l’accusé a en sa possession ou sous son contrôle qui sont visés par la définition de l’art. 278.1, et qui ne concernent pas les antécédents sexuels. Ce type de preuve requiert des « demandes concernant des dossiers privés ».

[21] La procédure établie dans les dispositions contestées s’applique en deux étapes, de la façon suivante.

(a) *Stage One*

[22] Pursuant to s. 278.93(2), the accused must prepare an application which “set[s] out detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial”.

[23] At Stage One, the presiding judge reviews the accused’s application to determine whether the evidence sought to be adduced is capable of being admissible having regard to the threshold tests set out in s. 278.92(2)(a) and (b) and the applicable factors in ss. 276(3) or 278.92(3), depending on the type of evidence.

[24] We note what is, in our view, a drafting error in the English text of s. 278.93(4). As written, this section requires the judge at Stage One to assess whether the proposed evidence is “capable of being admissible under subsection 276(2)”. However, it is clear that s. 276(2) only applies to evidence of complainants’ prior sexual history. This leaves no “capable of being admissible” threshold for private records at Stage One. This sentence must be meant to refer to s. 278.92(2), which sets out both the threshold for evidence of prior sexual history (s. 278.92(2)(a)) and the threshold for private records (s. 278.92(2)(b)). This is consistent with the Attorney General of Ontario’s explanation of the Stage One process in its factums. Moreover, it is consistent with the French text of the provision, which does not refer to s. 276(2) when setting out the threshold for determining whether a record is “capable of being admissible” in s. 278.93(4).

[25] The use of s. 276(2) as the only threshold in the English version is a drafting error that leads to “a glaring absurdity, the origin of which is evident” (Sullivan (2016), at p. 298). Specifically, it is evident that the phrase “capable of being admissible under subsection 276(2)” is a holdover from the prior procedural regime, which only applied to s. 276 evidence. As a result, we proceed on the understanding

a) *Première étape*

[22] Conformément au par. 278.93(2), l’accusé doit préparer une demande qui « énonce toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause ».

[23] À la première étape, le juge qui préside l’audience examine la demande de l’accusé pour décider s’il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible compte tenu des critères exigés par les al. 278.92(2)a) et b) et des facteurs applicables énumérés au par. 276(3) ou au par. 278.92(3), selon le type de preuve.

[24] Nous signalons ce qui nous paraît être une erreur de rédaction dans la version anglaise du par. 278.93(4). Telle qu’elle est rédigée, cette disposition exige du juge, à la première étape, qu’il se demande si la preuve est « *capable of being admissible under subsection 276(2)* ». Toutefois, il est clair que le par. 276(2) s’applique uniquement à la preuve concernant le comportement sexuel antérieur des plaignantes. Il n’y a donc aucun critère de « possibilité[é] que la preuve en cause soit admissible » dans le cas des dossiers privés à la première étape. Cette expression doit être comprise comme renvoyant au par. 278.92(2), qui établit à la fois le critère applicable à la preuve concernant le comportement sexuel antérieur (al. 278.92(2)a)) et le critère applicable aux dossiers privés (al. 278.92(2)b)). Cela concorde avec l’explication que donne le procureur général de l’Ontario du processus de la première étape dans ses mémoires. Cela concorde aussi avec la version française de la disposition, qui ne renvoie pas au par. 276(2) lorsqu’elle établit le critère servant à déterminer s’il y a des « possibilités que [le dossier] en cause soit admissible » au par. 278.93(4).

[25] Le recours au par. 276(2) comme étant le seul critère dans la version anglaise est une erreur de rédaction qui mène à [TRADUCTION] « une absurdité flagrante dont l’origine est évidente » (Sullivan (2016), p. 298). Plus précisément, il est évident que l’expression « *capable of being admissible under subsection 276(2)* » est un vestige de l’ancien régime procédural, lequel s’appliquait uniquement à la preuve relevant

that the “capable of being admissible” threshold in s. 278.93(4) is intended to refer to evidence that is “capable of being admissible” under s. 278.92(2).

[26] Section 278.93(4) stipulates that the accused must provide a copy of the application to the court and the Crown, at least seven days before the presiding judge reviews the application, unless otherwise ordered. Advanced disclosure to the Crown is necessary to provide the Crown with an opportunity to consider its position regarding whether the evidence is capable of being admissible.

[27] The legislation does not specify how the Stage One inquiry is to be conducted. In our view, this is a matter left to the discretion of the presiding judge, in accordance with their trial management powers. The Stage One inquiry may proceed as an application in writing, an oral hearing, or both, as the judge sees fit. The jury and public are excluded from the Stage One inquiry, no matter how it proceeds, under s. 278.93(3).

[28] For s. 276 evidence applications, if the judge determines that the proposed evidence is not s. 276 evidence, the application will terminate. If the proposed evidence is s. 276 evidence but the judge concludes that it is not capable of being admissible under s. 276(2) (as directed by s. 278.92(2)(a)), the application will be denied. If the s. 276 evidence is capable of being admissible, the application proceeds to a Stage Two hearing pursuant to s. 278.93(4).

[29] For private record applications, if the judge determines that the proposed evidence is not a “record” under s. 278.1, the application will terminate. If the proposed evidence is a “record” under s. 278.1 but the judge concludes that it is not capable of being admissible under s. 278.92(2)(b), the application will be denied. If the evidence is a “record” and it is

de l’art. 276. En conséquence, nous poursuivons notre analyse en tenant pour acquis que le critère de « possibilités que la preuve en cause soit admissible » établi à la version anglaise du par. 278.93(4) est censé renvoyer à la preuve pour laquelle il existe « des possibilités que la preuve en cause soit admissible » au titre du par. 278.92(2).

[26] Le paragraphe 278.93(4) prévoit que l’accusé doit fournir une copie de la demande au tribunal et au ministère public, au moins sept jours avant que le juge qui préside l’audience l’examine, à moins qu’il en soit ordonné autrement. Il est nécessaire de communiquer la demande au ministère public à l’avance pour qu’il ait l’occasion d’envisager sa position concernant les possibilités que la preuve soit admissible.

[27] Le texte législatif ne précise pas comment l’analyse requise à la première étape doit être menée. À notre avis, il s’agit d’une question laissée à la discrétion du juge qui préside l’audience, conformément à ses pouvoirs de gestion de l’instance. L’analyse à la première étape peut prendre la forme d’une demande écrite, d’une audience ou les deux, selon ce que le juge estime approprié. Aux termes du par. 278.93(3), le jury et le public sont exclus de l’analyse menée à la première étape, quelle que soit la façon dont elle se déroule.

[28] Pour ce qui est des demandes fondées sur l’art. 276, si le juge décide que la preuve en cause ne relève pas de l’art. 276, il sera mis fin à la demande. Si la preuve en cause relève de l’art. 276, mais le juge conclut qu’il n’y a pas de possibilités qu’elle soit admissible au titre du par. 276(2) (comme l’exige l’al. 278.92(2)a)), la demande sera rejetée. S’il y a des possibilités que la preuve relevant de l’art. 276 soit admissible, la demande passera à la deuxième étape, soit l’audience, conformément au par. 278.93(4).

[29] Pour ce qui est des demandes concernant des dossiers privés, si le juge décide que la preuve en cause n’est pas un « dossier » au sens de l’art. 278.1, il sera mis fin à la demande. S’il s’agit d’un « dossier » au sens de l’art. 278.1, mais le juge conclut qu’il n’y a pas de possibilités que la preuve soit admissible au titre de l’al. 278.92(2)b), la demande sera rejetée. Si

capable of being admissible, the application proceeds to a Stage Two hearing pursuant to s. 278.93(4).

(b) *Stage Two*

[30] At the Stage Two hearing, the presiding judge decides whether the proposed evidence meets the tests for admissibility set out in s. 278.92(2).

[31] For s. 276 evidence applications, the governing conditions are set out in s. 276(2), as directed by s. 278.92(2)(a). This determination is made in accordance with the factors listed in s. 276(3).

[32] For private record applications, the test for admissibility is set out in s. 278.92(2)(b), namely: the evidence is admissible if it “is relevant to an issue at trial and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. This determination is made in accordance with the factors listed in s. 278.92(3).

[33] Complainants are permitted to appear at the Stage Two hearing and make submissions, with the assistance of counsel, if they so choose (s. 278.94(2) and (3)).

(c) *Overlap Between Section 276 Evidence and Private Records Under Section 278.1*

[34] Section 276 of the *Criminal Code* prohibits the use of evidence of complainants’ prior sexual history to support the “twin myths” in sexual offence trials. At some point in the process, the presiding judge may determine that the proposed evidence is *both* s. 276 evidence and a private record under s. 278.1 (e.g., an email containing an explicit photo of a prior sexual interaction). If the judge determines that the evidence falls under both categories, then it should be treated as s. 276 evidence.

la preuve est un « dossier » et qu’il y a des possibilités qu’elle soit admissible, la demande passera à la deuxième étape, soit l’audience, conformément au par. 278.93(4).

b) *Deuxième étape*

[30] Lors de l’audience de la deuxième étape, le juge qui la préside décide si la preuve en cause satisfait aux critères d’admissibilité énoncés au par. 278.92(2).

[31] Pour les demandes fondées sur l’art. 276, les conditions applicables sont énoncées au par. 276(2), comme le prévoit l’al. 278.92(2)a). Cette décision est prise en fonction des facteurs indiqués au par. 276(3).

[32] Pour les demandes concernant des dossiers privés, le critère d’admissibilité est indiqué à l’al. 278.92(2)b) : elle est admissible si elle « est en rapport avec un élément de la cause et que le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante ». Cette décision est prise en fonction des facteurs énumérés au par. 278.92(3).

[33] La plaignante peut comparaître à l’audience de la deuxième étape et présenter des arguments, avec l’assistance d’un avocat, si elle le souhaite (par. 278.94(2) et (3)).

c) *Chevauchement de la preuve relevant de l’art. 276 et des dossiers privés visés par l’art. 278.1*

[34] L’article 276 du *Code criminel* interdit le recours à la preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante au soutien des « deux mythes » lors de procès pour des infractions d’ordre sexuel. À un certain moment dans le processus, le juge qui préside l’audience peut décider que la preuve en cause est *à la fois* une preuve relevant de l’art. 276 et un dossier privé au titre de l’art. 278.1 (p. ex., un courriel contenant une photo explicite d’une interaction sexuelle antérieure). Si le juge tire une telle conclusion, la preuve doit alors être traitée comme une preuve relevant de l’art. 276.

(2) What Is a Record?

[35] To determine what qualifies as a “record” for private record applications, the starting point is s. 278.1. It reads as follows:

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.92, *record* means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes 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.

[36] The definition of “record” in s. 278.1 applies to ss. 278.2 to 278.92 of the *Criminal Code*, which includes both the third party production regime (ss. 278.2 to 278.91) and the record screening regime (ss. 278.92 to 278.94).

[37] In this section, we first provide a brief overview that explains the two general groups of records under s. 278.1: enumerated records and non-enumerated records. We then provide guidance on what qualifies as a non-enumerated record. To do so, we consider Parliament’s intent, the statutory text, and relevant jurisprudence, from which we derive a methodology for determining whether evidence falls within the definition of “record” for purposes of the record screening regime. Finally, we provide guidance on two specific types of records: (1) communications; and (2) records of an explicit sexual nature related to the subject matter of the charge.

(a) *Two Groups of Records*

[38] The definition of “record” creates two distinct groups: (1) records that fall within the enumerated categories (“enumerated records”); and (2) records

(2) Qu’est-ce qu’un dossier?

[35] Pour déterminer ce qui peut constituer un « dossier » pour les demandes concernant des dossiers privés, il faut d’abord se pencher sur l’art. 278.1, dont le libellé est le suivant :

278.1 Pour l’application des articles 278.2 à 278.92, *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 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.

[36] La définition de « dossier » à l’art. 278.1 s’applique aux art. 278.2 à 278.92 du *Code criminel*, ce qui comprend à la fois le régime de production des dossiers en la possession de tiers (art. 278.2 à 278.91) et le régime d’examen des dossiers (art. 278.92 à 278.94).

[37] Dans cette section, nous donnons d’abord un aperçu expliquant les deux groupes généraux de dossiers selon l’art. 278.1 : les dossiers énumérés et les dossiers non énumérés. Nous donnons ensuite des indications sur ce qui constitue un dossier non énuméré. Pour ce faire, nous nous penchons sur l’intention du Parlement, le texte législatif et la jurisprudence pertinente, desquels nous tirons une méthode servant à décider si la preuve est visée par la définition de « dossier » pour l’application du régime d’examen des dossiers. Enfin, nous donnons des indications sur deux types précis de dossiers : (1) les communications; et (2) les dossiers d’une nature sexuelle explicite liés aux actes à l’origine de l’accusation.

a) *Deux groupes de dossiers*

[38] La définition de « dossier » crée deux groupes distincts : (1) les dossiers qui relèvent des catégories énumérées (« dossiers énumérés »); et (2) les dossiers

that do not fall within the enumerated categories but otherwise contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy (“non-enumerated records”).

[39] Enumerated categories of records, as defined in s. 278.1, include “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”. In our view, these categories were enumerated in the definition because they are the types of records likely to contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy. Should an accused wish to tender a record that falls within an enumerated category, they must proceed with a s. 278.93(1) application, regardless of the specific content of the record.

[40] However, Parliament’s use of the word “includes” in the definition signals that the list of enumerated categories was not meant to be exhaustive. This is confirmed in *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, where Karakatsanis J., writing for the Court, stated that the list of enumerated records in s. 278.1 “provides an illustrative list of some of the types of records that usually give rise to a reasonable expectation of privacy. However, documents that do not fall into the listed categories will still be covered by the *Mills* regime if they contain [personal] information that gives rise to a reasonable expectation of privacy” (para. 22).

[41] In other words, records that do not fall within one of the enumerated categories but are nevertheless included within the scope of the regime are records which contain personal information about complainants for which they have a reasonable expectation of privacy. We expand on this below.

qui ne relèvent pas des catégories énumérées, mais qui contiennent par ailleurs des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée (« dossiers non énumérés »).

[39] Parmi les catégories énumérées de dossiers au sens de l’art. 278.1, il y a : « 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 ». À notre avis, ces catégories sont énumérées dans la définition parce qu’il s’agit des types de dossiers susceptibles de contenir des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Si l’accusé souhaite produire un dossier qui relève d’une catégorie énumérée, il doit présenter une demande fondée sur le par. 278.93(1), peu importe le contenu précis du dossier.

[40] Toutefois, l’utilisation par le Parlement du mot « notamment » dans la définition signale que la liste de catégories énumérées ne se voulait pas exhaustive. C’est ce que confirme l’arrêt *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, où la juge Karakatsanis affirme au nom de la Cour que la liste de dossiers énumérés à l’art. 278.1 « énumère des exemples de dossiers qui confèrent habituellement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Cependant, les documents qui ne sont pas visés par ces exemples relèvent tout de même du régime de l’arrêt *Mills* s’ils contiennent des renseignements [personnels] qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (par. 22).

[41] En d’autres termes, les dossiers qui ne relèvent pas de l’une des catégories énumérées, mais qui sont néanmoins visés par le régime, sont des dossiers qui contiennent des renseignements personnels concernant la plaignante, pour lesquels celle-ci a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Nous en dirons davantage sur cette question plus loin.

(b) *Identifying Non-Enumerated Records*

[42] Ultimately, we conclude that a non-enumerated record will only be captured by s. 278.1, in the context of the record screening regime, if the record contains information of an intimate or highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being. Such information will have implications for the complainant’s dignity. As we will explain, this threshold is informed by interpreting the text and scheme of the record screening regime. We then provide a framework for assessing whether a piece of evidence qualifies as a non-enumerated record that must be vetted under the record screening regime.

(i) Text and Scheme of the Record Screening Regime

[43] The text and scheme of the record screening regime reveal Parliament’s intention to narrow the scope of records. Parliament deliberately limited the regime to “personal information for which there is a reasonable expectation of privacy”. Both elements of this phrase — “personal information” and “reasonable expectation of privacy” — serve to delimit the scope of records and shed light on the nature of the privacy interests at issue, as do the factors set out in s. 278.92(3).

1. *Personal Information*

[44] The term “personal information” invokes the concept of informational privacy. Informational privacy protects the ability to control the dissemination of intimate and personal details about oneself that go to one’s “biographical core” (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; see also *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 45-48). As this Court held in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, informational privacy is “based on the notion of the dignity and integrity of the individual” (p. 429).

b) *Cerner les dossiers non énumérés*

[42] En définitive, nous concluons qu’un dossier non énuméré ne sera visé par l’art. 278.1, dans le contexte du régime d’examen des dossiers, que s’il contient des renseignements d’une nature intime ou très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel. De tels renseignements auront des répercussions sur la dignité de la plaignante. Comme nous l’expliquerons, ce critère repose sur l’interprétation du texte et de l’économie du régime d’examen des dossiers. Nous établissons ensuite un cadre d’analyse servant à décider si un élément de preuve constitue un dossier non énuméré qui doit être passé au crible en application du régime d’examen des dossiers.

(i) Texte et économie du régime d’examen des dossiers

[43] Le texte et l’économie du régime d’examen des dossiers révèlent l’intention du Parlement de restreindre la portée du terme « dossiers ». Il a délibérément limité le régime aux « renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ». Les deux éléments de cet extrait — « renseignements personnels » et « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » — servent à délimiter la portée du terme « dossiers » et clarifient la nature des intérêts à la vie privée en cause, tout comme les facteurs énoncés au par. 278.92(3).

1. *Renseignements personnels*

[44] Le terme « renseignements personnels » évoque l’aspect informationnel du droit à la vie privée. Cet aspect du droit à la vie privée protège la faculté d’une personne de contrôler la diffusion de détails intimes et personnels qui ont trait à ses « renseignements biographiques » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; voir aussi *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 45-48). Comme l’a statué la Cour dans l’arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels est « fondé sur la notion de dignité et d’intégrité de la personne » (p. 429).

[45] Complainants have privacy interests in highly sensitive information about themselves, the disclosure of which can impact on their dignity. As this Court has observed in the past, the “dissemination of highly sensitive personal information” can result “not just in discomfort or embarrassment, but in an affront to the affected person’s dignity” (*Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75, at para. 7). To reach the level of an impact on dignity, an intrusion on informational privacy must “transcend[] personal inconvenience by reason of the highly sensitive nature of the information that might be revealed” (*Sherman Estate*, at para. 75; see also para. 73).

2. Reasonable Expectation of Privacy

[46] The term “reasonable expectation of privacy” has an established meaning in common law, most frequently considered in the s. 8 *Charter* jurisprudence. When Parliament uses a common law term or concept in legislation, those terms and concepts “inform the content and meaning of these words in [the] section” (*R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, at para. 56; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 543). As a result, the jurisprudence regarding a “reasonable expectation of privacy” informs our interpretation. As this Court recognized in *Jarvis*, “the s. 8 case law represents a rich body of judicial thought on the meaning of privacy in our society” (para. 59). We refer to s. 8 jurisprudence for its foundational principles, but our interpretation of a reasonable expectation of privacy here is specific to s. 278.1: what it means and how it applies in the context of the record screening regime. Contrary to our colleague Brown J.’s dissenting reasons (para. 201), our context-specific interpretation of a reasonable expectation of privacy cannot be “applied across the board” with the potential to interfere with the s. 8 jurisprudence.

[45] Les plaignantes ont des intérêts à la protection du caractère privé des renseignements très sensibles à leur sujet, dont la communication peut porter atteinte à leur dignité. Comme l’a fait observer la Cour dans le passé, la « diffusion de renseignements personnels très sensibles » peut entraîner « non seulement un désagrément ou de l’embarras pour la personne touchée, mais aussi une atteinte à sa dignité » (*Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75, par. 7). Pour avoir une incidence sur la dignité, une atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels doit « transcende[r] les inconvénients personnels en raison de la nature très sensible des renseignements qui pourraient être révélés » (*Sherman (Succession)*, par. 75; voir aussi par. 73).

2. Attente raisonnable en matière de protection de la vie privée

[46] L’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée », examinée le plus souvent dans la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte*, a un sens bien établi en common law. Quand le Parlement utilise dans une loi un terme ou un concept issu de la common law, ces termes et concepts « apporte[nt] un éclairage sur le contenu et le sens des mots employés [au] paragraphe » (*R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, par. 56; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 543). La jurisprudence concernant l’« attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » guide donc notre interprétation. Comme l’a reconnu la Cour dans l’arrêt *Jarvis*, « la jurisprudence relative à [l’]article [8] forme un riche corpus de raisonnements judiciaires sur le sens de la vie privée dans notre société » (par. 59). Nous nous reportons à la jurisprudence sur l’art. 8 pour en tirer les principes fondamentaux, mais notre interprétation d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ici est propre à l’art. 278.1 : ce qu’elle signifie et la façon dont elle s’applique dans le contexte du régime d’examen des dossiers. Contrairement aux motifs dissidents de notre collègue le juge Brown (par. 201), notre interprétation contextuelle d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne peut être « appliqué[e] de manière générale », ce qui risquerait de nuire à la jurisprudence sur l’art. 8.

[47] In particular, two principles from the s. 8 jurisprudence are instructive in determining whether complainants have a reasonable expectation of privacy under s. 278.1, as it applies to the record screening regime: (1) the person claiming a privacy right must have a subjective expectation of privacy that is objectively reasonable in the circumstances (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; see also *Jarvis*, at paras. 35-43); and (2) a reasonable expectation of privacy only engages legally recognized privacy interests (*Mills*, at para. 99). Both of these principles establish that the privacy interests at issue must meet a high threshold.

[48] However, we do not adopt the content-neutral approach from the s. 8 jurisprudence. Under s. 8, a content-neutral approach ensures that an accused may still have a reasonable expectation of privacy regardless of the legal or illegal nature of the items sought (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 36; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 49-50). Section 8 protects against unreasonable state search and seizure, therefore, the state is not permitted to engage in *ex post facto* reasoning to justify unconstitutional searches. This rationale does not apply in the present context as state search and seizure is not at issue.

[49] Furthermore, some interveners have submitted that certain mediums of communication (e.g., text messages) should be categorically excluded from the record screening regime, regardless of their content. However, it would be difficult to meaningfully assess or protect complainants' privacy interests within the strictures of a content-neutral approach, as in s. 8 of the *Charter*. The definition of "record" in s. 278.1, as it applies in the context of the record screening regime, does not focus on the medium by which the information was shared. It clearly specifies that "any form of record" is captured under the record screening

[47] En particulier, deux principes de la jurisprudence relative à l'art. 8 sont instructifs lorsqu'il s'agit de décider si une plaignante a une attente raisonnable en matière de protection de sa vie privée, telle que comprise dans le contexte du régime d'examen des dossiers au titre de l'art. 278.1 : (1) la personne qui revendique un droit à la vie privée doit avoir une attente subjective en matière de protection de la vie privée qui est objectivement raisonnable dans les circonstances (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; voir aussi *Jarvis*, par. 35-43); et (2) une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne met en jeu que les intérêts à la protection de la vie privée reconnus en droit (*Mills*, par. 99). Ces deux principes établissent que les intérêts en matière de protection de la vie privée en cause doivent atteindre un seuil élevé.

[48] Toutefois, nous n'adoptons pas la méthode de la neutralité du contenu qui se dégage de la jurisprudence sur l'art. 8. Sous le régime de cet article, la méthode de la neutralité du contenu fait en sorte que l'accusé peut tout de même avoir une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, peu importe la nature légale ou illégale des choses recherchées (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 36; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 49-50). L'article 8 protège contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives de l'État; en conséquence, l'État n'est pas autorisé à se livrer à un raisonnement après coup pour justifier des fouilles ou perquisitions inconstitutionnelles. Cette logique ne vaut pas dans le présent contexte, car il n'est pas question en l'espèce d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie de l'État.

[49] De plus, des intervenants ont soutenu que certains moyens de communication (p. ex., les messages textes) devraient être catégoriquement exclus du régime d'examen des dossiers, peu importe leur contenu. Toutefois, il serait difficile de bien évaluer ou protéger les intérêts de la plaignante en matière de protection de sa vie privée dans les limites de la méthode de la neutralité du contenu, comme à l'art. 8 de la *Charte*. La définition de « dossier » qui figure à l'art. 278.1, telle qu'elle s'applique dans le contexte du régime d'examen des dossiers, ne s'attache pas au moyen par lequel les renseignements ont été transmis.

regime if there is personal information for which there is a reasonable expectation of privacy. Records do not attract a reasonable expectation of privacy simply because of the medium used to convey them. The more important consideration is the sensitivity of the information contained in the record.

[50] Nor is a reasonable expectation of privacy for the purposes of the record screening regime exactly the same as it is for the third party production regime. We acknowledge that the definition of “record” in s. 278.1 is also used in the third party production regime; however, a reasonable expectation of privacy is always context-specific. As this Court has made clear, the privacy interests in a record being *produced* to the accused are different from the privacy interests at play when the accused seeks to have the record *admitted* as evidence in court (*Shearing*, at para. 96). In sum, while our interpretation of a reasonable expectation of privacy is informed by the s. 8 jurisprudence, including the third party production regime which impacts the s. 8 *Charter* rights of complainants, our analysis of this term only applies to the record screening regime context.

3. *Factors in Section 278.92(3)*

[51] The factors outlined in s. 278.92(3) shed light on the interests implicated by the record screening regime, reinforcing our conclusion that Parliament intended to safeguard highly personal information related to complainant dignity. These factors include:

- (a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

Elle précise clairement que « toute forme de document » est visée par le régime d’examen des dossiers dès lors que le document contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Les dossiers ne suscitent pas une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée simplement en raison du moyen utilisé pour les transmettre. La plus importante considération est le caractère sensible des renseignements contenus dans le dossier.

[50] Une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée pour le régime d’examen des dossiers n’est pas non plus exactement la même que pour le régime de production des dossiers en la possession de tiers. Nous reconnaissons que la définition de « dossier » à l’art. 278.1 est également utilisée dans le cadre du régime de production des dossiers en la possession de tiers; toutefois, une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée dépend toujours du contexte. Comme l’a indiqué clairement la Cour, les intérêts à la protection de la vie privée à l’égard d’un dossier *communiqué* à l’accusé diffèrent de ceux qui sont en jeu lorsque l’accusé cherche à faire *admettre* le dossier en preuve devant le tribunal (*Shearing*, par. 96). En somme, bien que notre interprétation d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée repose sur la jurisprudence relative à l’art. 8, y compris le régime de production des dossiers en la possession de tiers qui a des répercussions sur les droits garantis aux plaignantes par l’art. 8 de la *Charte*, notre analyse de ce terme ne s’applique que dans le contexte du régime de l’examen des dossiers.

3. *Facteurs énoncés au par. 278.92(3)*

[51] Les facteurs énoncés au par. 278.92(3) nous éclairent sur les intérêts en jeu dans le régime d’examen des dossiers et renforcent notre conclusion selon laquelle le Parlement voulait protéger les renseignements très personnels liés à la dignité de la plaignante. Ces facteurs sont les suivants :

- a) l’intérêt de la justice, y compris le droit de l’accusé à une défense pleine et entière;

- | | |
|---|---|
| <p>(b) society’s interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;</p> <p>(c) society’s interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences;</p> <p>(d) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;</p> <p>(e) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;</p> <p>(f) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;</p> <p>(g) the potential prejudice to the complainant’s personal dignity and right of privacy;</p> <p>(h) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and</p> <p>(i) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.</p> | <p>b) l’intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;</p> <p>c) l’intérêt qu’a la société à ce que les plaignants, dans les cas d’infraction d’ordre sexuel, suivent des traitements;</p> <p>d) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;</p> <p>e) le besoin d’écartier de la procédure de recherche des faits tout préjugé ou opinion discriminatoire;</p> <p>f) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l’hostilité;</p> <p>g) le risque d’atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;</p> <p>h) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu’à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;</p> <p>i) tout autre facteur qu[e] [le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix] estime applicable en l’espèce.</p> |
|---|---|

[52] A complainant’s privacy interests in the information contained in a record are meant to be assessed against these competing factors. If the information in a record does not engage the factors designed to protect the complainant’s personal dignity and privacy interests, or does so only marginally, this would be a clear indication that the document is not a record at all.

[52] Les intérêts en matière de protection de la vie privée de la plaignante à l’égard des renseignements contenus dans un dossier doivent être évalués en fonction de ces facteurs concurrents. Si les renseignements dans un dossier ne mettent pas en jeu les facteurs conçus pour protéger les intérêts en matière de protection de la vie privée et de la dignité de la plaignante, ou ne le font que légèrement, cela serait un indice clair que le document n’est pas du tout un dossier.

[53] In our view, s. 278.1 presupposes that a certain level of privacy must be engaged; namely, this provision concerns only records that could cause “potential prejudice to the complainant’s personal dignity”. These factors suggest that the scheme is not intended to catch more mundane information, even if such information is communicated privately. Moreover, given the accused’s right to make full answer and defence, mere discomfort associated with lesser intrusions of privacy will generally be tolerated. In this context, a complainant’s privacy in open court “will be at serious risk only where the sensitivity of

[53] À notre avis, l’art. 278.1 présuppose qu’un certain degré d’atteinte au droit à la vie privée doit être en jeu; c’est-à-dire que cette disposition concerne seulement les dossiers susceptibles de poser un « risque d’atteinte à la dignité du plaignant ». Ces facteurs donnent à penser que le régime ne vise pas à englober les renseignements plus banals, même si ces renseignements sont communiqués en privé. De plus, étant donné le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière, un simple désagrément associé à des atteintes moins graves à la vie privée est généralement toléré. Dans ce contexte, la vie

the information strikes at the subject’s more intimate self” (*Sherman Estate*, at para. 74).

(ii) Framework to Apply

[54] In light of Parliament’s intent, the relevant jurisprudence and the statutory scheme, a non-enumerated record will fall within the definition of s. 278.1 if it contains information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being. Such information will have implications for the complainant’s dignity. As previously stated, this interpretation is specific to the record screening regime. To determine whether a record contains such information, a presiding judge should consider both the content and context of the record.

1. *Content*

[55] When determining whether proposed evidence constitutes a non-enumerated record, the interpretive principle of *ejusdem generis* (“of the same kind”) applies. In other words, general words in a definition take their meaning from the more specific words — in this case, the records that are specifically enumerated (*Canada v. Canada North Group Inc.*, 2021 SCC 30, [2021] 2 S.C.R. 571, at para. 63). Therefore, if the information in a non-enumerated record is similar to what would be contained in an enumerated record, this is a useful indicator that it raises significant privacy interests and should be subject to the record screening regime. The common thread weaving through the enumerated records is that they contain information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being. This type of content could include, but is not limited to, discussions regarding mental health diagnoses, suicidal ideation, prior physical or sexual abuse, substance abuse or involvement in the child welfare system.

privée de la plaignante lors de procédures judiciaires publiques « ne sera sérieusement menacé[e] que lorsque le caractère sensible des renseignements touche à l’aspect le plus intime de la personne » (*Sherman (Succession)*, par. 74).

(ii) Cadre d’analyse à appliquer

[54] Au vu de l’intention du Parlement, de la jurisprudence pertinente et du régime législatif, un dossier non énuméré sera visé par la définition de l’art. 278.1 s’il contient des renseignements de nature intime et très personnelle, qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel. De tels renseignements auront des répercussions sur la dignité de la plaignante. Comme nous l’avons déjà indiqué, cette interprétation est propre au régime d’examen des dossiers. Pour déterminer si un dossier contient des renseignements de cette nature, le juge qui préside l’audience devrait se pencher à la fois sur le contenu et le contexte du dossier.

1. *Contenu*

[55] Lorsqu’il s’agit de décider si la preuve en jeu constitue un dossier non énuméré, le principe d’interprétation *ejusdem generis* (« de même genre ») s’applique. Autrement dit, les mots généraux d’une définition tirent leur sens des mots plus spécifiques — en l’espèce, les dossiers qui sont expressément énumérés (*Canada c. Canada North Group Inc.*, 2021 CSC 30, [2021] 2 R.C.S. 571, par. 63). Donc, lorsque les renseignements dans un dossier non énuméré s’apparentent à ceux que contiendrait un dossier énuméré, il s’agit d’une indication utile que le dossier fait intervenir des intérêts importants en matière de protection de la vie privée et devrait être assujéti au régime d’examen des dossiers. Le dénominateur commun liant les dossiers énumérés est le fait qu’ils contiennent des renseignements de nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel. Ce type de contenu peut notamment comprendre des entretiens sur des diagnostics de santé mentale, des idées suicidaires, des sévices physiques ou sexuels antérieurs, des problèmes de toxicomanie ou des démêlés avec le système de protection de l’enfance.

[56] For example, if complainants communicate details about their own medical history, this is the kind of information that would be found in a medical record over which they have a reasonable expectation of privacy. It would therefore be subject to the record screening regime. In contrast, mundane information such as general emotional states, everyday occurrences or general biographical information would typically not give rise to a reasonable expectation of privacy.

2. *Context*

[57] A court should also consider the context in which the record came into existence. When assessing context, courts must apply a normative and common-sense approach. Whether a communication or document is a “record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy” must reflect societal understandings about the fundamental right to be free from unwanted intrusion into our personal lives. As this Court recognized in *Jarvis*, at para. 68, “[w]hether a person *reasonably* expects privacy is necessarily a normative question that is to be answered in light of the norms of conduct in our society” (emphasis in original). Expectations of privacy are contextual and must be assessed in light of the “totality of the circumstances” (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; see also *Edwards*, at para. 45). Three contextual factors, which are non-exhaustive, may be relevant to this analysis.

[58] First, a court may consider the reason why the complainant shared the private information in question. This Court has recognized that a person’s reasonable expectation of privacy with respect to information will vary depending on the purpose for which the information is collected (*Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 75). For example, in *Quesnelle*, this Court

[56] Par exemple, les détails que communique une plaignante à propos de ses propres antécédents médicaux sont le genre de renseignements que l’on pourrait trouver dans un dossier médical à l’égard desquels elle a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Le dossier serait donc assujéti au régime d’examen des dossiers. En revanche, les renseignements banals comme l’état émotionnel général, les faits quotidiens ou les renseignements biographiques généraux ne susciteraient normalement pas d’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

2. *Contexte*

[57] Le tribunal devrait aussi tenir compte du contexte dans lequel le dossier a pris naissance. Lorsqu’il évalue le contexte, le tribunal doit adopter une approche normative et fondée sur le bon sens. L’examen de la question de savoir si une communication ou un document est un « document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » doit refléter la manière dont la société perçoit le droit fondamental des gens d’être à l’abri d’une intrusion non désirée dans leur vie personnelle. Comme l’a reconnu la Cour dans l’arrêt *Jarvis*, par. 68, « [l]a question de savoir dans quelles circonstances une personne s’attend *raisonnablement* au respect de sa vie privée est nécessairement normative et on y répond à la lumière des normes de conduite de notre société » (en italique dans l’original). Les attentes en matière de protection de la vie privée dépendent du contexte, et doivent être évaluées en fonction de l’« ensemble des circonstances » (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; voir aussi *Edwards*, par. 45). Trois facteurs contextuels, qui ne sont pas exhaustifs, pourraient être pertinents pour cette analyse.

[58] Premièrement, le tribunal peut examiner la raison pour laquelle la plaignante a communiqué les renseignements privés en question. La Cour a reconnu que l’attente raisonnable d’une personne en matière de protection de sa vie privée à l’égard de renseignements varie selon le but dans lequel les renseignements sont recueillis (*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 75). Par exemple, dans l’arrêt

accepted that a person may divulge information to an individual or organization with the expectation that it be used only for a specific purpose.

[59] Second, the relationship between the complainant and the person with whom the information was shared informs the context. As Wagner C.J. wrote in the context of a complainant's reasonable expectation of privacy in *Jarvis*, at para. 29, “[r]elevant considerations may include whether the relationship was one of trust or authority and whether the observation or recording constituted a breach or abuse of the trust or authority that characterized the relationship.” That said, it must be understood that “[t]he circumstances (or nature of the relationship) in which information is shared are not determinative: the reasonable expectation of privacy is not limited to trust-like, confidential, or therapeutic relationships” (*Quesnelle*, at para. 27). In other words, a relationship of trust is not necessary, but in some cases it may be sufficient, to establish a reasonable expectation of privacy.

[60] Third, courts may consider where the record was shared and how it was created or obtained. Records produced in the private domain (e.g., one-on-one communications between the complainant and accused) may attract an enhanced reasonable expectation of privacy; records created or obtained in the public domain, where they could be accessed by multiple people or the general public (e.g., social media or news media), are less likely to attract a reasonable expectation of privacy. That said, the fact that certain information is already available somewhere in the public sphere does not preclude further harm to the privacy interest through additional dissemination that would increase access to the information (*Sherman Estate*, at para. 81). In other words, there are different degrees of publicity, and in some cases a complainant may have a reasonable interest in preventing information from being disseminated in court proceedings, even if it was not perfectly private before. Similarly, the fact that a record was created or obtained surreptitiously by the accused, without the

Quesnelle, la Cour a reconnu qu’une personne peut communiquer des renseignements à un particulier ou à une organisation en s’attendant à ce qu’ils ne soient utilisés qu’à une fin précise.

[59] Deuxièmement, la relation entre la plaignante et la personne à qui les renseignements ont été communiqués forme la toile de fond du contexte. Comme l’a écrit le juge en chef Wagner dans le contexte de l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée de la plaignante dans l’arrêt *Jarvis*, par. 29 : « [p]armi les facteurs pertinents à cet égard, mentionnons l’élément de savoir s’il s’agissait d’une relation de confiance ou d’autorité, et si l’observation ou l’enregistrement constituait un abus de confiance ou de pouvoir qui caractérisait la relation. » Cela dit, il faut comprendre que « [l]es circonstances dans lesquelles l’information est partagée ne sont pas décisives, non plus que la nature de la relation entre les intéressés : ce ne sont pas que les relations confidentielles, thérapeutiques ou fondées sur la confiance qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (*Quesnelle*, par. 27). Autrement dit, une relation de confiance n’est pas nécessaire, mais dans certains cas, elle peut suffire pour établir une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[60] Troisièmement, le tribunal peut prendre en considération l’endroit où le dossier a été communiqué et la façon dont il a été créé ou obtenu. Les dossiers produits dans la sphère privée (p. ex., les communications entre la plaignante et l’accusé) peuvent faire l’objet d’une attente raisonnable accrue en matière de protection de la vie privée, alors que les dossiers créés ou obtenus dans la sphère publique, où ils sont accessibles à de nombreuses personnes ou au grand public (p. ex., les médias sociaux ou les médias d’information), sont moins susceptibles de faire l’objet d’une attente raisonnable en matière de vie privée. Cela dit, le fait que certains renseignements soient déjà accessibles quelque part dans la sphère publique n’empêche pas que l’atteinte à l’intérêt en matière de vie privée puisse être exacerbée par une diffusion plus large des renseignements personnels, ayant pour effet d’accroître leur accessibilité (*Sherman (Succession)*, par. 81). Autrement dit, il y a différents degrés de publicité, et dans certains cas, la plaignante peut avoir un intérêt raisonnable à empêcher que des

complainant's knowledge, would also be relevant as part of the contextual analysis. Such a record would be more likely to attract a reasonable expectation of privacy.

(iii) Specific Types of Records

1. *Communications*

[61] Communications form the most contentious type of evidence. Given that “any form of record” is captured under the record screening regime, electronic or non-electronic communications relating to complainants will fall within the definition of “record” if they contain “personal information for which there is a reasonable expectation of privacy”. Indeed, communications may contain precisely the kind of information Parliament intended to safeguard.

[62] Justice Côté in dissent maintains that complainants have no reasonable expectation of privacy in communications with the accused (unless they are in confidential/professional relationships); on the contrary, they should expect the accused to rely on such evidence to defend themselves at trial (para. 463). With respect, we disagree. Complainants should not “lose” their expectation of privacy the moment they step forward to report a sexual offence. The fact that they may have chosen the wrong person to trust should not be determinative of their privacy interest in the context of alleged sexual violence. Our colleague's approach is antithetical to Parliament's objective of protecting complainant privacy and dignity during the course of a criminal trial (s. 278.92(3)(g)), as well as the objective of encouraging reporting (s. 278.92(3)(b)). Under our approach, we take into account the trial context while also considering the nature of the communication at the time it took place.

renseignements soient diffusés lors des procédures judiciaires, même s'ils n'étaient pas complètement privés auparavant. De même, le fait qu'un dossier a été créé ou obtenu subrepticement par l'accusé, sans que la plaignante ne le sache, serait aussi utile dans le cadre de l'analyse contextuelle. Un tel dossier serait plus susceptible de faire l'objet d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

(iii) Types précis de dossiers

1. *Communications*

[61] Les communications sont les éléments de preuve les plus litigieux. Étant donné que le régime d'examen des dossiers vise « toute forme de document », les communications électroniques ou non électroniques relatives à la plaignante relèveront de la définition de « dossier » si elles contiennent « des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ». De fait, les communications peuvent comprendre précisément le type de renseignements que le Parlement entend protéger.

[62] La juge Côté, dans ses motifs dissidents, soutient que la plaignante n'a aucune attente raisonnable en matière de protection de sa vie privée à l'égard des communications avec l'accusé (sauf si elles sont faites dans le cadre d'une relation confidentielle ou professionnelle); au contraire, elle devrait s'attendre à ce que l'accusé invoque cette preuve pour se défendre au procès (par. 463). En toute déférence, nous ne sommes pas de cet avis. La plaignante ne devrait pas « perdre » son attente en matière de protection de sa vie privée dès qu'elle dénonce une infraction d'ordre sexuel. La possibilité qu'elle ait fait confiance à la mauvaise personne ne devrait pas être un facteur déterminant pour ce qui est de son intérêt à la vie privée dans le contexte d'allégations de violence sexuelle. L'approche de notre collègue contrecarre l'objectif du Parlement de protéger la vie privée et la dignité de la plaignante au cours d'un procès criminel (al. 278.92(3)g)), ainsi que l'objectif d'encourager la dénonciation (al. 278.92(3)b)). Selon notre approche, nous tenons compte du contexte du procès tout en prenant également en considération la nature de la communication au moment où elle a été faite.

[63] As a baseline, to be caught by the record screening regime, the communication must “relat[e] to [the] complainant” in some manner (s. 278.92(1)). The complainant may be the sender or recipient of the communication, or the content of the communication pertains to the complainant.

[64] If the communication in question falls within a category of enumerated records, it is unnecessary to inquire further regarding the reasonable expectation of privacy. For example, e-mails exchanged between an accused who is a psychologist and their client regarding therapeutic goals for treatment would properly fall within the definition of s. 278.1 as therapeutic records — a category of enumerated records. If the communication does not fall within an enumerated category, the content- and context-based analysis set out above applies to determine whether the communication contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy.

2. *Records of a Sexual Nature (Not Covered by Section 276)*

[65] One type of non-enumerated record that will often engage a reasonable expectation of privacy is a record of an explicit sexual nature that is not covered by s. 276 (for example, explicit communications, videos or photographs of a sexual nature relating to the subject matter of the charge). Complainants may have a reasonable expectation of privacy in these types of records, given the dignity concerns that can arise.

[66] It is helpful to clarify why evidence of an explicit sexual nature that relates to the subject matter of the charge may be caught by the record screening regime even if it is not s. 276 evidence. In addition to creating the record screening regime for private records, Bill C-51 also added s. 276(4), which specifies that sexual activity “includes any communication made for a sexual purpose or whose

[63] Tout d’abord, pour être visée par le régime d’examen des dossiers, la communication doit « se rapport[er] à un[e] plaignant[e] » d’une certaine manière (par. 278.92(1)). La plaignante peut être l’expéditrice ou la destinataire de la communication, ou le contenu de la communication peut se rapporter à la plaignante.

[64] Si la communication en question relève d’une catégorie de dossiers énumérés, il n’est pas nécessaire d’analyser plus en profondeur l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Par exemple, les courriels échangés entre un accusé qui est psychologue et son client ou sa cliente concernant les objectifs thérapeutiques d’un traitement seraient effectivement visés par la définition prévue à l’art. 278.1 à titre de dossiers thérapeutiques — une catégorie de dossiers énumérés. Si la communication ne fait pas partie d’une catégorie énumérée, il convient d’appliquer l’analyse fondée sur le contenu et le contexte énoncée plus tôt afin d’établir si la communication contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

2. *Dossiers de nature sexuelle (non visés par l’art. 276)*

[65] Un type de dossier non énuméré qui entraînera souvent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est le dossier de nature sexuelle explicite qui n’est pas visé par l’art. 276 (p. ex., des communications, des vidéos ou des photographies de nature sexuelle explicite concernant les actes à l’origine de l’accusation). Les plaignantes peuvent avoir une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l’égard de ce type de dossiers, compte tenu des préoccupations relatives à la dignité qu’ils peuvent soulever.

[66] Il est utile de clarifier pourquoi la preuve de nature sexuelle explicite qui se rapporte aux actes à l’origine de l’accusation peut être visée par le régime d’examen des dossiers, même si elle ne constitue pas une preuve relevant de l’art. 276. En plus de créer le régime d’examen des dossiers pour les dossiers privés, le projet de loi C-51 a aussi ajouté le par. 276(4), qui précise que l’activité sexuelle « s’entend notamment

content is of a sexual nature”. This provision applies to sexual activity *other than* the sexual activity that forms the subject matter of the charge (s. 276(2)). Any communication regarding such sexual activity would fall within the s. 276 regime.

[67] Accordingly, the only records of an explicit sexual nature that could be subject to the record screening regime outside of the s. 276 context would be records pertaining to the complainant, in the possession or control of the accused, that relate to the sexual activity which forms the subject matter of the charge. For clarity, “subject matter of the charge” refers to the components of the *actus reus* of the specific charge that the Crown must prove at trial. These types of records are likely to engage the complainant’s reasonable expectation of privacy under the content and context framework described above.

(iv) Summary of the Analytical Process

[68] Having defined the scope of “records”, we will now provide an outline of the analytical process that should be applied by a court to determine if evidence constitutes a “record”.

[69] The presiding judge should first determine if the proposed evidence contains information that falls under s. 276. If the evidence falls under both ss. 276 and 278.1, as stated above, the judge should assess the evidence as s. 276 evidence.

[70] If the proposed evidence does not fall under s. 276, the judge should then determine whether it is a “record” under s. 278.1. If the evidence does not come within one of the enumerated categories, the inquiry should focus on whether it contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy. Where the evidence is found to be an enumerated or non-enumerated record, the record screening regime is engaged.

de toute communication à des fins d’ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle ». Cette disposition se rapporte à une activité sexuelle *autre que* celle à l’origine de l’accusation (par. 276(2)). Une communication concernant une telle activité sexuelle serait visée par le régime de l’art. 276.

[67] En conséquence, les seuls dossiers de nature sexuelle explicite qui pourraient être assujettis au régime d’examen des dossiers en dehors du contexte de l’art. 276 seraient les dossiers relatifs à la plaignante, en possession de l’accusé ou sous son contrôle, qui sont liés à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation. Par souci de clarté, soulignons que l’expression « l’activité à l’origine de l’accusation » renvoie aux éléments de l’*actus reus* de l’accusation précise que le ministère public doit prouver au procès. Ces types de dossiers sont susceptibles de mettre en jeu l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée de la plaignante, selon le cadre d’analyse relatif au contenu et au contexte décrit plus tôt.

(iv) Résumé de la démarche analytique

[68] Comme nous avons défini la portée du terme « dossiers », nous présenterons maintenant un aperçu de la démarche analytique qui devrait être appliquée par le tribunal pour déterminer si un élément de preuve constitue un « dossier ».

[69] Le juge qui préside l’audience devrait d’abord déterminer si la preuve en cause contient des renseignements qui sont visés par l’art. 276. Si la preuve relève à la fois de l’art. 276 et de l’art. 278.1, comme il est indiqué plus tôt, le juge devrait évaluer la preuve selon le régime de l’art. 276.

[70] Si la preuve en cause n’est pas visée par l’art. 276, le juge devrait alors établir s’il s’agit d’un « dossier » au sens de l’art. 278.1. Si la preuve ne fait pas partie de l’une des catégories énumérées, l’analyse devrait être axée sur la question de savoir si celle-ci contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Lorsqu’il est conclu que la preuve est un dossier énuméré ou non énuméré, le régime d’examen des dossiers s’applique.

[71] A non-enumerated record will be caught by the record screening regime if it contains information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being. Such information will have implications for the complainant’s dignity. This assessment considers the content and context of the record. Electronic communications are subject to this analysis like all forms of records. In addition, records of an explicit sexual nature not covered by s. 276 because they concern the subject matter of the charge will often attract a reasonable expectation of privacy and fall under the record screening regime.

[72] When it is unclear whether the evidence is a “record”, counsel should err on the side of caution and initiate Stage One of the record screening process. To be clear, under the record screening regime, the accused will be in possession or control of the evidence at issue, and they will know the context in which the evidence arose. For this reason, the accused will be well equipped to discern whether the evidence is a “record” and to make submissions on this point, if need be.

(3) Who Do the Impugned Provisions Apply to?

[73] Section 278.92(1) states that the record screening regime is intended to apply to records in the *accused’s* control or possession, which the accused intends to adduce. Accordingly, the Crown is not bound by the record screening regime when seeking to admit private records relating to complainants. Had Parliament intended for the Crown to be bound by the regime, it would have signalled this in the text of ss. 278.92 to 278.94.

[74] In so concluding, we recognize that in *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, this Court held that s. 276(1) applies to the Crown based on the common law principles of *Seaboyer*, even though s. 276(2) refers only to the accused (para. 80; see also *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 78; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3

[71] Un dossier non énuméré sera visé par le régime d’examen des dossiers s’il contient des renseignements de nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur les plans physique, psychologique ou émotionnel. De tels renseignements auront des répercussions sur la dignité de la plaignante. Dans le cadre de cette évaluation, il faut examiner le contenu et le contexte du dossier. Les communications électroniques sont assujetties à cette analyse comme toutes les formes de documents. De plus, les dossiers de nature sexuelle explicite qui ne sont pas visés par l’art. 276 parce qu’ils se rapportent à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation entraîneront souvent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et seront assujettis au régime d’examen des dossiers.

[72] Lorsqu’il n’est pas clair si l’élément de preuve est un « dossier », l’avocat devrait pécher par excès de prudence et enclencher la première étape du processus d’examen des dossiers. Précisons qu’en application du régime d’examen des dossiers, l’accusé sera en possession ou en contrôle de la preuve en cause, et il connaîtra le contexte dans lequel la preuve a pris naissance. Pour cette raison, l’accusé sera bien outillé pour savoir si l’élément de preuve est un « dossier », et pour faire des observations à cet égard, le cas échéant.

(3) À qui s’appliquent les dispositions contestées?

[73] Le paragraphe 278.92(1) indique que le régime d’examen des dossiers est censé s’appliquer aux dossiers qui sont en la possession de *l’accusé* ou sous son contrôle, et que celui-ci se dispose à présenter en preuve. En conséquence, le ministère public n’est pas assujetti au régime d’examen des dossiers lorsqu’il cherche à faire admettre des dossiers privés relatifs à une plaignante. Si le Parlement avait voulu que le ministère public soit assujetti au régime, il l’aurait indiqué dans le texte des art. 278.92 à 278.94.

[74] En arrivant à cette conclusion, nous reconnaissons que dans l’arrêt *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, la Cour a conclu que le par. 276(1) s’applique au ministère public compte tenu des principes de common law énoncés dans l’arrêt *Seaboyer*, même si le par. 276(2) ne se rapporte qu’à l’accusé (par. 80; voir aussi *R. c. R.V.*,

S.C.R. 3, at para. 142). But Parliament signalled its intention that the Crown be bound through the text of s. 276(1). As *Barton* explains, the language of s. 276(1), “which confirms the irrelevance of the ‘twin myths’, is categorical in nature and applies irrespective of which party has led the prior sexual activity evidence” (para. 80). Accordingly, in the context of s. 276 evidence, the Crown remains obliged to bring the equivalent common law application (commonly referred to as a *Seaboyer* application) where it seeks to introduce evidence of a complainant’s prior sexual history. There is no analogue to s. 276(1) in the record screening regime for private records — throughout, the text refers only to the accused. Unlike in the s. 276 context, the Crown is not required to bring a screening application for private records it seeks to introduce into evidence.

[75] Our colleague Brown J. criticizes the fact that the record screening regime applies only to the accused and not the Crown, should the Crown seek to adduce the same records. Leaving aside the statutory language, which is clear on the issue, trial fairness “[does] not guarantee defence counsel the right to precisely the same privileges and procedures as the Crown” (*Quesnelle*, at para. 64, citing *Mills*, at para. 111). In our view, such is the case here. These statutory procedures do not apply to the Crown.

(4) When Is Evidence “Adduced” Such That an Application Is Required?

[76] The parties and interveners disagree about the meaning of “adduce” in ss. 278.92(1), 278.93(2) and 278.93(4). The disagreement focuses on whether “adduce” only includes entering evidence as an exhibit at trial, or if it applies as well to the use of the information contained within the record for the purposes of cross-examination. Justice Côté in dissent would

2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 78; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 142). Toutefois, le Parlement a signalé son intention que le ministère public soit lié par le texte du par. 276(1). Comme il est expliqué dans l’arrêt *Barton*, le texte du par. 276(1), « qui confirme le manque de pertinence des “deux mythes”, est catégorique de par sa nature et s’applique indépendamment de la partie qui présente la preuve concernant le comportement sexuel antérieur » (par. 80). En conséquence, dans le contexte de la preuve relevant de l’art. 276, le ministère public demeure tenu de présenter la demande équivalente en common law (communément appelée une demande de type *Seaboyer*) lorsqu’il cherche à présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur d’une plaignante. Il n’y a rien d’analogue au par. 276(1) dans le régime d’examen des dossiers pour les dossiers privés — dans toutes les dispositions se rapportant au régime, le texte ne renvoie qu’à l’accusé. Contrairement au contexte de l’art. 276, le ministère public n’est pas tenu de présenter une demande d’examen pour les dossiers privés qu’il cherche à produire en preuve.

[75] Notre collègue le juge Brown déplore le fait que le régime d’examen des dossiers s’applique seulement à l’accusé et non au ministère public, dans le cas où le ministère public veut présenter en preuve les mêmes dossiers. Indépendamment du texte législatif, qui est clair sur la question, l’équité du procès « n’exig[e] pas que l’avocat de la défense bénéficie exactement des mêmes privilèges et de la même procédure que le ministère public » (*Quesnelle*, par. 64, citant *Mills*, par. 111). À notre avis, tel est le cas en l’espèce. Ces procédures prévues par la loi ne s’appliquent pas au ministère public.

(4) À quel moment une preuve est-elle « présentée » (« adduced ») de sorte qu’une demande est requise?

[76] Les parties et les intervenants ne s’entendent pas sur le sens du terme « adduce » dans les versions anglaises des par. 278.92(1), 278.93(2) et 278.93(4). Le désaccord porte surtout sur la question de savoir si le terme « adduce » s’entend seulement du fait de produire une preuve comme pièce au procès, ou s’il vise également l’utilisation de renseignements

adopt the narrow interpretation. In contrast, our interpretation of “adduce” is not limited to circumstances where evidence is entered as an exhibit. Instead, we adopt a purposive approach that includes references to the content of a record made in defence submissions or the examination and cross-examination of witnesses. Specifically, under the record screening regime, the accused must screen records when they seek to use information during a hearing that they specifically learned from those records. If they have independent knowledge of the information, gathered from sources that do not rely on the complainant’s private records, they may use this information without invoking the record screening regime (subject to other applicable evidentiary rules and trial procedures).

[77] We reject the narrow interpretation of “adduce” for several reasons. First, limiting “adduce” to entering an exhibit at trial would create a loophole in the regime, as the accused could simply refer to the evidence in their submissions or cross-examination. This loophole would not serve to meaningfully protect complainants’ dignity and privacy interests as contemplated by the impugned provisions.

[78] Second, a narrow interpretation would not address the concern in *Shearing*, where the central issue was the accused’s ability to cross-examine the complainant on the contents of her diary, even though he did not enter the diary itself as an exhibit. Since the 2012 Senate Report identified the *Shearing* situation as one of the motivating factors for its recommendations, it would be illogical to interpret the impugned provisions in a manner that would not address the very situation at issue in that case.

[79] Third, the 2012 Senate Report contemplated a broad application for the record screening regime, to account for circumstances where the accused is in possession of a complainant’s records “and

contenus dans le dossier en question aux fins de contre-interrogatoire. La juge Côté, qui est dissidente, aurait adopté l’interprétation étroite. En revanche, notre interprétation du terme « *adduce* » ne vise pas seulement les situations où la preuve est produite comme pièce. Nous adoptons plutôt une démarche téléologique qui comprend les références au contenu du dossier en question dans les observations de la défense ou l’interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins. Plus particulièrement, selon le régime d’examen des dossiers, l’accusé doit examiner les dossiers lorsqu’il veut utiliser lors d’une audience des renseignements qu’il a appris expressément de ces dossiers. S’il a connaissance de ces renseignements de manière indépendante, de sources qui ne sont pas fondées sur les dossiers privés de la plaignante, il peut se servir de ces renseignements sans avoir recours au régime d’examen des dossiers (sous réserve des autres règles de preuve et de procédure applicables).

[77] Nous rejetons l’interprétation étroite du terme « *adduce* » pour plusieurs raisons. Premièrement, le fait de limiter le sens de ce terme au seul fait de déposer une pièce au procès créerait une lacune dans le régime, car l’accusé pourrait simplement faire mention de la preuve dans ses observations ou lors du contre-interrogatoire. Cette lacune ne contribuerait pas à protéger comme il se doit la dignité et les intérêts en matière de protection de la vie privée des plaignantes, comme le veulent les dispositions contestées.

[78] Deuxièmement, une interprétation étroite ne répondrait pas à la préoccupation soulevée dans l’arrêt *Shearing*, où la principale question était la capacité de l’accusé à contre-interroger la plaignante sur le contenu de son journal intime, même s’il n’avait pas déposé le journal en preuve en tant que pièce. Comme le rapport sénatorial de 2012 indiquait que la situation dans l’arrêt *Shearing* était l’un des facteurs motivant ses recommandations, il serait illogique d’interpréter les dispositions contestées d’une manière qui ne remédierait pas à la situation même en cause dans cette affaire.

[79] Troisièmement, le rapport sénatorial de 2012 prévoyait une application large du régime d’examen des dossiers, afin de tenir compte de situations où l’accusé est en possession de dossiers d’une

wishes to use these records for the purposes of cross-examination or seeks to introduce them into evidence” (p. 19). The accused could use the record to advance groundless myths and stereotypes not just by entering it as an exhibit but, for example, by using it in cross-examination. Parliament intended to include these situations.

[80] Finally, the French version of s. 278.92(1) translates “intends to adduce” to “*se dispose à présenter en preuve*” and points towards a broader interpretation where evidence is presented in the trial proceeding, regardless of whether it is formally entered as an exhibit. Similarly, the term “*la preuve*” in the French version of ss. 278.93(2) and 278.93(4) refers to evidence broadly and is not limited to exhibits. Had Parliament intended a more narrow interpretation, the statutory language in French or English would have reflected such an intention.

[81] In conclusion, the use of the word “adduce” in the impugned provisions captures the content of the record that is referenced by the accused during the trial, even if the record is not formally entered as an exhibit.

(5) What Is the Appropriate Timing of an Application?

[82] There is also disagreement about the timeframe, specified in the record screening regime, in which an application must be provided to the Crown and to the court. More specifically, s. 278.93(4) stipulates the following:

(4) If the judge, provincial court judge or justice is satisfied that the application was made in accordance with subsection (2), that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or any shorter interval that the judge, provincial court judge or justice may allow in the interests of justice and that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2), the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a hearing under section 278.94 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

plaignante et « veut utiliser ces renseignements aux fins du contre-interrogatoire ou pour les déposer en preuve » (p. 19). L'accusé pourrait utiliser le dossier en question pour faire valoir des mythes et stéréotypes sans fondement pas seulement en les produisant comme pièces mais, par exemple, en les utilisant en contre-interrogatoire. Le Parlement entendait inclure ces situations.

[80] Enfin, dans la version française du par. 278.92 (1), les termes « *intends to adduce* » sont rendus par « se dispose à présenter en preuve » et suggèrent une interprétation plus large, à savoir une preuve qui sera présentée lors du procès, peu importe si elle est inscrite officiellement en tant que pièce. De même, l'expression « la preuve » dans la version française des par. 278.93(2) et 278.93(4) s'entend de la preuve de façon générale et pas uniquement des pièces. Si le Parlement avait voulu une interprétation plus étroite, le texte de loi en français ou en anglais aurait fait foi de cette intention.

[81] En conclusion, l'emploi du mot « *adduce* » dans les dispositions contestées comprend le contenu du dossier auquel fait référence l'accusé pendant le procès, même si le dossier n'est pas officiellement inscrit comme pièce.

(5) À quel moment convient-il de présenter une demande?

[82] Il y a aussi désaccord au sujet du délai, précisé dans le régime d'examen des dossiers, dans lequel la demande doit être communiquée au ministère public et au tribunal. Plus précisément, le par. 278.93(4) prévoit ce qui suit :

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice, et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audience pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

[83] Lower courts have come to different conclusions on whether the word “previously” refers to seven days before the Stage One inquiry, the Stage Two hearing, or the trial. The purpose of the seven-day notice period, as explained in the *House of Commons Debates*, is to “ensure that all parties have adequate time to prepare” for the application process (vol. 148, No. 195, 1st Sess., 42nd Parl., June 15, 2017, at p. 12789 (Marco Mendicino)).

[84] Properly interpreted, “previously” refers to the Stage One inquiry where the presiding judge determines whether a Stage Two hearing is necessary. The Crown and clerk of the court must have at least seven days’ notice of the application before it is reviewed by the judge at Stage One. However, s. 278.93(4) states that the judge can exercise their discretion to truncate the notice period in the “interests of justice”.

[85] While the statutory language does not specify that these applications must be conducted pre-trial, in our view, this should be the general practice. The encouragement of pre-trial applications in the record screening regime mirrors the approach endorsed previously under the s. 276 regime (see, for example, *Goldfinch*, at para. 145). There should be consistency between s. 276 evidence applications and private record applications because both now proceed under ss. 278.92 to 278.94.

[86] There may be situations that require a trial judge to either revisit a prior admissibility determination under s. 278.92 or to allow a new application mid-trial (see *R.V.*, at para. 75; *Barton*, at para. 65). Judges maintain this discretion as part of their inherent trial management power. Furthermore, in light of s. 278.93(4), judges have discretion to allow an application to be brought at a shorter interval than seven days before the Stage One hearing when it is in the “interests of justice”. However, as a general rule, private record applications should be brought at the pre-trial stage of the proceedings. There is

[83] Les tribunaux d’instances inférieures sont arrivés à différentes conclusions concernant la question de savoir si le mot « auparavant » s’entendait de sept jours avant la première étape — l’examen —, avant la deuxième étape — l’audience — ou avant le procès. L’objet de la période d’avis de sept jours, comme il a été expliqué dans les *Débats de la Chambre des communes*, est de faire en sorte « que toutes les parties aient le temps de se préparer » pour le processus de demande (vol. 148, n° 195, 1^{re} sess., 42^e lég., 15 juin 2017, p. 12789 (Marco Mendicino)).

[84] Dûment interprété, le mot « auparavant » renvoie à l’examen mené à la première étape, lors duquel le juge établit si l’audience de la deuxième étape est nécessaire. Le ministère public et le greffier du tribunal doivent recevoir une copie de la demande au moins sept jours avant qu’elle soit examinée par le juge dans le cadre de la première étape. Toutefois, le par. 278.93(4) indique que le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour tronquer la période d’avis « dans l’intérêt de la justice ».

[85] Bien que le texte législatif ne précise pas que ces demandes doivent être effectuées avant le procès, à notre avis, cela devrait être la pratique habituelle. Encourager la présentation des demandes avant le procès dans le cadre du régime d’examen des dossiers rappelle la démarche adoptée antérieurement sous le régime de l’art. 276 (voir, p. ex., *Goldfinch*, par. 145). Il devrait y avoir cohérence entre les demandes relatives à la preuve relevant de l’art. 276 et les demandes concernant des dossiers privés, car ces deux types de demandes doivent maintenant être traitées selon le régime établi aux art. 278.92 à 278.94.

[86] Certaines situations peuvent exiger que le juge du procès réexamine une décision antérieure relative à l’admissibilité au titre de l’art. 278.92, ou permette la présentation d’une nouvelle demande en cours d’instance (voir *R.V.*, par. 75; *Barton*, par. 65). Les juges ont ce pouvoir discrétionnaire dans le cadre de leur pouvoir inhérent de gestion de l’instance. De plus, à la lumière du par. 278.93(4), les juges peuvent permettre qu’une demande soit présentée dans un délai plus court que sept jours avant l’audience de la première étape lorsque cela est dans « l’intérêt de la justice ». Toutefois, en règle générale, les demandes concernant

good reason for this. If mid-trial applications become routine, this would result in frequent adjournments, significant delays, scheduling difficulties — particularly in jury trials — and potential unfairness to the accused. Mid-trial applications could also harm complainants and discourage the reporting and prosecution of sexual offences. One example of where a mid-trial application may be in the “interests of justice” is if the record was only discovered during the course of the trial.

(6) What Is the Scope of Complainant Participation?

[87] Complainant participation is a new procedural component introduced by the impugned provisions, and its scope has not been comprehensively defined by Bill C-51. Accordingly, we look to Parliament’s purpose in enacting Bill C-51 to inform what we consider to be the proper approach.

[88] Section 278.94(2) provides that a complainant is “not a compellable witness” at the Stage Two hearing, but may “appear and make submissions”. Section 278.94(3) directs that “[t]he judge shall, as soon as feasible, inform the complainant who participates in the [Stage Two] hearing of their right to be represented by counsel.”

[89] Where the presiding judge decides to hold a Stage One oral hearing to determine whether the record is capable of being admissible, the complainant’s participatory rights do not apply. Similarly, the complainant is not entitled to provide written submissions if the Stage One inquiry proceeds only as a written application. Parliament did not incorporate complainants’ participatory rights in s. 278.93 when referring to the Stage One inquiry. Complainants’ participatory rights are specifically attached to Parliament’s use of the word “hearing”, which refers to a Stage Two hearing.

des dossiers privés devraient être présentées avant le procès. Il y a une bonne raison à cela. Si les demandes en cours d’instance deviennent courantes, il y aura des ajournements plus fréquents, des retards importants, des difficultés relatives à l’établissement du calendrier — particulièrement lors des procès devant jury — et une possible injustice pour l’accusé. Les demandes en cours d’instance pourraient aussi donner lieu à un préjudice pour les plaignantes et dissuader le signalement d’infractions d’ordre sexuel ainsi que les poursuites relatives à celles-ci. Une demande en cours d’instance peut être dans « l’intérêt de la justice », par exemple, lorsque l’existence du dossier n’est découverte que pendant le procès.

(6) Quelle est l’étendue de la participation de la plaignante?

[87] La participation de la plaignante est un nouvel élément procédural introduit par les dispositions contestées et son étendue n’a pas été définie de manière exhaustive dans le projet de loi C-51. En conséquence, nous examinons l’objectif du Parlement lorsqu’il a adopté le projet de loi C-51 afin de déterminer ce qui sera, à notre avis, la bonne approche à adopter.

[88] Le paragraphe 278.94(2) prévoit qu’une plaignante ne peut « être contraint[e] à témoigner » lors de l’audience de la deuxième étape, mais peut « comparaître et présenter ses arguments ». Selon le par. 278.94(3), « [l]e juge est tenu d’aviser dans les meilleurs délais le plaignant qui participe à l’audience [de la deuxième étape] de son droit d’être représenté par un avocat. »

[89] Lorsque le juge décide de tenir une audience à la première étape du processus afin d’établir s’il y a des possibilités que le dossier soit admissible, les droits de participation de la plaignante ne s’appliquent pas. De même, la plaignante n’est pas autorisée à faire des observations écrites si l’analyse menée à la première étape se fonde uniquement sur une demande écrite. Le Parlement n’a pas intégré les droits de participation des plaignantes à l’art. 278.93 lorsqu’il fait référence à l’analyse de la première étape. Les droits de participation des plaignantes se rattachent précisément à l’utilisation par le Parlement du mot « audience », qui désigne une audience de la deuxième étape.

[90] The complainant participation provisions, ss. 278.94(2) and 278.94(3), apply to both s. 276 and private record applications. Within the statutory parameters we discuss below, the presiding judge retains significant discretion to determine the appropriate procedure in each case.

(a) *Complainant's Receipt of Application*

[91] While the complainant participation provisions do not directly address a complainant's receipt of the application, it can be reasonably inferred that the complainant must have sufficient knowledge of the record to meaningfully participate in the Stage Two hearing pursuant to s. 278.93(4) (if the presiding judge determines that such a hearing is necessary).

[92] Section 278.93(4) provides that the accused must provide a copy of the application to the prosecutor and clerk of the court. When the Crown receives the application prior to the Stage One inquiry, it should provide a general description of the nature of the record and of its relevance to an issue at trial to the complainant and/or the complainant's counsel. The seven-day notice period prior to Stage One provides the complainant with time to retain counsel in anticipation of the accused's application being granted under s. 278.93(4). At the same time, only a general description is required at this stage because it is not yet clear whether a Stage Two hearing involving the complainant will be required.

[93] If the presiding judge determines that the record is capable of being admissible under Stage One, the Crown should typically disclose the contents of the application to enable the complainant and/or the complainant's counsel to prepare for the Stage Two hearing. This facilitates the complainant's meaningful participation. This process is similar to the prior procedure for s. 276 applications in which the Crown had the discretion to consult with the complainant (*Darrach*, at para. 55).

[90] Les dispositions relatives à la participation des plaignantes, soit les par. 278.94(2) et 278.94(3), s'appliquent à la fois aux demandes fondées sur l'art. 276 et aux demandes concernant des dossiers privés. À l'intérieur des paramètres établis par la loi dont nous discutons plus loin, le juge conserve un vaste pouvoir discrétionnaire pour établir la procédure qu'il convient d'appliquer dans chaque cas.

a) *Réception de la demande par la plaignante*

[91] Bien que les dispositions sur la participation de la plaignante n'abordent pas directement la réception de la demande par celle-ci, on peut raisonnablement inférer que la plaignante doit avoir une connaissance suffisante du dossier pour participer de façon utile à l'audience de la deuxième étape en application du par. 278.93(4) (si le juge établit qu'une telle audience est nécessaire).

[92] Le paragraphe 278.93(4) prévoit que l'accusé doit fournir une copie de la demande au poursuivant et au greffier du tribunal. Lorsque le ministère public reçoit la demande avant que ne débute l'analyse menée à la première étape, il devrait donner à la plaignante et/ou à son avocat une description générale de la nature du dossier et de sa pertinence pour une question au procès. La période d'avis de sept jours précédant la première étape permet à la plaignante d'avoir le temps de retenir les services d'un avocat en prévision de l'approbation de la demande de l'accusé conformément au par. 278.93(4). Cependant, seule une description générale est requise à ce stade parce qu'il n'est pas encore clair si une audience de la deuxième étape mettant en cause la plaignante sera nécessaire.

[93] Si, à la première étape, le juge qui préside l'audience établit qu'il y a des possibilités que le dossier soit admissible, le ministère public devrait généralement communiquer le contenu de la demande afin que la plaignante et/ou son avocat puissent se préparer pour l'audience de la deuxième étape. Cette mesure facilite la participation utile de la plaignante. Ce processus ressemble à la procédure antérieure pour les demandes fondées sur l'art. 276, dans le cadre de laquelle le ministère public pouvait, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, consulter la plaignante (*Darrach*, par. 55).

[94] Receipt of the application after the presiding judge determines that the process should continue to Stage Two also allows the complainant to make an informed decision about the extent to which they wish to participate in the Stage Two hearing.

[95] A complainant's receipt of the application where a Stage Two hearing is required is a reflection of one of the components of the *audi alteram partem* principle: that those who will be affected by a proceeding be informed of the proceeding in addition to having an opportunity to be heard (*Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, at para. 29; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 27). It would be difficult for a complainant to "appear and make submissions" on the issue of the admissibility of their private records without information about what records are at issue and the purpose for which the accused proposes to adduce them.

[96] Importantly, the presiding judge retains the discretion to direct that the application not be disclosed to the complainant or that portions of it be redacted. This may arise based on a party's or the judge's own concerns about the impact of disclosure on trial fairness.

(b) *Complainant's Attendance and Submissions*

[97] The complainant participation provisions do not specify the extent to which complainants and/or their counsel can participate in the Stage Two hearing. In our view, both can attend the entire Stage Two hearing to facilitate meaningful participation. If there are concerns at the Stage Two hearing that a complainant's attendance would compromise trial fairness, the judge may, in their discretion, exclude the complainant as required.

[98] The provisions also do not specify the scope of complainants' submissions. In our opinion, subject to the judge's discretion to ensure trial fairness, meaningful participation allows complainants or their counsel to make oral and written submissions at the

[94] La réception de la demande après que le juge qui préside l'audience a établi que le processus devrait passer à la deuxième étape permet aussi à la plaignante de prendre une décision éclairée concernant l'étendue de sa participation à l'audience de la deuxième étape.

[95] La réception de la demande par la plaignante lorsqu'une audience de la deuxième étape est requise rend compte de l'un des éléments du principe d'*audi alteram partem* : soit celui que les personnes qui seront touchées par une procédure en soient informées et aient la possibilité d'être entendues par le tribunal (*Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, par. 29; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 27). Il serait difficile pour une plaignante de « comparaître et présenter ses arguments à l'audience » concernant la question de l'admissibilité de ses propres dossiers privés sans savoir quels dossiers sont en cause et la raison pour laquelle l'accusé veut les présenter en preuve.

[96] Qui plus est, le juge qui préside l'audience a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que la demande ne soit pas communiquée à la plaignante, ou que des parties de celle-ci soient caviardées. Cette décision peut découler des préoccupations d'une partie ou du juge concernant l'incidence de la communication sur l'équité du procès.

(b) *Comparution et arguments de la plaignante*

[97] Les dispositions concernant la participation de la plaignante ne précisent pas l'étendue de la participation de celle-ci et/ou de son avocat à l'audience de la deuxième étape. À notre avis, les deux peuvent être présents tout au long de l'audience de la deuxième étape afin de faciliter la participation utile. Si le juge craint que la présence de la plaignante lors de l'audience de la deuxième étape compromette l'équité du procès, il peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, exclure la plaignante au besoin.

[98] Les dispositions ne précisent pas non plus l'étendue des arguments de la plaignante. À notre avis, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge pour assurer l'équité du procès, la participation utile permet à la plaignante ou à son avocat de présenter

Stage Two hearing. There may be circumstances where complainants wish to provide either oral or written submissions, but not both. The presiding judge retains the discretion to permit this.

[99] Importantly, a complainant's right to make submissions does not extend to the trial itself. Complainants' participatory rights are strictly confined to the Stage Two hearing, and only regarding the admissibility of the evidence which the accused seeks to adduce.

(c) *Complainant's Ability to Cross-Examine and Lead Evidence*

[100] There are two reasons why, in our view, complainants do not have the right to cross-examine the accused in the Stage Two hearing, either directly or through counsel. First, the legislation makes no mention of a right to cross-examine. In other parts of the *Criminal Code* where Parliament has decided to confer a right of cross-examination, it has done so expressly (see, for example, ss. 117.13(2), 145(10), 347(6), and 672.5(11)).

[101] Second, prohibiting cross-examination does not prevent complainants or their counsel from participating meaningfully at the Stage Two hearing. Meaningful participation can occur through complainants' written or oral submissions. Where it is thought to be necessary to cross-examine the accused at the Stage Two hearing, it is within the sole prerogative of the Crown to do so.

[102] Similar principles apply to prevent complainants from leading evidence at the Stage Two hearing. Absent clear statutory language, complainants may not do so. Other *Criminal Code* provisions expressly grant third parties the right to lead evidence, such as victims in the victim impact statement process (ss. 722(3) and 722(9)). Should complainants have relevant evidence they wish to tender, this can be disclosed to the Crown and presented by the Crown if it so chooses.

des arguments oraux et écrits lors de l'audience de la deuxième étape. Il pourrait y avoir des situations où la plaignante souhaite présenter des arguments oraux ou écrits, mais non les deux. Le juge peut le permettre en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[99] Surtout, le droit d'une plaignante de présenter des arguments ne s'applique pas au procès lui-même. Les droits de participation de celle-ci sont strictement limités à l'audience de la deuxième étape et ne se rapportent qu'à l'admissibilité de la preuve que l'accusé veut produire.

c) *Capacité de la plaignante de contre-interroger et de produire une preuve*

[100] Il existe deux raisons pour lesquelles, à notre avis, la plaignante n'a pas le droit de contre-interroger l'accusé lors de l'audience de la deuxième étape, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de son avocat. D'abord, la loi ne mentionne aucun droit de contre-interroger. Dans d'autres parties du *Code criminel* où le Parlement a décidé de conférer un droit de contre-interroger, il l'a fait de façon expresse (voir, p. ex., les par. 117.13(2), 145(10), 347(6) et 672.5(11)).

[101] Ensuite, interdire le contre-interrogatoire n'empêche pas la plaignante ou son avocat de participer de façon utile à l'audience de la deuxième étape; cela peut se faire au moyen d'arguments écrits ou oraux de la plaignante. Lorsque l'on croit qu'il est nécessaire que l'accusé soit contre-interrogé lors de l'audience de la deuxième étape, seul le ministère public peut le faire sur le fondement de sa prérogative.

[102] Des principes semblables s'appliquent pour empêcher la plaignante de produire des éléments de preuve à l'audience de la deuxième étape. À défaut de texte législatif clair, la plaignante ne peut pas le faire. D'autres dispositions du *Code criminel* octroient expressément aux tiers le droit de produire des éléments de preuve, comme aux victimes dans le cadre du processus de déclarations des victimes (par. 722(3) et 722(9)). Dans le cas où une plaignante veut produire des éléments de preuve pertinents, elle peut les communiquer au ministère public qui les produira s'il le veut.

(7) Are Motions for Direction Permitted, and Can Complainants Participate?

[103] In light of the uncertainty regarding the scope of records, some defence counsel have on occasion brought a motion for directions before engaging in the procedure under ss. 278.92 to 278.94, to determine whether the particular evidence comes within the definition of a “record” under s. 278.1. Motions for directions are not explicitly contemplated by the statutory language of the record screening regime: they are purely a discretionary exercise of the presiding judge’s trial management power.

[104] The test we have articulated for interpreting s. 278.1 is designed to assist counsel and judges in reducing the need for motions for directions. However, in cases where the accused does bring a motion for directions, the presiding judge must decide whether the proposed evidence is a “record”. Where, in the opinion of the judge, the evidence is clearly a “record”, the judge should deal with the matter summarily and order the accused to proceed with a private record application. Equally, where the judge is uncertain whether the proposed evidence is a “record”, they should instruct the accused to proceed with an application. Only if the judge is clearly satisfied that the proposed evidence does not constitute a “record” should they direct that the accused need not bring an application.

[105] In deciding the motion for directions, we are of the view that the presiding judge retains the discretion to provide notice to complainants and allow them to participate. This discretion is available to the judge because the motion for directions itself involves an exercise of the trial management power.

(8) Do Complainants Have Appeal Rights Under the Impugned Provisions?

[106] Complainants are only participants at the Stage Two hearing, not parties to the trial proceeding

(7) Les requêtes visant à obtenir des directives sont-elles permises et la plaignante peut-elle y prendre part?

[103] Compte tenu de l’incertitude concernant la portée des dossiers, certains procureurs de la défense ont, à quelques occasions, présenté une requête visant à obtenir des directives avant d’entreprendre la procédure prévue aux art. 278.92 à 278.94, afin de savoir si des éléments de preuve précis sont visés par la définition de « dossier » de l’art. 278.1. Les requêtes visant à obtenir des directives ne sont pas expressément prévues dans le texte législatif du régime d’examen des dossiers : elles relèvent strictement d’un exercice discrétionnaire du pouvoir de gestion de l’instance du juge.

[104] Le cadre d’analyse que nous avons formulé pour l’interprétation de l’art. 278.1 est conçu pour aider les avocats et les juges, de manière à réduire la nécessité de présenter des requêtes visant à obtenir des directives. Toutefois, dans les affaires où l’accusé présente une telle requête, le juge qui préside l’audience doit décider si la preuve en cause est un « dossier ». Lorsque, de l’avis du juge, il est clair que la preuve est un « dossier », le juge doit traiter la question sommairement et ordonner à l’accusé de procéder à une demande concernant un dossier privé. De la même manière, lorsque le juge n’est pas certain si la preuve en cause est un « dossier », il doit donner pour instruction à l’accusé de présenter une demande. Ce n’est que si le juge est nettement convaincu que la preuve en cause ne constitue pas un « dossier » qu’il doit indiquer à l’accusé qu’il n’a pas à présenter une demande.

[105] Lorsqu’il tranche une requête visant à obtenir des directives, le juge qui préside l’audience a, à notre avis, le pouvoir discrétionnaire d’aviser la plaignante et de lui permettre de participer. Le juge dispose de ce pouvoir parce que la requête visant à obtenir des directives comporte elle-même un exercice du pouvoir de gestion de l’instance.

(8) La plaignante a-t-elle un droit d’appel au titre des dispositions contestées?

[106] La plaignante n’est qu’une participante à l’audience de la deuxième étape; elle n’est pas une partie

itself. In the vast majority of cases, there will be no further recourse if they are unsatisfied with a decision to admit s. 276 evidence or a private record at trial. Parliament did not contemplate appeal rights for complainants in the statutory language of ss. 278.92 to 278.94.

[107] However, complainants do have the ability to appeal a Stage Two hearing decision using the two limited appeal routes that already exist for third party interlocutory appeals in criminal cases: (1) challenging a provincial court order through an application for *certiorari* in superior court; or (2) seeking leave to appeal to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 (A. (L.L.), at para. 24).

[108] As with all interlocutory criminal appeals, these appeal routes are extremely limited. *Certiorari* applications by third parties are limited to jurisdictional errors and errors of law on the face of the record, if the order has a final and conclusive character (*R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, at para. 12). Since the determination of whether to admit the evidence is a discretionary decision made by the judge, absent exceptional circumstances, complainants are unlikely to succeed on *certiorari* applications.

[109] Leave to appeal to this Court is similarly narrow as an appeal route for complainants. We granted leave to appeal to A.S. in this matter because novel constitutional issues were raised. Interlocutory appeals of criminal matters before this Court, absent clear constitutional issues, are exceedingly rare.

[110] Judges must always be mindful of the challenges inherent in interlocutory criminal appeals, having particular regard to the principle of judicial economy, the potential disruption of jury trials, and the risk of running afoul of the accused's s. 11(b)

au procès en tant que tel. Dans la grande majorité des cas, elle ne disposera d'aucun autre recours si elle est insatisfaite d'une décision déclarant admissible au procès une preuve relevant de l'art. 276 ou un dossier privé. Le Parlement n'a pas prévu de droits d'appel pour les plaignantes dans le texte législatif des art. 278.92 à 278.94.

[107] Cependant, la plaignante a la capacité d'interjeter appel d'une décision prise au terme de l'audience de la deuxième étape au moyen des deux voies d'appel limitées qui existent déjà pour les appels interlocutoires interjetés par des tiers dans les affaires criminelles : (1) contester une ordonnance d'une cour provinciale au moyen d'une demande de *certiorari* en cour supérieure; ou (2) demander l'autorisation d'interjeter appel à la Cour conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26 (A. (L.L.), par. 24).

[108] Comme pour tous les appels interlocutoires en matière criminelle, ces moyens d'appel sont extrêmement limités. Les demandes de *certiorari* présentées par des tiers ne peuvent viser que des erreurs de compétence et des erreurs de droit manifestes à la lecture du dossier, si l'ordonnance a un caractère définitif et contraignant (*R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87, par. 12). Étant donné que la décision d'admettre ou non la preuve est une décision discrétionnaire prise par le juge, à moins de circonstances exceptionnelles, il est peu probable que la demande de *certiorari* d'une plaignante soit accueillie.

[109] La demande d'autorisation d'appel à la Cour est aussi une voie d'appel restreinte pour les plaignantes. Nous avons accueilli la demande d'autorisation d'appel de A.S. dans la présente affaire parce que de nouvelles questions constitutionnelles y étaient soulevées. Il est extrêmement rare que la Cour instruisse des appels interlocutoires dans des affaires criminelles en l'absence de questions constitutionnelles claires.

[110] Les juges doivent toujours garder à l'esprit les difficultés inhérentes aux appels interlocutoires en matière criminelle, en tenant particulièrement compte du principe de l'économie judiciaire, de la perturbation potentielle des procès avec jury et

Charter rights. Accordingly, interlocutory appeals arising out of s. 276 or private record applications should be rare and restricted to clearly exceptional circumstances.

B. *Charter Analysis*

[111] Having interpreted the relevant provisions, we turn now to their constitutionality. Our constitutional analysis focuses on the new elements introduced by the impugned provisions: the record screening regime and the complainant participation provisions. The constitutionality of the general procedure for s. 276 applications is not before us and was resolved by this Court in *Darrach*.

[112] The respondents J.J. and Mr. Reddick contend that the impugned provisions violate three fundamental rights guaranteed to accused persons under the *Charter*: the right to silence and privilege against self-incrimination under ss. 7 and 11(c); the right to a fair trial under ss. 7 and 11(d); and the right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d). We begin with the relevant framework under which the *Charter* analysis must be conducted.

(1) Analytical Framework

[113] In *Mills*, the Court used s. 7 of the *Charter* as the governing analytical framework to assess the constitutionality of the third party production regime for complainant records. Similarly, in *Darrach*, this Court assessed the constitutionality of the s. 276 regime under s. 7 of the *Charter*. While violations under s. 11 of the *Charter* were also alleged in these cases, the s. 7 analysis was dispositive. Similarly, in these appeals, ss. 7 and 11(d) are co-extensive with the exception of J.J.'s arguments regarding overbreadth of the record screening regime, which must be properly analyzed under s. 7. Any concerns regarding self-incrimination due to defence disclosure can be addressed through the concepts of full answer and defence and trial fairness rights embodied in the

du risque d'atteinte aux droits que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à l'accusé. En conséquence, les appels interlocutoires découlant des demandes fondées sur l'art. 276 ou concernant des dossiers privés devraient être rares et limités à des circonstances manifestement exceptionnelles.

B. *Analyse fondée sur la Charte*

[111] Ayant interprété les dispositions pertinentes, nous nous penchons maintenant sur leur constitutionnalité. Notre analyse constitutionnelle est axée sur les nouveaux éléments introduits par les dispositions contestées : le régime d'examen des dossiers et les dispositions relatives à la participation de la plaignante. Nous ne sommes pas saisis de la question de la constitutionnalité de la procédure générale encadrant les demandes fondées sur l'art. 276, celle-ci ayant été tranchée par la Cour dans l'arrêt *Darrach*.

[112] Les intimés J.J. et M. Reddick soutiennent que les dispositions contestées violent trois droits fondamentaux que garantit la *Charte* aux personnes accusées, soit : le droit au silence et le privilège contre l'auto-incrimination protégés par l'art. 7 et l'al. 11c); le droit à un procès équitable protégé par l'art. 7 et l'al. 11d); et le droit de présenter une défense pleine et entière protégé par l'art. 7 et l'al. 11d). Nous examinons d'abord le cadre approprié en vertu duquel l'analyse fondée sur la *Charte* doit être effectuée.

(1) Cadre d'analyse

[113] Dans l'arrêt *Mills*, la Cour a utilisé l'art. 7 de la *Charte* comme cadre d'analyse applicable afin d'évaluer la constitutionnalité du régime de production des dossiers de la plaignante en la possession de tiers. De même, dans l'arrêt *Darrach*, la Cour a évalué la constitutionnalité du régime de l'art. 276 conformément à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que des violations de l'art. 11 de la *Charte* étaient aussi alléguées dans ces affaires, l'analyse fondée sur l'art. 7 était déterminante. De façon similaire, dans les présents pourvois, l'art. 7 et l'al. 11d) ont la même portée, à l'exception des arguments de J.J. concernant la portée excessive du régime d'examen des dossiers, qui doivent être dûment analysés eu égard à l'art. 7. Toute préoccupation relative à l'auto-incrimination découlant de la

ss. 7 and 11(d) analysis. Concerns about testimonial compulsion fall under s. 11(c), but they pose no problem here because accused persons are not compelled to testify.

[114] Our colleagues Brown J. and Rowe J. object to our analytical framework on the basis that s. 11(d) should be analyzed before s. 7, which is more “general”. Our *Charter* analysis considers the relevance of both ss. 7 and 11(d), which this Court has long recognized are “inextricably intertwined” (*Mills*, at para. 69, quoting *Seaboyer*, at p. 603). Following the approach adopted by this Court for decades, we assess these rights together where they are co-extensive and separately where a concern falls specifically under one of the rights (see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 536-38; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 460; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 494; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, at para. 19; *Darrach*; *Mills*, at para. 69). Accordingly, we consider the rights to a fair trial and to make full answer and defence separately from overbreadth, which is specifically enshrined as a principle of fundamental justice within s. 7. Moreover, we agree with our colleagues’ assertion that s. 7 should not be used to “limit” the specific guarantees in ss. 8 to 14. Our conclusion that the ss. 7 and 11(d) analysis is co-extensive in these appeals should not be misconstrued as an “internal limiting” of s. 11(d) using s. 7 principles.

[115] Further, our approach in these appeals should not be interpreted as a principle of broader application when accused persons raise both ss. 7 and 11(d) in future *Charter* cases. The appropriate methodology for assessing multiple *Charter* breaches alleged by the accused may depend on the factual record, the nature of the *Charter* rights at play, and how they intersect. This Court has repeatedly affirmed that

communication des moyens de défense peut être abordée dans l’analyse des notions de droits à une défense pleine et entière et à un procès équitable compris à l’art. 7 et l’al. 11d). Les préoccupations relatives à l’obligation de témoigner relèvent de l’al. 11c), mais elles ne se posent pas en l’espèce car les personnes accusées ne sont pas tenues de témoigner.

[114] Nos collègues les juges Brown et Rowe s’opposent à notre cadre d’analyse au motif qu’il faudrait analyser l’al. 11d) avant l’art. 7, qui est plus « général ». Notre analyse fondée sur la *Charte* prend en compte la pertinence à la fois de l’art. 7 et de l’al. 11d), deux dispositions que la Cour reconnaît depuis longtemps comme étant « inextricablement lié[e]s » (*Mills*, par. 69, citant *Seaboyer*, p. 603). D’après l’approche adoptée par la Cour depuis des décennies, nous évaluons ces droits ensemble lorsqu’ils ont la même portée et séparément lorsqu’une préoccupation concerne précisément l’un d’eux (voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 536-538; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 460; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 494; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, par. 19; *Darrach*; *Mills*, par. 69). En conséquence, nous examinons les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière séparément de la portée excessive, laquelle est expressément consacrée à titre de principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. En outre, nous souscrivons à l’affirmation de nos collègues suivant laquelle l’art. 7 ne devrait pas servir à « limiter » les garanties précises des art. 8 à 14. Notre conclusion que l’analyse de l’art. 7 et celle de l’al. 11d) ont la même portée dans les présents pourvois ne devrait pas être considérée à tort comme « limit[ant] de façon intrinsèque » l’al. 11d) au moyen des principes dont il est question à l’art. 7.

[115] De plus, l’approche que nous adoptons dans les présents pourvois ne devrait pas être interprétée comme un principe d’application générale lorsque les personnes accusées invoquent l’art. 7 et l’al. 11d) dans de futures affaires liées à la *Charte*. La méthode qu’il convient d’employer pour évaluer de multiples violations de la *Charte* alléguées par l’accusé peut dépendre des faits de l’espèce, de la nature des

the methodology for assessing multiple alleged *Charter* breaches is highly context- and fact-specific (*R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, at para. 37; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 36; *Mills*, at para. 63; F. Iacobucci, “‘Reconciling Rights’ The Supreme Court of Canada’s Approach to Competing Charter Rights” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 137, at p. 156).

(2) Key Principles of Section 7 of the *Charter*

[116] A claimant must follow two analytical steps to establish that a law breaches s. 7 of the *Charter*: they must demonstrate that (1) the impugned provisions result in the deprivation of life, liberty or security of the person; and that (2) the deprivation violates principles of fundamental justice. These appeals engage both procedural principles of fundamental justice (the rights to a fair trial and to make full answer and defence, and the privilege against self-incrimination) and substantive principles of fundamental justice (overbreadth).

[117] As stated in *Mills*, we accept that the right to liberty in the first stage of the s. 7 analysis is engaged because the accused “faces the possibility of imprisonment” (para. 62). Accordingly, our s. 7 analysis focuses on the second analytical step — the alleged breaches of the principles of fundamental justice.

[118] Section 7 requires the principles of fundamental justice to be balanced relationally. The emphasis on an accused’s fair trial rights under s. 7 should be primary (*Shearing*, at paras. 130-32; *Mills*, at para. 94; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (7th ed. 2018), at pp. 284-86; K. Roach, “The Protection of Innocence Under Section 7 of the Charter” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 249, at pp. 280-81). But the spectrum of interests reflected in the principles of fundamental justice requires a court to avoid viewing any particular principle in isolation from the others (*Mills*, at para. 73). And “[n]o single principle is absolute and capable of trumping the others; all

droits protégés par la *Charte* en jeu et de la manière dont ils se recoupent. La Cour a affirmé à maintes reprises que la méthode pour ce faire est fortement tributaire du contexte et des faits (*R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 37; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 36; *Mills*, par. 63; F. Iacobucci, « “Reconciling Rights” The Supreme Court of Canada’s Approach to Competing Charter Rights » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 137, p. 156).

(2) Principes clés de l’art. 7 de la *Charte*

[116] Un demandeur doit suivre deux étapes analytiques pour établir qu’une règle de droit contrevient à l’art. 7 de la *Charte* : il doit démontrer que (1) les dispositions contestées donnent lieu à une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne; et que (2) l’atteinte viole les principes de justice fondamentale. Les présents pourvois mettent en cause à la fois les principes procéduraux de justice fondamentale (les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière, et le principe interdisant l’auto-incrimination) et les principes de fond de la justice fondamentale (portée excessive).

[117] Comme il est énoncé dans l’arrêt *Mills*, nous reconnaissons que le droit à la liberté à la première étape de l’analyse fondée sur l’art. 7 est mis en cause parce que l’accusé « est passible d’emprisonnement » (par. 62). En conséquence, notre analyse fondée sur l’art. 7 est axée sur la seconde étape analytique — les violations alléguées des principes de justice fondamentale.

[118] L’article 7 exige que les principes de justice fondamentale soient soupesés les uns par rapport aux autres. Il est essentiel de mettre l’accent sur les droits de l’accusé à un procès équitable au titre de l’art. 7 (*Shearing*, par. 130-132; *Mills*, par. 94; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (7^e éd. 2018), p. 284-286; K. Roach, « The Protection of Innocence Under Section 7 of the Charter » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 249, p. 280-281). Toutefois, la gamme d’intérêts que reflètent les principes de justice fondamentale exige que le tribunal évite d’examiner un principe donné indépendamment des autres (*Mills*, par. 73). De plus, « [a]ucun de ces principes n’est

must be defined in light of competing claims” (*Mills*, at para. 61).

[119] Unlike in *Mills*, complainants’ s. 8 rights are not engaged in these appeals because the state does not compel production of complainants’ records. However, like in *Darrach*, the privacy, dignity, and equality interests of complainants are at play in the course of a criminal trial for a sexual offence.

[120] In *Darrach*, this Court further recognized that encouraging the reporting of sexual violence and protecting the security and privacy of witnesses were relevant principles of fundamental justice in the context of protecting complainants in sexual offence trials (para. 25). Elaine Craig explains the uniquely invasive nature of sexual offence trials and the privacy implications that result: “Simply put, sex, and all things related, are socially constructed as deeply private. The impact of an intrusion into the privacy of a sexual offence complainant will often be qualitatively worse than a similar breach with respect to the alleged victim of a fraud or theft, for example” (“Private Records, Sexual Activity Evidence, and the *Charter of Rights and Freedoms*” (2021), 58 *Alta. L. Rev.* 773, at pp. 801-2; see also *Mills*, at para. 91, citing *M. (A.)*, at para. 30). As a result, *Darrach* adopted a similar approach to *Mills*, despite the fact that the s. 276 regime was about admissibility of evidence rather than state-compelled production and thus s. 8 was not engaged (paras. 23-24 and 28).

[121] Accordingly, our analysis of the principles of fundamental justice under s. 7 adopts the balancing process that was applied in *Mills* and *Darrach*. Like s. 11(d), the right to make full answer and defence and the right to a fair trial are considered from the perspectives of the accused, the complainant, the community and the criminal justice system at large (*O’Connor*, at paras. 193-94, per McLachlin J., as she

absolu et n’est susceptible de l’emporter sur les autres; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées » (*Mills*, par. 61).

[119] Contrairement à l’affaire *Mills*, les droits de la plaignante protégés par l’art. 8 ne sont pas en jeu dans les présents pourvois parce que l’État n’ordonne pas la production des dossiers de la plaignante. Toutefois, comme dans l’arrêt *Darrach*, les intérêts relatifs à la vie privée, à la dignité et à l’égalité de la plaignante sont en jeu lors d’un procès criminel pour infraction d’ordre sexuel.

[120] Dans l’arrêt *Darrach*, la Cour a reconnu en outre qu’encourager la dénonciation de la violence sexuelle et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins sont des principes de justice fondamentale applicables dans le contexte de la protection des plaignantes lors de procès portant sur des infractions d’ordre sexuel (par. 25). Elaine Craig explique le caractère particulièrement attentatoire des procès portant sur des infractions d’ordre sexuel et les répercussions sur la vie privée qui en découlent : [TRADUCTION] « En résumé, le sexe, et tout ce qui y est relié, est socialement considéré comme profondément privé. L’incidence d’une atteinte à la vie privée pour une plaignante dans une affaire d’infraction d’ordre sexuel sera souvent pire sur le plan qualitatif qu’une atteinte semblable pour une victime présumée de fraude ou de vol, par exemple » (« Private Records, Sexual Activity Evidence, and the *Charter of Rights and Freedoms* » (2021), 58 *Alta. L. Rev.* 773, p. 801-802; voir aussi *Mills*, par. 91, citant *M. (A.)*, par. 30). En conséquence, une approche semblable à celle de l’arrêt *Mills* a été adoptée dans l’arrêt *Darrach*, malgré le fait que le régime de l’art. 276 portait sur l’admissibilité de la preuve plutôt que sur sa production sous la contrainte de l’État, l’art. 8 n’étant donc pas en jeu (par. 23-24 et 28).

[121] En conséquence, notre analyse des principes de justice fondamentale au titre de l’art. 7 adopte le processus de mise en balance qui a été appliqué dans les arrêts *Mills* et *Darrach*. Comme l’al. 11d), le droit à une défense pleine et entière et le droit à un procès équitable sont envisagés du point de vue de l’accusé, de la plaignante, de la collectivité et du système de justice criminelle dans son ensemble (*O’Connor*,

then was). In this manner, ss. 7 and 11(d) are complementary. As previously mentioned, the framework for analyzing multiple *Charter* breaches is context- and fact-specific. The Court recently demonstrated the highly context-specific nature of this assessment in *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374, at para. 70. In these appeals, the correct approach to “balancing” under s. 7 is similar to *Mills* and *Darrach*, due to the nature of the alleged *Charter* infringements and the highly invasive privacy consequences for complainants that follow directly from their participation in a trial for a sexual offence in open court.

[122] This approach is not contrary to this Court’s jurisprudence in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, which indicate that “competing moral claims and broad societal benefits are more appropriately considered at the stage of justification under s. 1” rather than under s. 7 (*Carter*, at para. 79). Here, we are not balancing “competing moral claims” but rather assessing the fairness of trial procedures. Nothing in those decisions prohibits the “full appreciation of [the relevant] principles of fundamental justice as they operate within a particular context” (*Mills*, at para. 63).

(3) Key Principles of Section 11(d) of the *Charter*

[123] Section 11(d) states that any person charged with an offence has the right “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”. The principles of trial fairness and the accused’s right to make a full answer and defence are expressions of procedural principles of fundamental justice under s. 7, and are also embodied in s. 11(d) (*R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 15; *Mills*, at para. 69).

par. 193-194, la juge McLachlin, plus tard juge en chef). De cette façon, l’art. 7 et l’al. 11d) sont complémentaires. Comme il a déjà été mentionné, le cadre d’analyse pour de multiples violations de la *Charte* est tributaire du contexte et des faits. La Cour a récemment démontré la nature hautement contextuelle de cette évaluation dans l’arrêt *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374, par. 70. Dans les présents pourvois, la bonne approche relative à la « mise en balance » au regard de l’art. 7 est semblable à celle adoptée dans les arrêts *Mills* et *Darrach*, en raison de la nature des violations alléguées de la *Charte* et des conséquences très attentatoires à la vie privée pour les plaignantes qui découlent directement de leur participation à un procès pour infraction d’ordre sexuel lors de procédures judiciaires publiques.

[122] Cette approche ne va pas à l’encontre des décisions rendues par la Cour dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, qui indiquent qu’« [i]l convient [davantage] d’étudier ces prétentions morales opposées et avantages généraux pour la société à l’étape de la justification au regard de l’article premier de la *Charte* » plutôt qu’au regard de l’art. 7 (*Carter*, par. 79). Ici, nous ne sommes pas en train de mettre en balance des « prétentions morales opposées », mais d’évaluer le caractère équitable des procédures judiciaires. Ces décisions ne font aucunement obstacle à une « compréhension complète de la façon dont [l]es principes de justice fondamentale [pertinents] s’appliquent dans un contexte donné » (*Mills*, par. 63).

(3) Principes clés de l’al. 11d) de la *Charte*

[123] L’alinéa 11d) prévoit que tout inculpé a le droit « 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 ». Les principes d’équité du procès et du droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière sont des expressions des principes procéduraux de justice fondamentale dont il est question à l’art. 7, et sont aussi consacrés à l’al. 11d) (*R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 15; *Mills*, par. 69).

[124] The key principles of s. 11(d) that apply in the present case are as follows: (1) an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt; (2) the state must bear the burden of proof; and (3) criminal prosecutions must be carried out in accordance with due process (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 121).

[125] Section 11(d) does not guarantee “the most favourable procedures imaginable” for the accused, nor is it automatically breached whenever relevant evidence is excluded (*Goldfinch*, at para. 30; *Quesnelle*, at para. 64). As this Court affirmed in *Darrach*, an accused is not “entitled to have procedures crafted that take only [their] interests into account. Still less [are they] entitled to procedures that would distort the truth-seeking function of a trial by permitting irrelevant and prejudicial material at trial” (para. 24). Nor is the broad principle of trial fairness assessed solely from the accused’s perspective. Crucially, as this Court stated in *Mills*, fairness is also assessed from the point of view of the complainant and community (para. 72, citing *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 198). We now turn to consider the constitutionality of each of the impugned provisions.

(4) Section 278.92 — Threshold for Admissibility

[126] As a preliminary point, we emphasize that the record screening regime clearly does not render essential evidence inadmissible, such as prior inconsistent statements for the purpose of credibility or reliability assessments. Where the balance tips in favour of admitting the evidence because of its significance to the defence, it will be admitted for that purpose. By the same token, the record screening regime prohibits the accused from using the evidence for impermissible, myth-based purposes — just like the s. 276 regime. This is not a novel proposition. Indeed, no evidence can be admitted unless it meets the relevance and materiality thresholds for admissibility (*Seaboyer*, at p. 609; *Goldfinch*, at para. 30).

[124] Les principes clés de l’al. 11d) qui s’appliquent dans le cas qui nous occupe sont les suivants : (1) la culpabilité de la personne doit être établie hors de tout doute raisonnable; (2) c’est à l’État qu’incombe la charge de la preuve; et (3) les poursuites criminelles doivent se dérouler d’une manière conforme à l’application régulière de la loi (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 121).

[125] L’alinéa 11d) ne garantit pas « les procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer » pour l’accusé, et il n’y a pas automatiquement atteinte au droit qui y est prévu lorsqu’une preuve pertinente est exclue (*Goldfinch*, par. 30; *Quesnelle*, par. 64). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Darrach*, un accusé n’a pas « le droit de bénéficier de procédures qui ne tiennent compte que de ses intérêts. Il a encore moins le droit de bénéficier de procédures qui dénatureraient la fonction de recherche de la vérité d’un procès en permettant la communication au procès d’éléments de preuve non pertinents et préjudiciables » (par. 24). Le principe général d’équité du procès ne doit pas non plus être considéré uniquement du point de vue de l’accusé. Fait crucial, comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Mills*, l’équité est aussi considérée du point de vue de la plaignante et de la collectivité (par. 72, citant *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, p. 198). Nous examinerons maintenant la constitutionnalité de chacune des dispositions contestées.

(4) Article 278.92 — Critère d’admissibilité

[126] Tout d’abord, nous soulignons que le régime d’examen des dossiers ne rend manifestement pas inadmissibles les éléments de preuve essentiels, comme des déclarations antérieures incompatibles aux fins d’évaluation de la crédibilité ou de la fiabilité. Lorsque la balance penche en faveur de l’admission de la preuve en raison de son importance pour la défense, elle sera admise pour ce motif. Dans le même ordre d’idées, le régime d’examen des dossiers interdit à l’accusé d’utiliser les éléments de preuve à des fins non permises et fondées sur des mythes — tout comme le régime de l’art. 276. Il ne s’agit pas d’une nouvelle proposition. En effet, aucune preuve ne peut être admise si elle ne répond pas aux critères d’admissibilité voulant qu’elle soit pertinente et substantielle (*Seaboyer*, p. 609; *Goldfinch*, par. 30).

(a) *Section 278.92 Does Not Impair Fair Trial Rights*

[127] Section 278.92(2)(b) establishes that private records are only admissible if “the evidence is relevant to an issue at trial and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. Similarly, this admissibility threshold is one of the conditions for s. 276 evidence, codified in s. 276(2)(d) (as directed now by s. 278.92(2)(a)) and constitutionally upheld in *Darrach*.

[128] The respondents J.J. and Mr. Reddick argue that the admissibility threshold for private records violates the accused’s right to a fair trial because it impairs their right to make full answer and defence. Specifically, the concern is that the accused will be prevented from adducing relevant and probative evidence in their defence.

[129] The record screening regime embodies the fundamental principle governing the law of evidence: “. . . relevant evidence should be admitted, and irrelevant evidence excluded, subject to the qualification that the value of the evidence must outweigh its potential prejudice to the conduct of a fair trial” (*Seaboyer*, at p. 631). An accused’s right to a fair trial does not include the unqualified right to have all evidence in support of their defence admitted. Many exclusionary rules exist in Canadian criminal law to prevent the Crown or defence from distorting the truth-seeking function of the trial process, which is an integral component of trial fairness (*Mills*, at para. 74).

[130] Moreover, when assessing the prejudicial effect, or the “costs”, of admitting potential evidence, trial judges should consider its effect on all aspects of trial fairness, including “the practicalities of its presentation, the fairness to the parties and to witnesses, and the potentially distorting effect the evidence can have on the outcome of the case” (D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at p. 47 (emphasis added)). In the present context, trial judges must consider the

a) *L’article 278.92 ne porte pas atteinte aux droits à un procès équitable*

[127] L’alinéa 278.92(2)b) établit que les dossiers privés ne sont admissibles que s’ils sont « en rapport avec un élément de la cause et que le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante ». De même, ce critère d’admissibilité est l’une des conditions pour la preuve relevant de l’art. 276, codifié à l’al. 276(2)d) (comme le prévoit maintenant l’al. 278.92(2)a)) et confirmée sur le plan constitutionnel dans l’arrêt *Darrach*.

[128] Les intimés J.J. et M. Reddick soutiennent que le critère d’admissibilité pour les dossiers privés viole le droit de l’accusé à un procès équitable parce qu’il porte atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Plus précisément, ils craignent que l’accusé ne puisse pas présenter d’éléments de preuve pertinents et probants dans sa défense.

[129] Le régime d’examen des dossiers donne forme au principe fondamental régissant le droit de la preuve : « . . . les preuves pertinentes devraient être admises (et les preuves non pertinentes ne pas l’être) pourvu que leur valeur probante l’emporte sur l’effet préjudiciable qu’elles peuvent avoir sur le déroulement d’un procès équitable » (*Seaboyer*, p. 631). Le droit d’un accusé à un procès équitable ne comprend pas le droit absolu à ce que tous les éléments de preuve à l’appui de sa défense soient admis. De nombreuses règles d’exclusion existent en droit criminel canadien afin d’empêcher le ministère public ou la défense de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire, qui fait partie intégrante de l’équité du procès (*Mills*, par. 74).

[130] De plus, au moment d’évaluer l’effet préjudiciable ou le « coût » de l’admission d’une preuve potentielle, le juge du procès devrait tenir compte de l’effet de celle-ci sur tous les aspects de l’équité du procès, notamment [TRADUCTION] « les considérations pratiques de sa présentation, l’équité envers les parties et les témoins, ainsi que l’effet de distorsion que peut avoir la preuve sur l’issue de l’affaire » (D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8^e éd. 2020), p. 47 (nous soulignons)).

“prejudicial effect” of admitting a record as evidence at trial, which includes the effect on complainants whose private information is implicated.

[131] In *Darrach*, at para. 39, this Court found that the phrase “significant probative value” in the s. 276 context simply requires that the evidence not “be so trifling as to be incapable, in the context of all the evidence, of raising a reasonable doubt”. The Court used language that specified that its analysis on the threshold was specific to s. 276, noting: “In light of the purposes of s. 276, the use of the word ‘significant’ is consistent with both the majority and the minority reasons in *Seaboyer*” (para. 41 (emphasis added)). However, at para. 26, *Darrach* recognized the analogous legislative purposes behind the s. 276 regime and the third party production regime, which relies on s. 278.1:

The Court in *Mills* upheld the constitutionality of the provisions in the *Criminal Code* that control the use of personal and therapeutic records in trials of sexual offences. The use of these records in evidence is analogous in many ways to the use of evidence of prior sexual activity, and the protections in the *Criminal Code* surrounding the use of records at trial are motivated by similar policy considerations. [Emphasis added.]

The similarity between the use of s. 276 and s. 278.1 evidence recognized in *Darrach* supports our view that the admissibility threshold in s. 278.92(2)(b) is constitutional.

[132] An important similarity between s. 276 evidence and private records is that they both seek to protect complainants against harmful myths and stereotypes. Specifically, a key purpose of s. 276 is to prevent the accused from adducing evidence that engages the “twin myths” about sexual offence complainants: that complainants are more likely to have consented or are less worthy of belief by reason

Dans le contexte qui nous occupe, le juge du procès doit prendre en considération l’« effet préjudiciable » de l’admission d’un dossier en preuve au procès, qui comprend l’effet sur la plaignante dont les renseignements privés sont en cause.

[131] Dans l’arrêt *Darrach*, par. 39, la Cour a conclu que l’expression « valeur probante » (« *significant probative value* ») dans le contexte de l’art. 276 exige simplement que la preuve ne soit pas « négligeable au point de ne pouvoir soulever aucun doute raisonnable compte tenu de l’ensemble de la preuve ». La Cour a utilisé une formulation qui précisait que son analyse sur le critère était propre à l’art. 276, soulignant : « Compte tenu des objets de l’art. 276, l’emploi du mot “*significant*” dans le texte anglais est compatible avec les motifs des juges majoritaires et des juges dissidents dans l’arrêt *Seaboyer* » (par. 41 (nous soulignons)). Toutefois, l’arrêt *Darrach*, par. 26, reconnaît les objectifs législatifs analogues qui sous-tendent le régime de l’art. 276 et le régime de production des dossiers en la possession de tiers, qui est fondé sur l’art. 278.1 :

Dans l’arrêt *Mills*, la Cour a confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui régissent l’utilisation des dossiers thérapeutiques et personnels dans les procès pour des infractions d’ordre sexuel. L’utilisation de ces dossiers en preuve est analogue à bien des égards à l’utilisation d’une preuve de comportement sexuel antérieur, et les protections du *Code criminel* qui ont trait à l’utilisation de dossiers au procès reposent sur des considérations de principe similaires. [Nous soulignons.]

La similarité entre l’utilisation de la preuve relevant de l’art. 276 et celle relevant de l’art. 278.1 reconnue dans l’arrêt *Darrach* étaye notre point de vue selon lequel le critère d’admissibilité énoncé à l’al. 278.92(2)(b) est constitutionnel.

[132] Une importante similarité entre la preuve relevant de l’art. 276 et les dossiers privés est qu’ils visent tous les deux à protéger la plaignante contre des mythes et stéréotypes préjudiciables. Plus particulièrement, l’art. 276 a pour objet essentiel d’empêcher que l’accusé produise des éléments de preuve qui mettent en jeu les « deux mythes » concernant les plaignantes dans les affaires d’infraction d’ordre

of past sexual activity that they engaged in (*Darrach*, at para. 32). While the enumerated records in s. 278.1 do not necessarily engage the twin myths, which relate specifically to prior sexual activity, this Court has recognized that many other problematic myths and stereotypes may be at play — e.g., individuals who consult with mental health professionals are not credible and reliable; failure to immediately report a sexual offence means that it did not occur; drug and alcohol use demonstrates bad character; a “real victim” will avoid all contact with the perpetrator after the fact (*Mills*, at para. 119; see also *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at pp. 871-72; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 134). Our colleague Brown J.’s dissenting reasons focus only on the “twin myths” implicated specifically by s. 276 evidence; they fail to meaningfully recognize the risks posed by other myths, including those listed above.

[133] In sum, the right to make full answer and defence will only be violated if the accused is prevented from adducing relevant and material evidence, the probative value of which is not outweighed by its prejudicial effect. Section 278.92 does no such thing. With respect to private record applications, the admissibility threshold in s. 278.92(2)(b) and the factors in s. 278.92(3) require the judge to weigh the potential prejudice arising from the proposed evidence, including whether it is myth-based or unjustifiably intrusive on a complainant’s privacy, against the extent of its probative value. It follows, in our view, that the admissibility threshold in s. 278.92(2) does not breach ss. 7 or 11(d) of the *Charter*.

(b) *Section 278.92 Procedure Is Not Overbroad*

[134] The respondent J.J. argues that s. 278.92 violates the accused’s rights under s. 7 of the *Charter* because it is overbroad. Specifically, he says that the record screening regime forces the accused to

sexuel : à savoir qu’une plaignante est plus susceptible d’avoir consenti ou qu’elle est moins digne de foi en raison de son comportement sexuel antérieur (*Darrach*, par. 32). Bien que les dossiers énumérés à l’art. 278.1 ne fassent pas nécessairement intervenir les deux mythes, qui se rapportent spécifiquement au comportement sexuel antérieur, la Cour a reconnu que de nombreux autres mythes et stéréotypes posant problème peuvent être en jeu — p. ex., les personnes qui consultent des professionnels de la santé mentale ne sont pas crédibles ni fiables; le fait de ne pas avoir signalé sur-le-champ une infraction d’ordre sexuel signifie qu’elle n’a pas eu lieu; la consommation de drogues et d’alcool fait foi d’une mauvaise moralité; une « vraie victime » évitera tout contact avec l’agresseur après le fait (*Mills*, par. 119; voir aussi *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 871-872; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 134). Les motifs dissidents de notre collègue le juge Brown sont axés uniquement sur les « deux mythes » que fait intervenir spécifiquement la preuve relevant de l’art. 276; ils ne reconnaissent pas véritablement les risques que posent d’autres mythes, notamment ceux que nous venons d’indiquer.

[133] En somme, le droit de présenter une défense pleine et entière ne sera violé que si l’accusé est empêché de présenter une preuve pertinente et substantielle, dont le risque d’effet préjudiciable ne l’emporte pas sur sa valeur probante. L’article 278.92 n’a pas cet effet. Pour ce qui est des demandes concernant des dossiers privés, le critère d’admissibilité prévu à l’al. 278.92(2)(b) et les facteurs indiqués au par. 278.92(3) exigent que le juge soupèse le préjudice potentiel pouvant découler de la preuve en cause, notamment si elle est fondée sur un mythe ou si elle est attentatoire à la vie privée de la plaignante de façon injustifiée, par rapport à sa valeur probante. Il s’ensuit, à notre avis, que le critère d’admissibilité du par. 278.92(2) ne viole ni l’art. 7 ni l’al. 11d) de la *Charte*.

(b) *La procédure prévue à l’art. 278.92 n’a pas une portée trop large*

[134] L’intimé J.J. soutient que l’art. 278.92 viole les droits de l’accusé protégés par l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il a une portée trop large. Plus particulièrement, il affirme que le régime d’examen des dossiers

disclose a wide range of records to the Crown and the complainant, going beyond what is necessary to accomplish Parliament's objectives. Furthermore, in Mr. Reddick's case, the application judge concluded that s. 278.92 was overbroad because it subjected all "records" under s. 278.1 to the record screening regime, even if the records would not perpetuate myths and stereotypes about sexual offence complainants (paras. 43-49 and 77).

[135] To be clear, the constitutionality of the definition of "record" set out in s. 278.1 is not in issue. The concern is the *application* of the definition in the context of the record screening regime in s. 278.92 — specifically, with respect to the resulting impacts on self-incrimination and cross-examination.

[136] It is a principle of fundamental justice that a law cannot be overbroad. A law is overbroad when it is "so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose" (*Bedford*, at para. 112 (emphasis in original)). For an impugned provision to be overbroad, there must be "no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts" (*Bedford*, at para. 112 (emphasis in original)).

[137] Overbreadth must be understood relative to the legislative purpose, which can be discerned from three factors: (1) statements of purpose in the legislation; (2) the text, context and scheme of the legislation; and (3) extrinsic evidence, such as legislative history and evolution (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 31, citing *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 31). The "appropriateness" of the legislative purpose has no place in this inquiry, and this Court must start from the presumption that the legislation is appropriate and lawful (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 29, citing *Moriarity*, at para. 30).

[138] We have already discussed these factors in extensive detail above, so we will not duplicate the analysis here. However, we note that the relevant

oblige l'accusé à communiquer un vaste éventail de documents au ministère public et à la plaignante, au-delà de ce qui est nécessaire pour la réalisation des objectifs du Parlement. De plus, dans le cas de M. Reddick, le juge saisi de la demande a conclu que l'art. 278.92 avait une portée trop large parce qu'il assujettissait tous les « dossiers » relevant de l'art. 278.1 au régime d'examen des dossiers, même si ceux-ci ne perpétuaient pas de mythes et stéréotypes concernant les plaignantes dans des affaires d'infraction d'ordre sexuel (par. 43-49 et 77).

[135] Précisons que la constitutionnalité de la définition du terme « dossier » énoncée à l'art. 278.1 n'est pas en cause. La préoccupation concerne l'*application* de la définition dans le contexte du régime d'examen des dossiers à l'art. 278.92 — plus particulièrement, en ce qui a trait aux répercussions sur l'auto-incrimination et le contre-interrogatoire.

[136] Il est un principe de justice fondamentale selon lequel une disposition ne peut avoir une portée excessive, ce qui est le cas lorsqu'elle « s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet » (*Bedford*, par. 112 (en italique dans l'original)). Pour qu'une disposition contestée ait une portée trop large, il doit n'y avoir « aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous » (*Bedford*, par. 112 (en italique dans l'original)).

[137] La portée excessive doit être considérée en fonction de l'objectif législatif, qui peut être déterminé grâce à trois facteurs : (1) son énoncé dans le texte de loi; (2) le texte, le contexte et l'économie de la loi; et (3) les éléments de preuve extrinsèques, tels que l'historique du texte de loi et son évolution (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 31, citant *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 31). Le « caractère approprié » de l'objectif législatif n'a pas sa place dans cette analyse, et la Cour doit partir de la présomption que la loi est appropriée et légitime (*Safarzadeh-Markhali*, par. 29, citant *Moriarity*, par. 30).

[138] Nous avons déjà discuté de ces facteurs de façon très détaillée plus tôt, alors nous ne reproduisons pas l'analyse ici. Toutefois, nous notons que

factors for discerning the purpose of the provisions are the following. First, the legislative history demonstrates that the record screening regime was intended to fill a legislative gap to ensure statutory protection of complainants' privacy and dignity, where the accused is in possession or control of their highly private records. Second, the legislative text and scheme — including the specification of “personal information for which there is a reasonable expectation of privacy” and the factors set out in s. 278.92(3) — provides further guidance on the relevant objectives.

[139] Taking these factors into account, we conclude that Parliament enacted this regime with a view to (1) protecting the dignity, equality, and privacy interests of complainants; (2) recognizing the prevalence of sexual violence in order to promote society's interest in encouraging victims of sexual offences to come forward and seek treatment; and (3) promoting the truth-seeking function of trials, including by screening out prejudicial myths and stereotypes. Section 278.92 is not overbroad relative to this legislative purpose because it does not go further than is reasonably necessary to achieve these three goals (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 50).

[140] The definition of “record” will only capture materials that come within the enumerated categories, or that otherwise contain information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant's overall physical, psychological, or emotional well-being. Screening records that meet this definition is rationally connected to Parliament's objective of protecting the privacy and dignity interests of complainants. This narrow definition does not include evidence that does not have implications for complainants' dignity — for example, communications containing scheduling matters.

[141] Of course, there will be cases where it is unclear whether evidence falls into the definition of “record”. But this, alone, does not render the

les facteurs pertinents pour déterminer l'objet des dispositions sont les suivants. D'abord, l'historique législatif démontre que le régime d'examen des dossiers visait à combler une lacune législative afin d'assurer la protection législative de la vie privée et de la dignité de la plaignante, lorsque l'accusé a en sa possession ou son contrôle des dossiers très privés. Ensuite, le texte et l'économie de la loi — notamment la précision des « renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » et les facteurs énoncés au par. 278.92(3) — fournissent des indications supplémentaires concernant les objectifs pertinents.

[139] En tenant compte de ces facteurs, nous concluons que le Parlement a adopté ce régime en vue de (1) protéger les intérêts relatifs à la dignité, à l'égalité et à la protection de la vie privée des plaignantes; (2) reconnaître le caractère généralisé de la violence sexuelle afin de promouvoir l'intérêt de la société à encourager les victimes d'infractions d'ordre sexuel à se manifester et à obtenir un traitement; et (3) promouvoir la fonction de recherche de la vérité des procès, notamment en écartant les mythes et les stéréotypes préjudiciables. L'article 278.92 n'a pas une portée trop large par rapport à son objectif législatif parce qu'il s'en tient à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ces trois buts (*Safarzadeh-Markhali*, par. 50).

[140] La définition du terme « dossier » ne visera que les documents qui font partie des catégories énumérées, ou qui contiennent par ailleurs des renseignements de nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel. L'examen des dossiers qui respectent cette définition a un lien rationnel avec l'objectif du Parlement de protéger les intérêts relatifs à la protection de la vie privée et à la dignité des plaignantes. Cette définition étroite ne comprend pas la preuve qui n'a pas de répercussions sur la dignité de la plaignante — par exemple, les communications portant sur des questions d'horaire.

[141] Évidemment, il y aura des cas où il ne sera pas clair si la preuve est visée par la définition de « dossier ». Toutefois, cette situation, à elle seule,

regime overbroad. It is important to emphasize that just because a record is subject to screening does not mean it will be excluded at trial. Records that meet the admissibility threshold can be adduced at trial. Further, requiring an accused to bring an application to adduce materials that might contain information of an intimate and highly personal nature is consistent with the objective of the regime, since it respects both the accused's fair trial rights and the complainant's privacy and equality interests.

[142] Protecting complainants' privacy rights in such circumstances requires a preventative approach, that is, an approach that guards complainants' reasonable expectation of privacy at the point of admission. As this Court observed in *O'Connor*, once privacy is invaded, "it can seldom be regained" (para. 119). It is necessary to determine the nature and gravity of what is at stake before it is adduced at trial. The requirement on accused persons to disclose these records in advance — even where it is unclear to what extent the evidence would have a bearing on complainants' dignity — is still rationally connected to the overarching objective of the regime.

[143] While it is possible that not every record tendered in practice will fall neatly within this definition, Parliament was alive to this concern and enacted several procedural safeguards to ensure that any resulting impact was not divorced from the law's broader objective. These include, as discussed above, judges' discretionary ability to limit the disclosure of applications to complainants before hearings, as well as the ability to hold mid-trial applications where necessary in the interests of justice. Where there is ambiguity regarding the application of the record screening regime, these discretionary aspects of the procedure ensure that any impact on the accused's rights is consistent with Parliament's objective.

ne fait pas en sorte que le régime a une portée trop large. Il est important de souligner que ce n'est pas parce qu'un dossier fait l'objet d'un examen qu'il sera exclu au procès. Les dossiers qui respectent le critère d'admissibilité peuvent être présentés en preuve au procès. De plus, exiger qu'un accusé soumette une demande afin de présenter en preuve des documents susceptibles de contenir des renseignements de nature intime et très personnelle est conforme à l'objectif du régime, puisque cela respecte les droits de l'accusé à un procès équitable et les intérêts de la plaignante relatifs à la protection de la vie privée et à l'égalité.

[142] La protection des droits au respect de la vie privée de la plaignante dans de telles circonstances exige une approche préventive, c'est-à-dire une approche qui protège l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de la plaignante dès l'admission en preuve. Comme l'a observé la Cour dans l'arrêt *O'Connor*, une fois qu'il y a atteinte à la vie privée, « on peut rarement la regagner dans son intégralité » (par. 119). Il est nécessaire d'établir la nature et la gravité de ce qui est en jeu avant que la preuve soit présentée au procès. L'exigence imposée à la personne accusée de communiquer ces dossiers à l'avance — même lorsqu'il n'est pas clair quelle incidence aura la preuve sur la dignité de la plaignante — a tout de même un lien rationnel avec l'objectif global du régime.

[143] Bien qu'il soit possible que chaque dossier présenté en pratique ne corresponde pas en tout point à la définition prévue, le Parlement était conscient de cette préoccupation et a adopté plusieurs garanties procédurales pour s'assurer que toute répercussion ne soit pas dissociée de l'objectif global de la loi. Cela comprend, comme il a été mentionné plus tôt, le pouvoir discrétionnaire du juge de restreindre la communication de la demande à la plaignante avant l'audience, ainsi que la capacité d'instruire des demandes en cours d'instance lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice. Lorsqu'il y a ambiguïté concernant l'application du régime d'examen des dossiers, ces aspects discrétionnaires de la procédure font en sorte que toute répercussion sur les droits de l'accusé est compatible avec l'objectif du Parlement.

(5) Section 278.93 — Stage One Application to Hold Hearing(a) *General Principles: The Right to Silence and the Principle Against Self-Incrimination*

[144] The principle against self-incrimination imposes limits on the extent to which an accused can be used as a source of information about his or her own criminal conduct (*R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, at para. 33). The right to silence is closely entwined with the principle against self-incrimination (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 44). As this Court explained in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 2, the right to “stand silent before the accusations of the state” is “intimately linked to our adversarial system of criminal justice and the presumption of innocence”. Both preserve the “basic tenet of justice” that the Crown must establish a case to meet before the accused is expected to respond (*R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 579).

[145] The principle against self-incrimination is manifested in several specific constitutional and common law rules that apply both before and during trial. Before trial, the law protects an accused from being conscripted into assisting their own prosecution. It does so through the confessions rule, the right to remain silent when questioned by state agents, and the absence of a general duty to disclose (*P. (M.B.)*, at p. 578; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, at para. 21). During the conduct of a trial, the principle against self-incrimination is reflected in (1) the s. 11(c) prohibition against testimonial compulsion; (2) the s. 11(d) presumption of innocence and the burden on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt; and (3) the s. 13 protection against self-incrimination in other proceedings.

[146] Residual protection against self-incrimination is also provided under s. 7 of the *Charter* (*P. (M.B.)*, at p. 577). The residual s. 7 protection, however, is context-dependent and does not provide “absolute protection” against “all uses of information that has

(5) Article 278.93 — première étape : demande d’audiencea) *Principes généraux : le droit au silence et le principe interdisant l’auto-incrimination*

[144] Le principe interdisant l’auto-incrimination limite la mesure dans laquelle l’accusé peut servir de source de renseignements sur ses propres agissements criminels (*R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 33). Le droit au silence est étroitement lié à ce principe (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 44). Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 2, le droit de « garder le silence devant les accusations de l’État » est « étroitement lié à notre système contradictoire de justice criminelle et à la présomption d’innocence ». Les deux principes protègent le « précepte fondamental de justice » selon lequel le ministère public doit avoir présenté une preuve complète avant qu’on puisse s’attendre à une réaction de la part de l’accusé (*R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 579).

[145] Le principe interdisant l’auto-incrimination se manifeste dans plusieurs règles constitutionnelles et de common law précises, qui s’appliquent à la fois avant et pendant le procès. Avant le procès, la loi empêche qu’un accusé soit contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui. Elle le fait au moyen de la règle des confessions, du droit de l’accusé de garder le silence lorsqu’il est interrogé par des agents de l’État et de l’absence d’une obligation générale de communication (*P. (M.B.)*, p. 578; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 21). Pendant le procès, le principe interdisant l’auto-incrimination s’exprime dans les éléments suivants : (1) la protection prévue à l’al. 11c) contre l’obligation de témoigner; (2) la présomption d’innocence prévue à l’al. 11d) et le fardeau du ministère public d’établir sa preuve hors de tout doute raisonnable; et (3) la protection prévue à l’art. 13 contre l’auto-incrimination dans d’autres procédures.

[146] Une protection résiduelle contre l’auto-incrimination est aussi conférée par l’art. 7 de la *Charte* (*P. (M.B.)*, p. 577). Toutefois, cette protection au titre de l’art. 7 dépend du contexte et n’est pas « absolue » en ce qui a trait à « toute utilisation des renseignements

been compelled by statute or otherwise” (*White*, at para. 45); nor should one “automatically accept that s. 7 comprises a broad right against self-incrimination on an abstract level” (*Thomson Newspapers*, at p. 538).

[147] Together, these rights inform the underlying principle “that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task” (*P. (M.B.)*, at p. 579).

[148] The parties and interveners in this case have raised the specific issues of testimonial compulsion and “defence disclosure” in support of their contention that the record screening regime violates the principle against self-incrimination. We would not give effect to these arguments for the following reasons.

(b) *No Self-Incrimination Under Section 11(c) Due to Testimonial Compulsion*

[149] We first turn to s. 11(c) of the *Charter*, which guarantees that “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence”. This right is limited to testimonial compulsion and applies only where a person is (1) compelled to be a witness (2) in proceedings against that person (3) in respect of the offence (*Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, at para. 68). It does not apply to protect against the disclosure of physical evidence (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387), including documentary evidence that is not created due to state compulsion (*R. v. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 671 (C.A.), at paras. 17-18).

[150] The record screening regime places no burden on the accused to submit an affidavit and undergo cross-examination. If an affidavit is submitted in support of the application, “[i]t need not be the accused [themselves] who presents evidence; it can be anyone with relevant information who can personally testify to its truth” (*Darrach*, at para. 53). Nor does it require the accused to testify. The accused is simply

dont la divulgation a été forcée en vertu de la loi ou d’une autre manière » (*White*, par. 45); il ne faut pas non plus « accepter automatiquement que l’art. 7 comprend abstraitement [. . .] un droit général de ne pas s’incriminer » (*Thomson Newspapers*, p. 538).

[147] Ensemble, ces droits sont à la base du principe sous-jacent selon lequel « il incombe à l’État, qui dispose de plus de ressources, d’enquêter et de prouver ses allégations, et [selon lequel] le particulier ne devrait pas être contraint d’aider l’État à remplir cette tâche » (*P. (M.B.)*, p. 579).

[148] Les parties et les intervenants en l’espèce ont soulevé les questions précises de l’obligation de témoigner et de la « communication des moyens de défense » à l’appui de leur argument portant que le régime d’examen des dossiers viole le principe interdisant l’auto-incrimination. Nous sommes d’avis de ne pas faire droit à ces arguments pour les raisons suivantes.

b) *Pas d’auto-incrimination au titre de l’al. 11c) en raison de l’obligation de témoigner*

[149] Nous abordons d’abord l’al. 11c) de la *Charte*, qui garantit que « [t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche ». Ce droit se limite à l’obligation de témoigner et ne s’applique que lorsque la personne (1) est contrainte de témoigner (2) dans une poursuite intentée contre elle (3) pour l’infraction qu’on lui reproche (*Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, par. 68). Il ne s’applique pas pour empêcher la communication de preuves matérielles (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387), notamment la preuve documentaire qui n’est pas créée en raison de la contrainte imposée par l’État (*R. c. Anderson* (2002), 57 O.R. (3d) 681 (C.A.), par. 17-18).

[150] Le régime d’examen des dossiers n’impose pas à l’accusé le fardeau de soumettre un affidavit et de subir un contre-interrogatoire. Si un affidavit est soumis à l’appui de la demande, « [i]l n’est pas nécessaire que ce soit l’accusé lui-même qui présente une preuve; quiconque possède des renseignements pertinents peut témoigner personnellement au sujet de leur véracité » (*Darrach*, par. 53). Il n’est pas

not compelled to be a witness within the meaning of s. 11(c) by the operation of ss. 278.92 to 278.94.

(c) *No Defence Disclosure Undermining Right to a Fair Trial*

[151] Continuing on to ss. 7 and 11(d), the record screening regime does not require compelled “defence disclosure” in a manner that would violate an accused’s right to a fair trial.

[152] Section 278.93 requires that an accused bring an application setting out detailed particulars of the evidence they seek to adduce and its relevance to the case. The respondent J.J. submits that this, in effect, compels the defence to disclose evidence and reveal its strategy. He submits that this runs afoul of the principle that an accused has no disclosure obligations. This principle, in J.J.’s view, flows from the related principles of the right to silence, the presumption of innocence, and the right against self-incrimination. The respondent J.J. and the intervener the Criminal Trial Lawyers’ Association (“CTLA”) both submit that the record screening regime violates the principle against defence disclosure, therefore forcing defendants to self-incriminate. We would not give effect to this argument.

[153] To be clear, this concern is separate from the argument about full answer and defence, in which the predominant concern is that disclosure of evidence to a *complainant* will impede effective cross-examination. Here, the argument is that it is inappropriate to require the defence to disclose its case to the *Crown*, regardless of any subsequent disclosure to witnesses.

(i) The Right to Silence Does Not Entail an Absolute Rule Against “Defence Disclosure”

[154] There is no absolute rule against requiring the defence to disclose evidence to the Crown before the prosecution closes its case.

non plus nécessaire que l’accusé témoigne. Celui-ci n’est simplement pas contraint de témoigner au sens de l’al. 11c) en application des art. 278.92 à 278.94.

c) *Aucune communication des moyens de défense minant le droit à un procès équitable*

[151] Pour ce qui est de l’art. 7 et de l’al. 11d), le régime d’examen des dossiers n’exige pas la « communication [forcée] des moyens de défense » d’une manière qui violerait le droit de l’accusé à un procès équitable.

[152] L’article 278.93 exige que l’accusé présente une demande énonçant toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause. L’intimé J.J. soutient que cette exigence, dans les faits, contraint la défense à communiquer sa preuve et à révéler sa stratégie. Selon lui, cela est contraire au principe voulant qu’un accusé n’a aucune obligation de communication. Ce principe, à son avis, découle des principes connexes du droit au silence, de la présomption d’innocence et du droit de ne pas s’auto-incriminer. L’intimé J.J. et l’intervenante la Criminal Trial Lawyers’ Association (« CTLA ») soutiennent tous les deux que le régime d’examen des dossiers viole le principe interdisant la communication des moyens de défense, ce qui oblige donc les défendeurs à s’auto-incriminer. Nous sommes d’avis de ne pas retenir cet argument.

[153] Précisons que cette préoccupation est distincte de l’argument relatif à la défense pleine et entière, dont la principale préoccupation est que la communication de la preuve à une *plaignante* nuira à l’efficacité du contre-interrogatoire. En l’espèce, l’argument est qu’il est inopportun d’exiger que la défense communique sa preuve au *ministère public*, indépendamment de toute communication subséquente aux témoins.

(i) Le droit au silence ne comporte pas une règle absolue interdisant la « communication des moyens de défense »

[154] Aucune règle absolue n’interdit d’exiger que la défense communique sa preuve au ministère public avant que la poursuite termine la présentation de sa preuve.

[155] The respondent J.J. and the intervenor CTLA cite Cory J.'s comment in *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, that “[a]s a general rule there is no obligation resting upon an accused person to disclose either the defence which will be presented or the details of that defence before the Crown has completed its case” (p. 1319). They also rely on this Court’s comment in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, that “the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution” (p. 333).

[156] We do not agree that these statements, read in their proper context, establish a general rule against defence disclosure. In *Chambers*, the Court held that an accused is entitled to remain silent in the face of questioning by police officers, and that it is inappropriate for the Crown to ask the trier of fact to draw an adverse inference against an accused who exercises this right. This does not support J.J. and CTLA’s position that there is a general rule against “defence disclosure”. Understood properly, it means that *where there is no disclosure required*, the trier of fact cannot draw an adverse inference from the defence choosing not to disclose. It does not stand for the proposition that the defence can never be required to disclose its theory or the evidence in support of it before the Crown has closed its case.

[157] Furthermore, *Stinchcombe* did not close the door on the possibility of defence disclosure. The Court commented that a duty on the defence to disclose evidence — reciprocal to the duty of the Crown — “may deserve consideration by this Court in the future” (p. 333). The Court clearly did not contemplate the absolute rule against defence disclosure which J.J. and CTLA espouse.

[158] There are many examples in the criminal trial process where the defence is required to disclose aspects of its defence theory and evidence in

[155] L’intimé J.J. et l’intervenante la CTLA citent le commentaire formulé par le juge Cory dans l’arrêt *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293 : « En règle générale, l’accusé n’est pas tenu de divulguer le moyen de défense qu’il invoquera ni les détails de ce moyen de défense, avant que le ministère public n’ait terminé la présentation de sa preuve » (p. 1319). Ils invoquent aussi le commentaire de la Cour dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, selon lequel « [l]a défense [. . .] n’est nullement tenue d’aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d’adversaire à l’égard de cette dernière » (p. 333).

[156] Nous ne sommes pas d’avis que ces énoncés, lus dans leur contexte, établissent une règle générale interdisant la communication des moyens de défense. Dans l’arrêt *Chambers*, la Cour a statué qu’un accusé peut garder le silence lorsqu’il est interrogé par des policiers, et qu’il est inapproprié pour le ministère public de demander au juge des faits de tirer une conclusion défavorable à l’accusé qui exerce ce droit. Cela n’étaye pas la position de J.J. et de la CTLA selon laquelle il existe une règle générale interdisant la « communication des moyens de défense ». Correctement compris, cet énoncé signifie que *lorsqu’aucune communication n’est requise*, le juge des faits ne peut tirer une conclusion défavorable à l’égard de la défense en raison de son choix de ne pas communiquer sa preuve. Cela n’appuie pas la proposition portant que la défense ne peut jamais être tenue de communiquer sa thèse ou la preuve à l’appui de celle-ci avant que le ministère public ait terminé la présentation de sa preuve.

[157] De plus, l’arrêt *Stinchcombe* n’a pas exclu la possibilité qu’il y ait communication des moyens de défense. La Cour a affirmé qu’une obligation incombant à la défense de communiquer sa preuve — réciproque à celle du ministère public — « peut mériter que notre Cour s’y arrête à une autre occasion » (p. 333). La Cour n’a manifestement pas envisagé la règle absolue interdisant la communication des moyens de défense à laquelle adhèrent J.J. et la CTLA.

[158] Il y a de nombreux exemples dans le processus du procès criminel où la défense est tenue de communiquer des aspects de sa thèse et la preuve qui

support of it. For example, if the defence wishes to adduce evidence of an alibi, it must provide advance disclosure to the Crown in “a timely way”, and the disclosure must be “sufficiently particular to enable the authorities to meaningfully investigate” (*R. v. Tomlinson*, 2014 ONCA 158, 307 C.C.C. (3d) 36, at para. 121). Where the defence fails to provide timely and sufficient notice (which will typically be before trial), the trier of fact “may draw an adverse inference” when assessing the worth of the alibi (*Tomlinson*, at para. 122).

[159] In addition, if an accused wants to lead evidence of a deceased victim’s propensity for violence, they must bring a *Scopelliti* application. A screening procedure for this type of evidence is permitted because it “is likely to arouse feelings of hostility against the [victim]” (*R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.), at pp. 538-39). As such, “there must inevitably be some element of discretion in the determination whether the proffered evidence has sufficient probative value for the purpose for which it is tendered to justify its admission” (*Scopelliti*, at p. 539).

[160] Finally, evidence of complainants’ prior sexual history must be screened before it can be admitted under s. 276. Parliament required this process because such evidence may mislead the trier of fact by invoking discredited myths about the credibility of sexual offence complainants, thus distorting the truth-seeking function of the trial (see *Darrach*, at paras. 21, 32, 35 and 42). All three of these screening mechanisms are permitted because of the *potential* prejudice that could result from the admission of the evidence.

[161] The respondent J.J. contends that the record screening regime applies to a broader range of evidence than the examples discussed above. Further, he argues that the logic underlying the record screening regime could apply to *all* defence evidence, which could mean the defence may be required to disclose its entire case.

l’appuie. Par exemple, si la défense souhaite présenter la preuve d’un alibi, elle doit la communiquer d’avance au ministère public [TRADUCTION] « en temps opportun » et la communication doit être « suffisamment détaillée pour que les autorités puissent la vérifier de façon utile » (*R. c. Tomlinson*, 2014 ONCA 158, 307 C.C.C. (3d) 36, par. 121). Si la défense ne donne pas un préavis suffisant en temps utile (ce qui sera habituellement avant le procès), le juge des faits peut [TRADUCTION] « tirer une conclusion défavorable » lorsqu’il apprécie la valeur de l’alibi (*Tomlinson*, par. 122).

[159] De plus, si un accusé veut produire une preuve de la propension à la violence d’une victime décédée, il doit présenter une demande comme celle dont il était question dans l’arrêt *Scopelliti*. Une procédure d’examen pour ce type de preuve est permise parce qu’elle [TRADUCTION] « est susceptible d’éveiller un sentiment d’hostilité envers la [victime] » (*R. c. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.), p. 538-539). Ainsi, [TRADUCTION] « la question de savoir si, compte tenu de la fin à laquelle elle a été offerte, cette preuve est suffisamment probante pour en justifier l’admission nécessite forcément l’exercice d’un certain pouvoir discrétionnaire » (*Scopelliti*, p. 539).

[160] Enfin, la preuve des antécédents sexuels de la plaignante doit être examinée avant de pouvoir être admise en application de l’art. 276. Le Parlement a exigé ce processus parce qu’une telle preuve peut induire en erreur le juge des faits en faisant appel à des mythes discrédités concernant la crédibilité des plaignantes dans les affaires d’infraction d’ordre sexuel, ce qui fausserait la fonction de recherche de la vérité du procès (voir *Darrach*, par. 21, 32, 35 et 42). Ces trois mécanismes d’examen sont permis en raison du préjudice *potentiel* que peut entraîner l’admission de la preuve.

[161] L’intimé J.J. soutient que le régime d’examen des dossiers s’applique à un éventail plus large d’éléments de preuve que les exemples dont il est question plus tôt. De plus, il fait valoir que la logique sous-jacente au régime d’examen des dossiers pourrait s’appliquer à *tous* les éléments de preuve de la défense, ce qui pourrait faire en sorte que la défense soit tenue de communiquer sa preuve au complet.

[162] We do not accept this “slippery slope” argument. The record screening regime does not apply to all defence evidence; it is specifically tied to the legislative purpose of protecting complainants’ highly private records in sexual offence trials. Like the former s. 276 regime, s. 278.92 screening in the context of private record applications applies to a narrow set of evidence that implicates important interests of complainants in sexual offence cases and has the potential to create serious prejudice. Private records are analogous to s. 276 evidence, as they can also implicate myths that are insidious and inimical to the truth-seeking function of the trial (*Darrach*, at paras. 26 and 28). Like s. 276 evidence, private records encroach on the privacy and dignity of complainants. They too require screening to ensure trial fairness under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[163] In sum, to encourage the reporting of sexual offences and promote the truth-seeking function of a trial, the record screening regime is designed to catch records which both implicate complainants’ privacy and dignity in sexual offence cases and which have the potential to engage truth-distorting myths. Interpreted properly, the class of records subject to screening is tailored to Parliament’s objective, and the logic underlying the record screening regime does not apply more broadly to other types of defence evidence. It is permissible to require screening of this evidence because of the potential prejudice that could result from its admission.

(ii) The *P. (M.B.)* Concern About Crown Advantage Does Not Apply

[164] The respondent J.J. and the intervener CTLA have also raised a related concern that, under the record screening regime, the Crown is given notice of the defence theory and the evidence in support

[162] Nous ne pouvons accepter cet argument de la « pente glissante ». Le régime d’examen des dossiers ne s’applique pas à toute la preuve de la défense; il est expressément lié à l’objectif législatif de protection des dossiers très privés des plaignantes dans le cadre de procès pour infraction d’ordre sexuel. Comme l’ancien régime de l’art. 276, l’examen visé à l’art. 278.92 dans le contexte des demandes concernant des dossiers privés s’applique à certains éléments de preuve précis qui mettent en jeu d’importants intérêts de la plaignante dans les cas d’infraction d’ordre sexuel, et qui sont susceptibles de causer un préjudice sérieux. Les dossiers privés sont analogues à la preuve relevant de l’art. 276, car ils peuvent aussi mettre en jeu des mythes qui sont insidieux et incompatibles avec la fonction de recherche de la vérité du procès (*Darrach*, par. 26 et 28). Comme la preuve relevant de l’art. 276, les dossiers privés portent atteinte à la vie privée et à la dignité de la plaignante. Ils nécessitent eux aussi un examen pour assurer l’équité du procès garantie par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

[163] En somme, afin d’encourager le signalement des infractions d’ordre sexuel et de promouvoir la fonction de recherche de la vérité au procès, le régime d’examen des dossiers est conçu pour comprendre les dossiers qui touchent à la fois la vie privée et la dignité des plaignantes dans les affaires d’infraction d’ordre sexuel, et qui sont susceptibles de mettre en cause des mythes qui déforment la réalité. Dûment interprétée, la catégorie de dossiers assujettis à un examen est adaptée à l’objectif du Parlement et la logique qui sous-tend le régime d’examen des dossiers ne s’applique pas de façon plus générale aux autres types de preuve de la défense. Il est permis d’exiger l’examen de ces éléments de preuve en raison du préjudice potentiel susceptible de découler de leur admission.

(ii) La préoccupation en cause dans l’arrêt *P. (M.B.)* concernant l’avantage du ministère public ne s’applique pas

[164] L’intimé J.J. et l’intervenante la CTLA ont aussi soulevé une préoccupation connexe selon laquelle, conformément au régime d’examen des dossiers, le ministère public est avisé de la thèse de

of it, which the Crown can then use to improve its case in advance of trial. In this way, the accused is conscripted into assisting in their own prosecution. To support this argument, J.J. and CTLA rely on *P. (M.B.)*, in which this Court discussed the dangers of allowing the Crown to reopen its case after an accused has embarked on their defence.

[165] In *P. (M.B.)*, the Court held that “the Crown should not, as a general rule, be permitted to reopen [its case] once the defence has started to answer the Crown’s case” (p. 580). The rationale for this general rule is as follows:

What is so objectionable about allowing the Crown’s case to be reopened after the defence has started to meet that case is that it jeopardizes, indirectly, the principle that an accused not be conscripted against him- or herself. . . . [T]here is a real risk that the Crown will, based on what it has heard from the defence once it is compelled to “meet the case” against it, seek to fill in gaps or correct mistakes in the case which it had on closing and to which the defence has started to respond. [Emphasis in original; pp. 579-80.]

The respondent J.J. and the intervenor CTLA submit that the record screening regime raises similar concerns to those identified in *P. (M.B.)*. Specifically, the regime requires the defence to disclose some evidence, which the Crown can use to “fill in gaps or correct mistakes” in its case. This, they say, constitutes self-incrimination as contemplated in *P. (M.B.)*.

[166] In our view, J.J. and CTLA have taken *P. (M.B.)* out of context. The Court in that case discussed the specific concerns arising from the Crown reopening its case after the defence had started to give evidence at trial. At that point, the Crown is not permitted to correct its own error or omission — “enough is enough” (*P. (M.B.)*, at p. 580). Once the Crown has closed its case, it generally cannot move the goalposts after the accused has embarked on their defence (see *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 38). As

la défense et de la preuve qui l’appuie, qu’il peut ensuite utiliser pour améliorer sa cause avant le procès. De cette façon, l’accusé est contraint de prêter son concours à la poursuite intentée contre lui. À l’appui de cet argument, J.J. et la CTLA invoquent l’arrêt *P. (M.B.)*, où la Cour analysait les dangers liés au fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que l’accusé a commencé la présentation de sa défense.

[165] Dans l’arrêt *P. (M.B.)*, la Cour a statué que « le ministère public ne devrait pas, en règle générale, être autorisé à rouvrir sa preuve lorsque la défense a commencé à y répondre » (p. 580). La raison d’être de cette règle générale est la suivante :

Ce qui rend si inacceptable le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre, c’est que cela porte atteinte indirectement au principe voulant qu’un accusé ne puisse être mobilisé contre lui-même. [. . .] [I]l existe un risque réel que, compte tenu de ce qu’il a entendu de la part de la défense lorsqu’elle a été contrainte de répondre à la preuve présentée contre elle, le ministère public cherche à combler les lacunes ou à corriger les erreurs dans la preuve dont il a terminé la présentation et à laquelle la défense a commencé à répondre. [Soulignement dans l’original; p. 579-580.]

L’intimé J.J. et l’intervenante la CTLA soutiennent que le régime d’examen des dossiers soulève des préoccupations semblables à celles cernées dans l’arrêt *P. (M.B.)*. Plus particulièrement, le régime exige que la défense communique certains éléments de preuve, que le ministère public peut utiliser pour « combler les lacunes ou [. . .] corriger les erreurs » dans sa preuve. Selon eux, cela constitue de l’auto-incrimination comme il en est question dans l’arrêt *P. (M.B.)*.

[166] À notre avis, J.J. et la CTLA ont sorti l’arrêt *P. (M.B.)* de son contexte. Dans cette affaire, la Cour analysait les préoccupations spécifiques découlant de la réouverture par le ministère public de sa preuve après que la défense eût commencé à présenter la sienne au procès. À cette étape, le ministère public ne peut corriger sa propre erreur ou omission — « assez c’est assez » (*P. (M.B.)*, p. 580). Une fois que le ministère public a terminé sa preuve, il ne peut généralement pas la modifier après que l’accusé a

such, the trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case is very much constrained.

[167] The “ambit” of that discretion also falls on a scale: it “becomes narrower as the trial proceeds because of the increasing likelihood of prejudice to the accused’s defence as the trial progresses” (*G. (S.G.)*, at para. 30). The trial judge has broad discretion before the Crown has closed its case; more limited discretion after the Crown has closed but before the defence has elected whether or not to call evidence; and extremely narrow discretion once the defence has already begun to answer the Crown’s case (*G. (S.G.)*, at para. 30).

[168] These concerns from *P. (M.B.)* and *G. (S.G.)* do not arise in the context of private record applications. The record screening process generally takes place before trial, well before the Crown has begun — let alone finished — making its case. Following the logic of *G. (S.G.)*, at this juncture, the likelihood of prejudice to the accused is at the lower end of the scale. We considered these authorities bearing in mind the context in which they were decided — i.e. the Crown was reopening its case — instead of considering them to be abstract and undefined statements of principle relating to the pre-trial screening of evidence.

[169] While an application must disclose the evidence at issue and its relevance to the case, this is not tantamount to revealing the entire defence theory in response to which the Crown could, hypothetically, tailor its prosecution. The application process is limited to the admissibility of the highly private records sought to be adduced. The guilt or innocence of the accused is not at issue in the record screening regime; the proceedings relate solely to the admissibility of a particular class of evidence sought to be adduced by the accused. The risk of the Crown co-opting this evidence to strengthen its case is accordingly limited.

commencé à présenter la sienne (voir *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 38). En conséquence, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve est très limité.

[167] L’« étendue » de ce pouvoir discrétionnaire s’inscrit aussi sur une échelle : elle « diminue à mesure que le procès avance parce qu’il y a plus de chances pour que la défense soit lésée au fur et à mesure du déroulement du procès » (*G. (S.G.)*, par. 30). Le juge du procès jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire avant que le ministère public termine sa preuve; d’un pouvoir discrétionnaire plus limité lorsque le ministère public a terminé sa preuve mais avant que la défense ne choisisse de produire ou non une preuve; et d’un pouvoir discrétionnaire extrêmement limité lorsque la défense a déjà commencé à répondre à la preuve du ministère public (*G. (S.G.)*, par. 30).

[168] Ces préoccupations dont il était question dans les arrêts *P. (M.B.)* et *G. (S.G.)* ne se posent pas dans le contexte des demandes concernant des dossiers privés. Le processus d’examen des dossiers a généralement lieu avant le procès, bien avant que le ministère public commence — et à plus forte raison finisse — de présenter sa preuve. Suivant la logique de l’arrêt *G. (S.G.)*, à ce moment, la probabilité que l’accusé subisse un préjudice se trouve à l’extrémité inférieure de l’échelle. Nous avons examiné ces précédents en ayant à l’esprit le contexte dans lequel ils ont été tranchés — soit celui de la réouverture de la preuve par le ministère public — plutôt que de les considérer comme des énoncés de principe indéfinis et abstraits relatifs à l’examen de la preuve avant le procès.

[169] Bien qu’une demande doive communiquer la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec le dossier, cela n’équivaut pas à révéler l’entièreté de la thèse de la défense, après quoi le ministère public pourrait, en théorie, adapter sa poursuite. Le processus de demande ne vise que l’admissibilité de dossiers très privés que cherche à produire l’accusé. La culpabilité ou l’innocence de celui-ci n’est pas en cause dans le régime d’examen des dossiers; les procédures ne se rapportent qu’à l’admissibilité d’une catégorie particulière d’éléments de preuve que veut produire l’accusé. C’est pourquoi le risque que le ministère

As such, the defence cannot be said to be assisting the Crown's prosecution.

[170] In conclusion, we are satisfied that s. 278.93 is constitutional under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. First, the accused is not compelled to testify and, therefore, s. 11(c) of the *Charter* is not engaged. Second, there is no absolute rule against defence disclosure. The screening of private records is appropriate because the evidence has a high potential for prejudice; it does not constitute a disguised form of self-incrimination.

(6) Section 278.94 — Stage Two Hearing Procedure

[171] Section 278.94 governs the procedure for the Stage Two hearing. The regime provides for complainant participation in s. 278.94(2) and (3). Section 278.94(2) permits complainants to appear and make submissions, and s. 278.94(3) stipulates that judges must, as soon as feasible, inform complainants who participate in the hearing of their right to be represented by counsel.

[172] The respondent Mr. Reddick submits that these provisions violate the accused's fair trial rights protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In particular, he argues that (1) accused persons will be deprived of relevant information regarding complainants' initial reaction to the proposed evidence, thereby violating their right to make full answer and defence; (2) prosecutorial independence will be jeopardized by adding an additional adversary against the accused; and (3) complainants will tailor their evidence at trial in response to the application. For the reasons that follow, we would not give effect to these submissions.

(a) *No Deprivation of Relevant Evidence*

[173] As discussed above, if the judge determines that a Stage Two hearing is required, complainants must be informed of the relevant information in the

public récupère cette preuve pour renforcer la sienne est limité. Ainsi, on ne peut dire que la défense prête son concours à la poursuite intentée par le ministère public.

[170] En conclusion, nous sommes convaincus que l'art. 278.93 est constitutionnel au titre de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. D'abord, l'accusé n'est pas contraint de témoigner; en conséquence, l'al. 11c) de la *Charte* n'est pas en jeu. Ensuite, il n'y a aucune règle absolue interdisant la communication des moyens de défense. Il convient de faire un examen des dossiers privés parce que ces éléments de preuve ont un fort potentiel de causer un préjudice; il ne s'agit pas d'une forme déguisée d'auto-incrimination.

(6) Article 278.94 — procédure relative à l'audience de la deuxième étape

[171] L'article 278.94 régit la procédure pour l'audience de la deuxième étape. Le régime prévoit la participation de la plaignante aux par. 278.94(2) et (3). Le paragraphe 278.94(2) permet à la plaignante de comparaître et de présenter des arguments, et le par. 278.94(3) prévoit que le juge doit, dans les meilleurs délais, aviser la plaignante qui participe à l'audience de son droit d'être représentée par avocat.

[172] L'intimé M. Reddick soutient que ces dispositions violent les droits de l'accusé à un procès équitable protégés par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Plus particulièrement, il fait valoir que (1) la personne accusée sera privée de renseignements utiles concernant la réaction initiale de la plaignante au vu des éléments de preuve en cause, ce qui viole son droit de présenter une défense pleine et entière; (2) l'indépendance du poursuivant sera mise en péril par l'ajout d'un adversaire contre l'accusé; et (3) la plaignante adaptera sa preuve au procès à la suite de la demande. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de ne pas retenir ces arguments.

a) *L'accusé n'est pas privé d'éléments de preuve pertinents*

[173] Comme nous l'avons déjà mentionné, si le juge établit qu'une audience de la deuxième étape est requise, la plaignante doit être informée

application to enable their meaningful participation. Mr. Reddick argues that complainants' receipt of this information through counsel will deprive the defence of relevant Crown disclosure. The argument assumes that the complainant will be provided with information about the contents of the application in the absence of the Crown (i.e. the defence will send the application to the complainant's counsel directly). Therefore, the accused will be deprived of Crown disclosure about the complainant's "initial reaction" to the application, including their emotional responses.

[174] There is no statutory support for the assumption that the application will be sent directly to complainants without the involvement of the Crown. The legislation is silent about complainants' entitlement to receive the application. Consistent with the former practice under s. 276, the Crown is responsible for consulting complainants regarding the application. Therefore, there is no change from the s. 276 regime. Accused persons have not "lost" any Crown disclosure to which they were originally entitled. Moreover, complainants have always had the ability to consult counsel regarding s. 276 evidence applications.

[175] In any event, Mr. Reddick has not given any reason to believe that "initial reaction" evidence of complainants' emotional state is inherently valuable, outside of myth-based reasoning that relies on the stereotype that there is only one "appropriate reaction" to the disclosure of private information. Of course, if any new relevant information arises during the Crown's consultation with a complainant, then it has a duty to disclose this information to the accused. The provisions granting participatory rights to complainants have not in any way altered the Crown's *Stinchcombe* obligations.

des renseignements pertinents se trouvant dans la demande afin de pouvoir participer de façon utile. Monsieur Reddick soutient que le fait que la plaignante reçoive ces renseignements par le biais de son avocat privera la défense de renseignements pertinents que doit communiquer le ministère public. L'argument suppose que la plaignante recevra les renseignements sur le contenu de la demande en l'absence du ministère public (c.-à-d. la défense enverra la demande directement à l'avocat de la plaignante). L'accusé serait donc privé de renseignements que devrait communiquer le ministère public concernant la « réaction initiale » de la plaignante à la demande, notamment ses réactions émotives.

[174] Il n'y a aucune assise législative étayant l'hypothèse selon laquelle la demande sera envoyée directement à la plaignante sans la participation du ministère public. La loi est muette pour ce qui est du droit de la plaignante de recevoir la demande. Conformément à l'ancienne pratique au titre de l'art. 276, le ministère public a la responsabilité de consulter la plaignante au sujet de la demande. Il n'y a donc aucun changement par rapport au régime de l'art. 276. La personne accusée n'a pas « perdu » l'accès à des renseignements que le ministère public a l'obligation de communiquer et auxquels elle avait initialement droit. De plus, la plaignante a toujours eu la possibilité de consulter un avocat concernant les demandes relatives à la preuve relevant de l'art. 276.

[175] Quoi qu'il en soit, M. Reddick n'a pas donné de raison de croire que la preuve de la « réaction initiale » démontrant l'état émotionnel de la plaignante est intrinsèquement utile, en dehors du raisonnement fondé sur des mythes qui prend sa source dans le stéréotype qu'il y a une seule « réaction appropriée » à la communication de renseignements privés. Évidemment, si de nouveaux renseignements pertinents se présentent lors de la consultation du ministère public avec la plaignante, celui-ci a alors l'obligation de communiquer ces renseignements à l'accusé. Les dispositions conférant à la plaignante des droits de participation n'ont d'aucune façon modifié les obligations du ministère public énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*.

(b) *No Impact on Prosecutorial Independence*

[176] Mr. Reddick argues that a complainant's participation in the Stage Two hearing violates the right to a fair trial because it disrupts the general structure of a criminal trial as a bipartite proceeding between the Crown and the accused. Mr. Reddick also argues that the participation of complainants and their counsel interferes with prosecutorial independence. We disagree.

[177] Complainant's participation is justified because they have a direct interest in whether their records, for which they have a reasonable expectation of privacy, are adduced in open court. In *A. (L.L.)*, *L'Heureux-Dubé J.* (writing for the majority on this point) found that a sexual assault complainant had standing to appeal a decision regarding the production to the accused of her private records in the hands of a third party (either through *certiorari* with respect to provincial court orders or through s. 40 of the *Supreme Court Act* for superior court orders, both of which were discussed above in paras. 107-8). She found that complainants had a "direct and necessary interest in making representations" and would be "directly affected by a decision regarding the production of [their] private records" (para. 28). That reasoning applies equally in this context and underlies complainants' standing to participate in the admissibility hearing.

[178] This limited standing on the issue of admissibility, however, does not turn complainants or their counsel into parties, much less quasi-prosecutors, usurping the role of the Crown. Participation by complainants does not change the bipartite nature of the criminal trial. There is no issue of a complainant acting as a "second prosecutor" on the ultimate issue of guilt where, as here, the complainant has no participatory rights in the trial itself. As this Court noted at para. 66 of *Darrach*, the purpose of an evidentiary

b) *Aucune incidence sur l'indépendance du poursuivant*

[176] Monsieur Reddick soutient que la participation de la plaignante à l'audience de la deuxième étape viole son droit à un procès équitable parce qu'elle perturbe la structure générale d'un procès criminel en tant qu'instance bipartite entre le ministère public et l'accusé. Monsieur Reddick fait aussi valoir que la participation de la plaignante et de son avocat nuit à l'indépendance du poursuivant. Nous ne sommes pas de cet avis.

[177] La participation de la plaignante est justifiée parce qu'elle a un intérêt direct concernant la question de savoir si des dossiers, pour lesquels elle a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, devraient être présentés en preuve lors de procédures judiciaires publiques. Dans l'arrêt *A. (L.L.)*, le juge L'Heureux-Dubé (au nom des juges majoritaires sur ce point) a conclu que la plaignante dans une affaire d'agression sexuelle avait qualité pour interjeter appel d'une décision concernant la communication à l'accusé de ses dossiers privés en la possession de tiers (que ce soit au moyen d'un *certiorari* pour les ordonnances rendues par des cours provinciales ou de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour les ordonnances rendues par des cours supérieures, ces deux possibilités ayant été analysées plus tôt aux par. 107-108). Elle a conclu que la plaignante avait « un intérêt direct et suffisant pour faire des représentations » et serait « directement affecté[e] par la décision concernant la production [de ses] dossiers privés » (par. 28). Ce raisonnement s'applique également dans le présent contexte et sous-tend la qualité de la plaignante à participer à l'audience sur l'admissibilité.

[178] Cette qualité pour agir limitée à la question de l'admissibilité, toutefois, ne fait pas de la plaignante ou de son avocat une partie, encore moins un quasi-poursuivant, usurpant le rôle du ministère public. La participation de la plaignante ne change pas la nature bipartite du procès criminel. Il n'est pas question que la plaignante agisse comme « deuxième poursuivant » sur la question ultime de la culpabilité lorsque, comme en l'espèce, elle n'a pas de droits de participation au procès en tant que tel. Comme l'a

voir dire is not to determine the guilt or innocence of the accused. Instead, the complainant is bringing their unique perspective on the impact that the admission of the evidence will have on their privacy and dignity, which is directly relevant to the issue of admissibility. The presiding judge remains the final arbiter on admissibility and is entitled to accept or reject the complainant's submissions and weigh them against the competing considerations.

[179] An important justification for complainants' participation is that they have a unique perspective on the nature of the privacy interest at stake in their own records. Far from becoming a "second prosecutor", a complainant's contributions are valuable exactly because they are different from the Crown's. This may also strengthen the appearance of prosecutorial independence because the Crown no longer bears the burden of representing or conveying to the judge the complainant's perspective on whether the records should be admitted. This is especially significant where the complainant and Crown differ on the issue of admissibility.

[180] There are other situations in which third parties are permitted to participate in criminal trials where they have interests at stake. For example, victims providing victim impact statements at sentencing hearings or media participants making submissions regarding publication bans both have participatory rights in the courtroom. These participatory rights do not distort the bipartite nature of the criminal proceeding.

(c) *No Violation of the Right to Cross-Examine*

[181] As explained above, complainants will receive information about the application from the Crown in order to facilitate their participation in the hearing. Given that most applications should be made before trial, complainants will generally receive this information before they testify. Section 278.94 also confers participation rights at the Stage Two hearing, which allows complainants to hear the defence's oral

noté la Cour au par. 66 de l'arrêt *Darrach*, l'objet d'un voir-dire n'est pas de déterminer si l'accusé est coupable ou innocent. La plaignante apporte plutôt sa propre perspective sur les répercussions qu'aura l'admission de la preuve sur sa vie privée et sa dignité, ce qui a un lien direct avec la question de l'admissibilité. Le juge qui préside l'audience demeure l'arbitre ultime pour trancher la question de l'admissibilité et peut accepter ou rejeter les arguments de la plaignante et les souper par rapport aux considérations concurrentes.

[179] Un facteur important justifiant la participation de la plaignante est qu'elle a un point de vue unique sur la nature de l'intérêt à la protection de la vie privée en jeu à l'égard de ses propres dossiers. Les contributions de la plaignante, qui est loin d'être un « deuxième poursuivant », sont importantes précisément parce qu'elles sont différentes de celles du ministère public. La participation de la plaignante peut aussi renforcer l'apparence d'indépendance du poursuivant parce que le ministère public n'a plus le fardeau de représenter la plaignante ou de transmettre au juge le point de vue de celle-ci concernant l'admission en preuve des dossiers. Cela revêt une importance particulière lorsque la plaignante et le ministère public n'ont pas la même opinion sur la question de l'admissibilité.

[180] Il y a d'autres situations où des tiers peuvent participer à des procès criminels lorsqu'ils ont des intérêts en jeu. Par exemple, les victimes qui font des déclarations lors des audiences de détermination de la peine ou les médias qui présentent des observations concernant les interdictions de publication ont eux aussi des droits de participation devant les tribunaux. Ces droits de participation ne dénaturent pas la nature bipartite de l'instance criminelle.

(c) *Pas de violation du droit de contre-interroger*

[181] Comme nous l'avons déjà expliqué, la plaignante recevra du ministère public des renseignements concernant la demande afin de faciliter sa participation à l'audience. Étant donné que la plupart des demandes devraient être faites avant le procès, la plaignante recevra généralement ces renseignements avant de témoigner. L'article 278.94 confère aussi des droits de participation à l'audience de la deuxième étape,

arguments regarding relevance and probative value of the evidence (unless the judge decides that some exclusion is necessary to protect trial fairness).

[182] Both J.J. and Mr. Reddick submit that a complainant's knowledge of the evidence in the application, as well as the defence theory as to why it is relevant, will impair the defence's right to cross-examine without significant and unwarranted restraint. They submit that by participating in the Stage Two hearing, complainants will be able to tailor their responses in cross-examination at trial to explain away discrepancies and diminish the impact of the defence's line of questioning. Since credibility and reliability will often be central to the trial of a sexual offence, complainant participation violates the accused's right to make full answer and defence. We disagree with this submission for several reasons.

[183] First, the right to cross-examine is not unlimited. The accused is not entitled to proceed with an unfair or irrelevant cross-examination only because they consider it to be their most effective strategy. This is both unfair to complainants and contrary to the interests of justice. In *Osolin*, L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point, noted that "[t]he rights of the accused to both adduce evidence and cross-examine are not unlimited but must be first, circumscribed by the question of relevance and second, balanced by countervailing factors such as the privacy interests of the witness and the prejudice to both the witness and the trial process" (pp. 631-32). In this case, ambushing complainants with their own highly private records at trial can be unfair to complainants and may be contrary to the search for truth.

[184] Ultimately, the right to a fair trial does not guarantee "the most advantageous trial possible from the accused's perspective" nor does it guarantee "perfect justice" (*R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 28; see also *O'Connor*, at para. 193).

ce qui permet à la plaignante d'entendre les plaidoiries de la défense relativement à la pertinence et à la valeur probante des éléments de preuve (sauf si le juge décide qu'une certaine exclusion est nécessaire pour assurer l'équité du procès).

[182] J.J. et M. Reddick soutiennent tous les deux que la connaissance par la plaignante de la preuve figurant dans la demande, ainsi que de la thèse de la défense concernant les raisons pour lesquelles cette preuve est pertinente, portera atteinte au droit de la défense de contre-interroger sans entrave importante et injustifiée. Selon eux, la plaignante, en participant à l'audience de la deuxième étape, sera en mesure d'adapter ses réponses lors du contre-interrogatoire au procès pour expliquer les divergences et diminuer l'effet des questions posées par la défense. Puisque la crédibilité et la fiabilité sont souvent au cœur d'un procès pour infraction d'ordre sexuel, la participation de la plaignante viole le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Nous ne pouvons souscrire à cet argument pour plusieurs raisons.

[183] D'abord, le droit de contre-interroger n'est pas sans limites. L'accusé ne peut effectuer un contre-interrogatoire injuste ou non pertinent seulement parce qu'il considère qu'il s'agit de sa stratégie la plus efficace. Cela serait à la fois injuste pour la plaignante et contraire aux intérêts de la justice. Dans l'arrêt *Osolin*, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, a souligné que « les droits de l'accusé de présenter des éléments de preuve et de procéder au contre-interrogatoire ne sont pas illimités; ils doivent, en premier lieu, être circonscrits par la question de pertinence et, en second lieu, être pondérés par des facteurs tels le droit du témoin à sa vie privée et le préjudice qui peut en résulter tant pour le témoin que pour le déroulement du procès » (p. 631-632). Dans l'affaire qui nous occupe, prendre la plaignante par surprise avec ses propres dossiers très privés au procès peut être injuste pour elle et aller à l'encontre de la recherche de la vérité.

[184] En définitive, le droit à un procès équitable ne garantit pas « le procès le plus avantageux possible du point de vue de l'accusé » ni une « justice parfaite » (*R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 28; voir aussi *O'Connor*, par. 193); ce qui est garanti,

Rather, the guarantee is fundamentally fair justice, which requires consideration of the privacy interests of others involved in the justice system (*O'Connor*, at paras. 193-94, per McLachlin J.). Even if it would be ideal from the accused's perspective to cross-examine complainants on "every scintilla" of information in an attempt to discredit or shake them, the *Charter* guarantees no such right (*O'Connor*, at paras. 193-94). In the present case, the impugned provisions strike a balance that protects fundamental justice for accused persons and complainants.

[185] Second, it is incorrect to assume that advanced disclosure prevents effective cross-examination or impairs the search for truth. Accused persons receive extensive disclosure from the Crown, yet there is no assumption that their testimony is less reliable or credible as a result. Indeed, this Court in *Stinchcombe* soundly rejected this suggestion:

Refusal to disclose is also justified on the ground that the material will be used to enable the defence to tailor its evidence to conform with information in the Crown's possession. For example, a witness may change his or her testimony to conform with a previous statement given to the police or counsel for the Crown. I am not impressed with this submission. All forms of discovery are subject to this criticism. There is surely nothing wrong in a witness refreshing his or her memory from a previous statement or document. The witness may even change his or her evidence as a result. This may rob the cross-examiner of a substantial advantage but fairness to the witness may require that a trap not be laid by allowing the witness to testify without the benefit of seeing contradictory writings which the prosecutor holds close to the vest. The principle has been accepted that the search for truth is advanced rather than retarded by disclosure of all relevant material. [Emphasis added; p. 335.]

Therefore, contrary to the submission of J.J. and Mr. Reddick, there is no absolute principle that disclosure of defence materials inevitably impairs cross-examination and trial fairness.

c'est plutôt une justice fondamentalement équitable, qui exige la prise en considération des intérêts à la protection de la vie privée des autres personnes qui se retrouvent dans le système de justice (*O'Connor*, par. 193-194, la juge McLachlin). Bien qu'il soit idéal, du point de vue de l'accusé, de contre-interroger la plaignante sur « chaque élément » d'information en vue de la discréditer ou de l'ébranler, la *Charte* ne garantit pas un tel droit (*O'Connor*, par. 193-194). En l'espèce, les dispositions contestées établissent un équilibre qui protège la justice fondamentale pour les personnes accusées et les plaignantes.

[185] Ensuite, il est incorrect de supposer que la communication préalable empêche un contre-interrogatoire efficace ou entrave la recherche de la vérité. Le ministère public communique aux personnes accusées une quantité considérable de documents, et on ne suppose pas pour autant que leur témoignage est moins fiable ou moins crédible pour cette raison. De fait, la Cour dans l'arrêt *Stinchcombe* a rejeté à bon droit cette suggestion :

On allègue en outre, pour justifier le refus de divulguer, que ces renseignements permettraient à la défense de faire concorder sa propre preuve avec les renseignements en la possession du ministère public. Par exemple, un témoin pourrait changer son témoignage pour qu'il s'accorde avec une précédente déclaration faite à la police ou au substitut du procureur général. Cet argument me laisse froid. Toute communication d'éléments de preuve, quelle que soit la forme qu'elle revêt, donne prise à cette critique. Qu'y a-t-il de mal à ce qu'un témoin se rafraîchisse la mémoire en consultant une déclaration antérieure ou un document? Il se peut même que ce témoin modifie sa déposition en conséquence. Cela privera peut-être l'avocat qui mène le contre-interrogatoire d'un avantage considérable, mais l'équité envers le témoin peut exiger qu'on ne lui tende pas de piège en lui permettant de témoigner sans avoir eu la possibilité de prendre connaissance des écrits contradictoires que le poursuivant lui cache en quelque sorte. Il est reconnu, en principe, que la recherche de la vérité est facilitée plutôt qu'entravée par la divulgation de tous les renseignements pertinents. [Nous soulignons; p. 335.]

En conséquence, contrairement à ce que soutiennent J.J. et M. Reddick, il n'existe aucun principe absolu selon lequel la communication des documents de la défense porte inévitablement atteinte au contre-interrogatoire et à l'équité du procès.

[186] In civil proceedings, both parties participate in extensive pre-trial discovery and disclosure of documents and witnesses, without raising the issue of “witness tainting”. Although surprise was historically a “weapo[n] in the arsenal” of adversarial trials in general, its decline has resulted from the acceptance of the principle that “justice was better served when the element of surprise was eliminated from the trial and the parties were prepared to address issues on the basis of complete information of the case to be met” (*Stinchcombe*, at p. 332). This Court applied that principle in *Darrach*, holding that “[t]he right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush” (para. 55). Similarly, in the third party production regime, complainants receive a copy of the production application and have the ability to participate in the hearing concerning the likely relevance of that evidence in advance of cross-examination.

[187] “Witness tainting” is not a concern that precludes effective cross-examination with respect to Crown disclosure in criminal trials or civil proceedings. For the same reasons, complainant participation in a Stage Two hearing does not create a risk of “witness tainting” that impermissibly impairs the search for truth or the effectiveness of cross-examination. Providing advance notice to complainants that they may be confronted with highly private information in open court is likely to enhance their ability to participate honestly in cross-examination. Specifically, they are likely to be better equipped to respond rather than being blindsided with the use of their private records. In addition, the requirement that an application be disclosed in advance of trial ensures that sexual offence complainants are informed about the implications of participating in the trial process (Craig, at pp. 808-9; *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670, at para. 92 (CanLII)). This in turn promotes just and fair trials.

[186] Dans les instances civiles, les deux parties participent à une vaste enquête et à la communication de documents et à la présentation des témoins au préalable, sans soulever la question des « vices de témoignage ». Même si la surprise était traditionnellement une « arme [. . .] dans l’arsenal » dans les procès contradictoires en général, le déclin de son utilisation est attribuable à l’acceptation du principe selon lequel « il vaut mieux, dans l’intérêt de la justice, que l’élément de surprise soit éliminé du procès et que les parties soient prêtes à débattre les questions litigieuses sur le fondement de renseignements complets concernant la preuve à réfuter » (*Stinchcombe*, p. 332). La Cour a appliqué ce principe dans l’arrêt *Darrach*, statuant que « [l]e droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre » (par. 55). De même, dans le cadre du régime de production des dossiers en la possession de tiers, la plaignante reçoit un exemplaire de la demande de production et peut participer à l’audience concernant la pertinence probable de cet élément de preuve avant le contre-interrogatoire.

[187] Le « vice de témoignage » n’est pas une préoccupation qui empêche le contre-interrogatoire efficace en ce qui a trait aux documents communiqués par le ministère public dans les procès criminels ou civils. Pour les mêmes raisons, la participation de la plaignante à une audience de la deuxième étape ne suscite pas de risque que des témoignages soient viciés de sorte qu’il y ait entrave injustifiée à la recherche de la vérité ou au contre-interrogatoire efficace. Le fait de donner un préavis à la plaignante avant de lui présenter des renseignements très privés dans le cadre d’un procès public est susceptible de la rendre plus apte à participer honnêtement au contre-interrogatoire. Plus particulièrement, elle sera probablement mieux outillée pour répondre que si elle était prise de court par l’utilisation de ses dossiers privés. En outre, l’exigence selon laquelle une demande doit être communiquée avant le procès fait en sorte que les plaignantes dans les affaires d’infraction d’ordre sexuel sont informées des répercussions découlant de leur participation au procès (Craig, p. 808-809; *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670, par. 92 (CanLII)). Cela favorise aussi les procès justes et équitables.

[188] Third, the accused will still be able to test a complainant's evidence by comparing it to prior statements made to the police. These statements are available to the defence under the Crown's *Stinchcombe* obligations. If the complainant's evidence has changed significantly between the police statement and the trial, this will be readily apparent to the trier of fact, and the accused will be able to cross-examine on that basis (whether or not the police statement was made under oath) (see Craig). Triers of fact can assess whether they believe the complainant and adjust the weight they give to the complainant's evidence.

[189] Fourth, complainants can be cross-examined on their access to the private record application. The accused can impugn the credibility and reliability of the complainant by suggesting that they tailored their evidence to fit what they learned in the application. To the extent that our colleague Brown J. suggests that ss. 645(5) and 648 of the *Criminal Code* render such cross-examination impermissible, we disagree.

[190] Finally, s. 278.93(4) provides judges with the discretion to hear applications at a shorter interval than seven days before the hearing if it is in the "interests of justice". Trial judges also have the discretion to hear an application mid-trial in the interests of justice. The respondents J.J. and Mr. Reddick are concerned about "witness tainting" because complainants generally receive the application and participate in the Stage Two admissibility hearing before they take the stand at trial. However, if there is a situation where advanced disclosure of the application to a complainant would genuinely negate the efficacy of cross-examination, the accused may choose to bring the application during cross-examination to avoid the risk of "witness tainting". The trial judge is then responsible for determining whether it is in the interests of justice to allow such an application. In doing so, trial judges should be mindful of the trial delay risks that will arise due to the bifurcation of trial. To be clear, mid-trial applications should not be the norm.

[188] Troisièmement, l'accusé sera toujours en mesure de vérifier le témoignage de la plaignante en le comparant aux déclarations antérieures qu'elle a faites à la police. La défense a accès à ces déclarations en application des obligations du ministère public établies dans l'arrêt *Stinchcombe*. Si le témoignage de la plaignante a changé de façon significative entre le moment où elle a fait la déclaration à la police et le procès, cette divergence sera évidente aux yeux du juge des faits, et l'accusé pourra contre-interroger la plaignante sur ce fondement (peu importe si la déclaration à la police a été faite sous serment) (voir Craig). Le juge des faits peut évaluer s'il croit la plaignante et ajuster le poids qu'il accorde à son témoignage.

[189] Quatrièmement, la plaignante peut être contre-interrogée sur son accès à la demande concernant des dossiers privés. L'accusé peut contester la crédibilité et la fiabilité de la plaignante en laissant entendre qu'elle a adapté son témoignage pour qu'il corresponde à ce qu'elle a appris dans la demande. Dans la mesure où notre collègue le juge Brown affirme que le par. 645(5) et l'art. 648 du *Code criminel* rendent inacceptables de tels contre-interrogatoires, nous ne sommes pas de cet avis.

[190] Enfin, le par. 278.93(4) confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'instruire les demandes dans un délai plus court que sept jours avant l'audience si cela est « dans l'intérêt de la justice ». Le juge du procès peut aussi instruire une demande en cours d'instance dans l'intérêt de la justice. Les intimés J.J. et M. Reddick sont préoccupés par le fait que le témoignage de la plaignante puisse être vicié parce qu'elle reçoit généralement la demande et participe à l'audience d'admissibilité de la deuxième étape avant de témoigner au procès. Toutefois, si une situation se présente où la communication préalable de la demande à la plaignante annulerait réellement l'efficacité du contre-interrogatoire, l'accusé peut choisir de présenter la demande pendant le contre-interrogatoire afin d'éviter le risque que le témoignage soit vicié. Le juge du procès est alors responsable d'établir s'il est dans l'intérêt de la justice d'accueillir une telle demande. Ce faisant, le juge du procès devrait garder à l'esprit le risque que le procès soit retardé en raison de son fractionnement. Précisons que les demandes en cours d'instance ne devraient pas représenter la norme.

(7) Final Conclusions Regarding Constitutionality

[191] In the absence of a finding that ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* breach either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*, it is unnecessary for us to canvass s. 1 of the *Charter*. And as discussed earlier, there are no s. 11(c) issues at play.

V. Disposition

[192] Sections 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* are constitutional in their entirety, as they apply to both s. 276 evidence applications and private record applications.

[193] Accordingly, we would allow the Crown's appeal and dismiss J.J.'s cross-appeal; we would also allow A.S.'s appeal. The application judges' constitutional rulings in both matters are hereby quashed.

VI. Costs

[194] In J.J.'s case, there will be no order as to costs, whether with respect to the Crown's appeal or to J.J.'s cross-appeal, as this is a criminal matter without exceptional circumstances.

[195] In the other appeal, A.S. brought a motion to appoint counsel pursuant to s. 694.1 of the *Criminal Code*. Section 694.1 does not contemplate appointments of counsel for parties other than accused individuals and, accordingly, A.S.'s motion must be denied.

[196] However, A.S. provided an important perspective before this Court on behalf of complainants on a novel constitutional question at her own expense. Pursuant to this Court's costs jurisdiction under s. 47 of the *Supreme Court Act*, we exercise our discretion in these exceptional circumstances to order the Attorney General of Ontario to pay A.S.'s costs before this Court. As such, A.S.'s appeal is allowed with costs to

(7) Conclusions finales concernant la constitutionnalité

[191] Vu l'absence de conclusion portant que les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* contreviennent à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que nous examinions l'article premier de la *Charte*. De plus, comme nous l'avons vu plus tôt, aucune question relative à l'al. 11c) n'est en jeu.

V. Dispositif

[192] Les articles 278.92 à 278.94 du *Code criminel* sont constitutionnels dans leur intégralité, tant en ce qui a trait à leur application aux demandes relatives à la preuve relevant de l'art. 276 qu'à celles relatives aux dossiers privés.

[193] En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de rejeter le pourvoi incident de J.J.; nous sommes aussi d'avis d'accueillir l'appel de A.S. Les décisions en matière constitutionnelle des juges saisis de la demande dans les deux affaires sont cassées.

VI. Dépens

[194] Dans le cas de J.J., il n'y aura aucune ordonnance concernant les dépens, que ce soit à l'égard de l'appel interjeté par le ministère public ou du pourvoi incident interjeté par J.J., puisqu'il s'agit d'une affaire criminelle sans circonstances exceptionnelles.

[195] Dans l'autre pourvoi, A.S. a présenté une requête en désignation d'un avocat conformément à l'art. 694.1 du *Code criminel*. Cet article ne prévoit pas de désignations d'avocat pour les parties autres que les personnes accusées; la requête de A.S. doit donc être rejetée.

[196] Toutefois, A.S. a apporté à ses propres frais un important point de vue devant la Cour au nom des plaignantes concernant une nouvelle question constitutionnelle. Conformément à la compétence de la Cour en matière de frais, prévue à l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, nous exerçons notre pouvoir discrétionnaire dans ces circonstances exceptionnelles pour ordonner au procureur général de l'Ontario de

A.S. in this Court, in accordance with the tariff of fees and disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

payer les frais de A.S. devant la Cour. En conséquence, le pourvoi de A.S. est accueilli avec dépens en faveur de A.S. devant la Cour, conformément au tarif des honoraires et débours énoncé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

BROWN J. (dissenting in part) —

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

I. Introduction

[197] In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 625, this Court held that Parliament, in rightly seeking to abolish the “outmoded, sexist-based use” of evidence of a complainant’s prior sexual activity, “oversho[t] the mark” by rendering inadmissible “evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial”. In so doing, the Court added, Parliament created “the real risk that an innocent person may be convicted” (p. 625).

I. Introduction

[197] Dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 625, notre Cour a jugé qu’en cherchant à juste titre à abolir l’« usage sexiste et dépassé » consistant à utiliser des preuves concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante, le Parlement était allé « au-delà de ce qui est nécessaire », en rendant inadmissibles « des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d’une défense légitime et, partant, à la tenue d’un procès équitable ». Ce faisant, a ajouté la Cour, le législateur a créé un « risque réel de voir condamner un innocent » (p. 625).

[198] These appeals arise from a measure that also imposes precisely that risk. The records screening regime enacted under ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, represents an unprecedented and unconstitutional erosion by Parliament of the fair trial rights of the presumptively innocent — who, it should be borne in mind, will sometimes be *actually* innocent. It seriously impedes the ability of such persons to *prove* that innocence, by making presumptively inadmissible all private records relating to the complainant that are in the possession of the accused and which the accused intends to adduce in a sexual offence prosecution. It is the *only* evidentiary rule that mandates pre-trial disclosure of defence evidence and strategy, *before the Crown has made out a case to meet*, and even where the evidence sought to be relied on is *neither irrelevant nor inherently prejudicial*.

[198] Les présents pourvois découlent d’une mesure qui comporte précisément ce risque. Le régime d’examen des dossiers instauré aux art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, représente une érosion sans précédent et inconstitutionnelle par le Parlement du droit à un procès équitable de la personne présumée innocente — qui, rappelons-le, est *bel et bien* innocente dans certains cas. Il entrave sérieusement la capacité de ces personnes à *prouver* cette innocence, en faisant en sorte que tous les dossiers privés se rapportant à la plaignante qui sont en la possession de l’accusé et que ce dernier se dispose à présenter en preuve dans une poursuite pour infraction sexuelle sont présumés inadmissibles. Il s’agit de la *seule* règle de preuve qui exige la communication, avant le procès, de la preuve et de la stratégie de la défense, *avant que la Couronne n’ait présenté une preuve complète*, et même lorsque la preuve que l’on cherche à invoquer n’est *ni non pertinente ni préjudiciable en soi*.

[199] In upholding this regime as constitutional, the majority points reassuringly to supposed “similarities”

[199] En jugeant ce régime constitutionnel, la majorité souligne, d’un ton qui se veut rassurant,

between the records screening regime and two related statutory schemes: s. 276's provisions restricting admissibility of other sexual activity evidence — initially struck down in *Seaboyer* but then narrowed by Parliament and upheld in *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; and ss. 278.1 to 278.91's framework for production of third-party records — upheld in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. Since the accused's right to full answer and defence and the rule against defence disclosure are not absolute, the logic goes, Parliament can go even further in departing from them. The majority's analysis is thus reducible to a simple syllogism: (1) these rights are not absolute and have been limited in similar ways; (2) those limits were judged constitutional; (3) therefore, this new limit is constitutional.

[200] But casting these two schemes as “similar” miscasts both them and our jurisprudence. The majority fails to account for the actual mechanics and effects of the records screening regime. It is broader in its purpose, scope, and impact on the accused's rights. It goes further than s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 by giving the complainant a right to advance notice and to “appear and make submissions”, and applies to a wider range of records, many of which will often be highly relevant and probative. It is not limited to materials that were created in a confidential context or wrongly fell into the accused's hands, such as a complainant's psychiatric report. And, crucially, it also captures the *accused's own digital communications* with the complainant about the *subject matter of the charge* — including, but not limited to, messages in which the complainant denies the offence ever occurred, indicates a motive to fabricate, suggests an inability to remember core events, or provides an inconsistent version of the alleged incident. That is a difference in kind, not in degree.

les supposées « similitudes » qui existeraient entre le régime d'examen des dossiers et deux régimes législatifs connexes, à savoir, les dispositions de l'art. 276 restreignant l'admissibilité des preuves portant sur des actes sexuels autres que ceux à l'origine de l'accusation — dispositions qui avaient d'abord été invalidées dans l'arrêt *Seaboyer*, mais dont le Parlement a par la suite restreint la portée et qui ont été confirmées dans l'arrêt *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443 — et les dispositions des art. 278.1 à 278.91 encadrant la production de dossiers en la possession de tiers, dont la validité a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Puisque le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et la règle interdisant d'obliger la défense à communiquer sa preuve ne sont pas absolus, le législateur peut logiquement aller encore plus loin et s'en écarter. L'analyse que fait la majorité se réduit donc à un simple syllogisme : (1) ces droits ne sont pas absolus et ont été limités de façon similaire; (2) ces limites ont été jugées constitutionnelles; (3) par conséquent, cette nouvelle limite est constitutionnelle.

[200] Mais on dénature ces deux régimes lorsqu'on les qualifie de « similaires » et l'on dénature aussi notre jurisprudence. La majorité ne tient pas compte du mécanisme et des effets réels du régime d'examen des dossiers. Ce régime est plus large en ce qui a trait aux droits de l'accusé par son objet, sa portée et ses effets. Il va plus loin que les art. 276 et 278.1 à 278.91 en reconnaissant à la plaignante le droit à un préavis, ainsi que le droit de « comparaître et [de] présenter [ses] arguments », et il s'applique à un plus large éventail de dossiers, dont beaucoup seront souvent très pertinents et très probants. Il ne se limite pas aux documents qui ont été créés sous le sceau de la confidentialité ou qui se sont retrouvés de façon illicite entre les mains de l'accusé, comme le rapport psychiatrique de la plaignante. De plus, et cela est un point crucial, il vise aussi les *communications numériques* échangées entre l'accusé et la plaignante au sujet des *activités à l'origine de l'accusation* — notamment les messages dans lesquels la plaignante nie que l'infraction soit survenue, indique un motif de fabrication, semble indiquer une incapacité à se rappeler de faits essentiels, ou donne une version incohérente de l'incident allégué. Il s'agit d'une différence de nature et non simplement d'une différence de degré.

[201] In short, and in a field which calls for a context-specific analysis, the majority cannot plausibly claim that regimes which are designed to deal with production, or with evidence that is inherently prejudicial, can be applied across the board to deal with admissibility or with evidence that will often be relevant and highly probative. Nor for that matter can the Attorney General of Canada credibly maintain that Parliament struck the right balance where it has crudely jammed procedures from one regime onto another.

[202] Responding to arguments that no one made, the majority emphasizes that the right to cross-examination is “not unlimited” (para. 183) and that no one has a right to a “perfect” trial (para. 184). But this trivializes the concerns about this regime. And it skates around a certain reality of our criminal justice system, being that these rights, while not absolute, are of the most fundamental order and have been departed from only in *particular, constrained circumstances*.

[203] My reasons focus on the constitutional infirmities of this specific legislation. Properly interpreted, the records screening regime limits the accused’s rights under ss. 11(c), 11(d) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in four ways:

1. It forces accused persons to reveal their defence before the Crown has made out a case to meet, contrary to the principle against self-incrimination, the right to silence, and the presumption of innocence. Accused persons must disclose not only their cross-examination strategy and potential impeachment material, but also *their own prior statements, even before the Crown has opened its case*. While the majority’s analysis fails to answer whether the accused’s communications with the complainant about the subject matter of the charge qualify as “records”, as I will explain, they are clearly captured. Accused persons cannot therefore even *refer to the contents* of those communications in their own defence without first bringing an application. Even if the records

[201] Bref, dans un domaine qui exige que l’on procède à une analyse qui tient compte du contexte, la majorité ne peut de façon plausible affirmer que des régimes qui sont censés porter sur la production de documents ou sur les éléments de preuve qui sont préjudiciables en soi peuvent être appliqués de manière générale pour traiter de l’admissibilité ou de preuves qui seront souvent pertinentes et très probantes. Le procureur général du Canada ne peut pas non plus soutenir de manière crédible que le Parlement a trouvé le juste équilibre en transposant maladroitement les procédures d’un régime à un autre.

[202] Répondant à des arguments que personne n’a formulés, la majorité souligne que le droit au contre-interrogatoire n’est « pas illimit[é] » (par. 183) et que personne n’a droit à un procès « parfait[t] » (par. 184). Ce faisant, elle banalise les préoccupations que soulève ce régime et elle élude une certaine réalité de notre système de justice criminelle, à savoir que, sans être absolus, ces droits sont de l’ordre le plus fondamental et qu’on n’y déroge que dans des *circonstances particulières et limitées*.

[203] Dans mes motifs, je mets l’accent sur les failles constitutionnelles que comportent ces dispositions législatives spécifiques. Si on l’interprète correctement, le régime d’examen des dossiers limite de quatre façons les droits que les al. 11c) et 11d) et l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à l’accusé :

1. Il oblige les accusés à révéler leur défense avant que la Couronne n’ait présenté une preuve complète, ce qui va à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination, du droit de garder le silence et de la présomption d’innocence. Les accusés doivent révéler non seulement leur stratégie de contre-interrogatoire et les éléments susceptibles d’être utilisés pour attaquer la crédibilité des témoins à charge, mais aussi *leurs propres déclarations antérieures*, et ce, même *avant que la Couronne n’ait ouvert sa preuve*. Bien que l’analyse de la majorité ne permette pas de répondre à la question de savoir si les communications échangées entre l’accusé et la plaignante au sujet des activités à l’origine de l’accusation répondent à la définition de « dossiers », elles sont, comme

are ultimately admitted, the accused's rights have been limited.

je vais l'expliquer, clairement visées. Les accusés ne peuvent donc même pas *se référer au contenu* de ces communications pour leur propre défense sans présenter d'abord une demande. Et, même si les dossiers sont finalement admis en preuve, les droits de l'accusé ont été limités.

This alone is fatal to the regime's constitutionality.

Ce fait rend, à lui seul, le régime inconstitutionnel.

2. It restricts the accused's ability to cross-examine Crown witnesses by giving the complainant a role in pre-trial admissibility determinations. The defence must generally disclose its application to the Crown and complainant at least seven days before the admissibility hearing, which risks tainting the complainant's evidence and restricts the accused's ability to impeach the complainant at trial. Cross-examination remains a core component of the right to full answer and defence and the right to a fair trial. In sexual assault cases, it is often the only way to expose falsehoods, memory issues, and inconsistencies in the complainant's testimony.
 3. It makes private records presumptively inadmissible when tendered *by the defence*, but presumptively admissible when tendered *by the Crown*. The prosecution is not bound by the records screening regime and can freely adduce private records in support of a conviction, without pre-trial screening. It is only when the defence wants to use *the same private information* to raise a reasonable doubt that it becomes dangerous. This undermines the purpose of the regime and is contrary to the right to a fair trial.
 4. It sets a stricter test for admitting defence evidence than is warranted or constitutionally permissible. The accused must establish, in advance of the complainant's testimony, that the records have *significant* probative value, meaning some relevant and probative evidence will necessarily be excluded. Combined with the broad scope of
2. Le régime limite la capacité de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge en faisant jouer un rôle à la plaignante lors des décisions préalables à l'audience rendues au sujet de l'admissibilité. La défense doit généralement communiquer sa demande à la Couronne et à la plaignante au moins sept jours avant la tenue de l'audience sur l'admissibilité, ce qui risque de contaminer le témoignage de la plaignante et de limiter la capacité de l'accusé d'attaquer la crédibilité de la plaignante au procès. Le contre-interrogatoire demeure un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière et du droit à un procès équitable. Dans les affaires d'agression sexuelle, il s'agit souvent du seul moyen de faire apparaître les mensonges, les problèmes de mémoire et les incohérences du témoignage de la plaignante.
 3. Il fait en sorte que les dossiers privés sont présumés inadmissibles lorsqu'ils sont présentés *par la défense*, mais qu'ils sont présumés admissibles lorsqu'ils sont soumis *par la Couronne*. La poursuite n'est pas assujettie au régime d'examen des dossiers et elle peut librement présenter en preuve des dossiers privés pour justifier une déclaration de culpabilité, sans que ces dossiers fassent l'objet d'un examen avant le procès. Ce n'est que lorsque la défense veut utiliser les *mêmes renseignements privés* pour soulever un doute raisonnable que ce procédé devient dangereux. Cela compromet l'objet du régime et va à l'encontre du droit à un procès équitable.
 4. Il établit un critère d'admission des preuves à décharge plus strict que ce qui est permis par la Constitution ou justifié. L'accusé doit établir, avant que le témoignage de la plaignante n'ait été entendu, que les dossiers ont une valeur probante (« *a significant probative value* », aux termes de la version anglaise de la disposition), ce qui signifie

“record”, this limits the presumption of innocence and the right to full answer and defence.

[204] These limits are disproportionate and cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. In pursuing a legitimate purpose, Parliament has proceeded in a ham-fisted manner, without regard for fundamental rights of accused persons. The regime is not merely disadvantageous to the defence; it interferes significantly with the accused’s ability to avoid self-incrimination, effectively cross-examine prosecution witnesses, and adduce relevant and probative evidence during a proceeding that will decide their liberty. While the regime may advance Parliament’s objective of protecting complainants’ privacy, dignity, and equality, it does so only marginally, and at the expense of core fair trial rights.

[205] Parliament has legislated a formula for wrongful convictions. Indeed, it has all but guaranteed them. Like the Court that decided *Seaboyer*, I would not tolerate that inevitability. And like the regime at issue in *Seaboyer*, the records screening regime ought to be returned to Parliament to be narrowed. Parliament could have achieved its objective in a *Charter*-compliant way.

II. Legislative Background

[206] Two related legislative schemes preceded the records screening regime:

1. The s. 276 regime, enacted in 1992, limits the use of evidence of a complainant’s other sexual activity during trials for sexual offences. Prior to the enactment of s. 278.92, s. 276 was the only evidentiary rule that imposed a presumption of inadmissibility exclusively on defence evidence, which it did by categorically prohibiting evidence of a complainant’s sexual history when used to support one of two general inferences (*Darrach*,

que certaines preuves pertinentes et probantes seront nécessairement exclues. Combinée à la vaste portée du terme « dossier », cette exigence limite la présomption d’innocence et le droit à une défense pleine et entière.

[204] Ces limites sont disproportionnées et ne peuvent se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique. En poursuivant un but légitime, le législateur s’y est pris maladroitement, sans tenir compte des droits fondamentaux des accusés. Ce régime n’est pas seulement désavantageux pour la défense, il compromet essentiellement la capacité de l’accusé d’éviter l’auto-incrimination, de contre-interroger efficacement les témoins à charge et de présenter des éléments de preuve pertinents et probants dans le cadre d’une instance qui décidera de sa liberté. Bien que le régime puisse promouvoir l’objectif du législateur de protéger la vie privée, la dignité et l’égalité des plaignants, il n’y parvient que de façon accessoire et aux dépens des droits fondamentaux à un procès équitable.

[205] Le Parlement a établi une recette pour des condamnations injustifiées. En fait, avec ce régime, elles sont pratiquement inévitables. À l’instar de la formation de la Cour qui a tranché l’affaire *Seaboyer*, je ne saurais tolérer qu’un innocent soit déclaré coupable. Et comme le régime en cause dans l’affaire *Seaboyer*, le régime d’examen des dossiers devrait être renvoyé au Parlement pour qu’il en restreigne la portée. Le Parlement aurait pu atteindre son objectif en se conformant à la *Charte*.

II. Contexte législatif

[206] Deux régimes législatifs connexes ont précédé le régime d’examen des dossiers :

1. Le régime de l’art. 276, adopté en 1992, limite l’utilisation, dans les procès pour infractions sexuelles, d’éléments de preuve portant sur des activités sexuelles de la plaignante autres que celles à l’origine de l’accusation. Avant l’adoption de l’art. 278.92, l’art. 276 était la seule règle de preuve qui prévoyait une présomption d’inadmissibilité qui s’appliquait exclusivement aux preuves à décharge, en interdisant

at para. 2). This Court upheld its constitutionality in *Darrach*, explaining that s. 276 is “designed to exclude irrelevant information and only that relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative” (para. 43).

2. The ss. 278.1 to 278.91 regime, enacted in 1997, regulates the production of third-party records to accused persons in sexual offence proceedings. This Court upheld its constitutionality in *Mills*, concluding that the regime was “carefully tailored to reflect the problem Parliament was addressing” — preserving an accused’s access to private records that may be relevant, while protecting the privacy rights of complainants and witnesses (para. 99).

[207] Following the enactment of those regimes, it became apparent that admissibility of documents in the possession of the accused in which the complainant has a privacy interest raised a “quite different problem” (*R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 133). In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, and *Shearing*, this Court stated a common law process for admissibility of records in the accused’s possession.

[208] In 2012, the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs reviewed the third-party record regime. It recommended that Parliament consider creating “a procedure governing the admissibility and use during trial of a complainant’s private records, as defined in section 278.1 of the *Criminal Code*, which are not wrongfully in the hands of the accused” (*Statutory Review on the Provisions and Operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings): Final Report*, at p. 20). In response, on December 13, 2018, Parliament enacted the records screening regime.

catégoriquement toute preuve portant sur les antécédents sexuels de la plaignante lorsque cette preuve était utilisée pour étayer l’une de deux déductions générales (*Darrach*, par. 2). Notre Cour a confirmé la constitutionnalité de cette disposition dans l’arrêt *Darrach*, en expliquant que l’art. 276 visait « à exclure les renseignements non pertinents et uniquement les renseignements pertinents dont l’effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l’emporte sur leur valeur probante » (par. 43).

2. Le régime des art. 278.1 à 278.91, qui a été adopté en 1997, encadre la production de dossiers en la possession de tiers aux accusés dans les procès pour infractions sexuelles. Notre Cour a confirmé la constitutionnalité de ce régime dans l’arrêt *Mills*, en concluant qu’il était « soigneusement conçu pour refléter le problème auquel le législateur s’attaquait » — préserver l’accès de l’accusé aux dossiers privés qui peuvent être pertinents tout en protégeant le droit à la vie privée des plaignants et des témoins (par. 99).

[207] À la suite de l’adoption de ces régimes, il est devenu évident que l’admissibilité des documents en possession de l’accusé à l’égard desquels la plaignante a droit au respect de sa vie privée posait une « difficulté très différente » (*R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 133). Dans les arrêts *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, et *Shearing*, notre Cour a fait état d’une démarche fondée sur la common law pour déterminer l’admissibilité des dossiers se trouvant en la possession de l’accusé.

[208] En 2012, le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a examiné le régime de communication de dossiers en possession de tiers. Il a recommandé au Parlement d’envisager d’établir « une procédure régissant l’admissibilité et l’utilisation à un procès des dossiers privés de plaignants, selon l’article 278.1 du *Code criminel*, que l’accusé ne détient pas illégalement » (*Examen législatif des dispositions et de l’application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d’infraction d’ordre sexuel) : Rapport final*, p. 21). En réaction, le 13 décembre 2018, le Parlement a adopté le régime actuel d’examen des dossiers.

[209] As I have already noted more generally, the records screening regime makes presumptively inadmissible any record in the accused's possession relating to the complainant for which there is a reasonable expectation of privacy and which the accused intends to adduce (ss. 278.1 and 278.92(1)). The proposed evidence is inadmissible, *unless* (1) it is admissible under s. 276, where s. 276 applies (s. 278.92(2)(a)); or in any other case, (2) it is "relevant to an issue at trial and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice" (s. 278.92(2)(b)). Further, s. 278.92(3) enumerates nine factors that the judge shall consider in determining admissibility, including "any other factor that the judge . . . considers relevant" (s. 278.92(3)(i)).

[210] Under s. 278.93(1), the accused must make an application to determine whether such evidence is admissible under ss. 276(2) or 278.92(2). Section 278.93(2) sets out the form and content of the application. The application "must be made in writing, setting out detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial". That application must be filed and *given to the Crown* and the clerk of the court "at least seven days previously, or any shorter interval that the judge . . . may allow in the interests of justice" (s. 278.93(4)). If the judge is satisfied that the application has been properly served and that the evidence is "capable of being admissible", the judge shall hold a threshold screening hearing to determine whether the evidence is admissible under ss. 276(2) or 278.92(2).

[211] The admissibility hearing is held *in camera* (s. 278.94(1)). The complainant is not compellable at the hearing but *may appear and make submissions* (s. 278.94(2)). The complainant has the right to be represented by counsel (s. 278.94(3)).

[209] Comme je l'ai déjà signalé de façon plus générale, le régime d'examen des dossiers fait en sorte que tous les dossiers privés se rapportant à la plaignante qui sont en la possession de l'accusé et pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et que l'accusé se dispose à présenter en preuve sont présumés inadmissibles : art. 278.1 et par. 278.92(1). La preuve proposée n'est admissible *que si* : (1) elle est admissible en vertu de l'art. 276, lorsque celui-ci s'applique (al. 278.92(2)a)); (2) dans les autres cas, elle est « en rapport avec un élément de la cause et [. . .] le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante » (al. 278.92(2)b)). De plus, le par. 278.92(3) énumère neuf facteurs que le juge prend en considération pour décider si la preuve est admissible, y compris « tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce » (al. 278.92(3)i)).

[210] Aux termes du par. 278.93(1), l'accusé doit présenter une demande pour qu'il soit décidé si la preuve est admissible au titre des par. 276(2) ou 278.92(2). Le paragraphe 278.93(2) précise la forme et le contenu de cette demande. La demande « est formulée par écrit et énonce toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause ». Cette demande doit être déposée et *expédiée au poursuivant* et au greffier du tribunal « au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par [le juge] dans l'intérêt de la justice » (par. 278.93(4)). S'il est convaincu que la demande a été régulièrement signifiée et « qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible », le juge tient une audience préliminaire pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des par. 276(2) ou 278.92(2).

[211] L'audience sur l'admissibilité se tient à huis clos (par. 278.94(1)). La plaignante *peut comparaître et présenter ses arguments* à l'audience, mais ne peut être contrainte à témoigner (par. 278.94(2)). Elle a le droit d'être représentée par un avocat (par. 278.94(3)).

III. Analysis

A. *Preliminary Points Regarding the Majority's Analytical Structure*

[212] I first offer this brief comment on the proper analytical framework to be applied where both ss. 7 and 11(d) of the *Charter* are raised.

[213] I concur with Rowe J.'s reasons. The jurisprudence on s. 7 and its relationship to other sections of the *Charter*, including (as here) s. 11, is doctrinally obscure and methodologically incoherent, being the product of 40 years of accumulated judicial *ad hoc*-ery. The majority's reasons regrettably extend this trajectory in a particularly regressive manner by using s. 7 not to *protect* the fair trial and due process guarantees under the *Charter*, but to *erode* them. This, in form and effect, makes Rowe J.'s case that our s. 7 jurisprudence is increasingly "being used as the instrument to imperil [fair trial] protection" (Rowe J.'s reasons, at para. 431). That our law has come to this curious point is, to put it mildly, remarkable and unfortunate.

[214] That said, in order to fully respond to the submissions and the majority's reasons, I apply the framework from *Mills* and *Darrach* that they invoke. The majority dismisses the dissenting reasons out of hand, saying that we disregard the principle of *stare decisis* (para. 14). This is simply incorrect: in finding the regime unconstitutional, I apply the governing framework. More to the point, however, the majority's plea of *stare decisis* is no answer to the extraordinary convolutions in the s. 7 jurisprudence that Rowe J. recounts and which, as I say, the majority's judgment perpetuates.

[215] I also observe, respectfully, that the majority provides no useful guidance for courts that will in

III. Analyse

A. *Points préliminaires concernant la méthode d'analyse de la majorité*

[212] Tout d'abord, je fais le bref commentaire suivant sur le cadre d'analyse qu'il convient d'appliquer lorsque l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* sont invoqués.

[213] Je souscris aux motifs du juge Rowe. La jurisprudence sur l'art. 7 et sa relation avec les autres articles de la *Charte*, dont (comme en l'espèce) l'art. 11, est obscure sur le plan de la doctrine et incohérente au chapitre de la méthode, car elle est le fruit de 40 ans de décisions judiciaires ponctuelles. Les motifs de la majorité poursuivent hélas cette trajectoire de manière particulièrement régressive en se servant de l'art. 7 non pas pour *protéger* les garanties de procès équitable et d'application régulière de la loi offertes par la *Charte*, mais pour les *éroder*. Cela établit le bien-fondé, tant au chapitre de la forme que de l'effet, de la thèse du juge Rowe selon laquelle notre jurisprudence relative à l'art. 7 est de plus en plus « utilisé[e] pour mettre en péril [la] protection [d'un procès équitable] » (motifs du juge Rowe, par. 431). Le fait que notre droit en soit arrivé à ce curieux stade est, c'est le moins qu'on puisse dire, remarquable et regrettable.

[214] Cela dit, afin de répondre exhaustivement aux arguments de même qu'aux motifs de la majorité, j'applique le cadre proposé dans les arrêts *Mills* et *Darrach* qu'elle invoque. La majorité rejette d'emblée les motifs dissidents, affirmant que nous ne tenons pas compte du principe du *stare decisis* (par. 14). Cela est tout simplement inexact : en jugeant le régime inconstitutionnel, j'applique le cadre pertinent. Plus précisément, toutefois, le plaidoyer de la majorité en faveur du *stare decisis* n'est pas une solution aux circonvolutions extraordinaires dans la jurisprudence sur l'art. 7 que relate le juge Rowe et que perpétue, selon moi, le jugement de la majorité.

[215] Je fais aussi observer, en toute déférence, que la majorité ne donne aucune indication utile aux

future cases have to apply the existing framework. My colleagues describe the “methodology” for assessing multiple alleged *Charter* breaches as “highly context- and fact-specific” and say that it “may depend on the factual record, the nature of the *Charter* rights at play” and “how they intersect” (whatever that means) (para. 115). Similarly, they urge a “full appreciation of the relevant principles of fundamental justice as they operate within a particular context” (para. 122 (Brackets deleted), citing *Mills*, at para. 63). None of this can plausibly be described as a “methodology”. It is, rather, quite the opposite, and instead makes the case that the exercise is indeed pure *ad hoc*-ery, and will continue to be so.

[216] Secondly, we heard submissions regarding the framework to be applied where a complainant’s constitutionally protected rights are at stake — that is, whether “balancing” under *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, or “reconciling” under *Mills* and *Darrach* is the appropriate framework. It is not necessary for me to decide this since, in my view, the accused’s rights are not in competition with any other set of rights here. Unlike the evidence under ss. 278.1 to 278.91 considered in *Mills*, the records at issue here are already in the accused’s hands, leaving no s. 8 concern for invasion of privacy by the state to be shown (*Shearing*, at para. 95). And unlike s. 276 evidence considered in *Darrach*, there is nothing categorically prejudicial about the records captured by ss. 278.92 to 278.94, and thus it is not obvious that “the privacy, dignity, and equality interests of complainants” are “at play” (again, whatever that means) (majority reasons, at para. 119). There is therefore nothing to balance, or reconcile. Further, while the majority peremptorily announces that “encouraging the reporting of sexual violence and protecting the security and privacy of witnesses” are principles of fundamental justice (para. 120), that proposition is simply not borne out on closer inspection. As Rowe J. observes at para. 370 of his reasons, *Seaboyer* did not recognize those goals

tribunaux qui devront appliquer le cadre existant. Mes collègues décrivent la « méthode » d’évaluation de multiples violations alléguées de la *Charte* comme étant « fortement tributaire du contexte et des faits » et disent qu’elle « peut dépendre des faits de l’espèce, de la nature des droits protégés par la *Charte* en jeu et de la manière dont ils se recoupent » (comprenez qui pourra) (par. 115). Pareillement, ils demandent avec insistance une « compréhension complète de la façon dont les principes de justice fondamentale pertinents s’appliquent dans un contexte donné » (par. 122 (crochets omis), citant *Mills*, par. 63). Rien de tout cela ne peut plausiblement être décrit comme une « méthode ». C’est plutôt le contraire, et cela démontre plutôt que l’entreprise est en fait purement ponctuelle, et qu’elle le restera.

[216] Ensuite, nous avons entendu des arguments concernant le cadre à appliquer lorsque les droits constitutionnels d’une plaignante sont en jeu — c’est-à-dire la question de savoir si c’est la « pondération » dont il est question dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, ou la « conciliation » proposée dans les arrêts *Mills* et *Darrach* qui constitue le cadre approprié. Il n’est pas nécessaire que je tranche cette question parce qu’à mon avis, les droits des accusés ne sont en concurrence avec aucun autre ensemble de droits en l’espèce. Contrairement à la preuve visée par les art. 278.1 à 278.91 dont il était question dans l’arrêt *Mills*, les dossiers en litige dans la présente affaire sont déjà entre les mains de l’accusé, ce qui écarte toute préoccupation en matière d’atteinte à la vie privée par l’État qui devrait être établie en vertu de l’art. 8 (*Shearing*, par. 95). Et contrairement à la preuve visée par l’art. 276 dont il était question dans l’arrêt *Darrach*, les dossiers auxquels s’appliquent les art. 278.92 à 278.94 n’ont rien de catégoriquement préjudiciable, et il n’est pas évident que « les intérêts relatifs à la vie privée, à la dignité et à l’égalité de la plaignante sont en jeu » (une fois encore, comprenez qui pourra) (motifs de la majorité, par. 119). Il n’y a donc rien à pondérer ou à concilier. De plus, bien que la majorité annonce de manière péremptoire

as principles of fundamental justice and it is unlikely they would meet the current test.

[217] Even if this case did “engage” competing *Charter* rights, *Darrach* and *Mills* would not be determinative of the constitutionality of the records screening regime. By way of background, various Attorneys General say that Parliament extended the *Criminal Code*’s existing protections simply to fill a “gap” where the defence already possesses private records relating to the complainant. And so the Crown characterizes the records screening regime as “a principled extension of the common law and related codified procedural and evidentiary schemes that have already survived constitutional scrutiny” (A.F. in J.J.’s case, at para. 1). The majority indiscriminately embraces this view, saying the same conclusion should follow here.

[218] I disagree. The records screening regime is unlike the s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 regimes. As counsel for J.J. explained, “[i]t raises a different problem, requiring a different solution” (transcript, day 1, at p. 45). Those regimes govern situations where the accused attempts to secure or adduce material that is presumptively irrelevant by nature, and whose production or use is inherently prejudicial to trial fairness. In contrast, the records screening regime governs the use of materials in the accused’s possession that are *often relevant, probative, and not inherently prejudicial*. There will, for example, rarely be a risk of prejudice to the trial process (in the sense of misleading the trier of fact) where an accused impeaches the complainant using a text message that

qu’« encourager la dénonciation de la violence sexuelle et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins » soient des principes de justice fondamentale (par. 120), cette proposition ne résiste tout simplement pas à un examen plus approfondi. Comme le fait observer le juge Rowe dans ses motifs, au par. 370, la Cour dans *Seaboyer* n’a pas reconnu ces objectifs comme étant des principes de justice fondamentale, et il est peu probable qu’ils répondent au test actuel.

[217] Même si la présente affaire mettait effectivement « en jeu » des droits concurrents garantis par la *Charte*, les arrêts *Darrach* et *Mills* ne seraient pas déterminants pour la constitutionnalité du régime d’examen des dossiers. En guise de toile de fond, plusieurs procureurs généraux affirment que le Parlement n’a fait qu’étendre les protections offertes actuellement par le *Code criminel* pour combler une « lacune » lorsque la défense a déjà en sa possession des dossiers privés concernant la plaignante. D’ailleurs, la Couronne décrit le régime d’examen des dossiers comme [TRADUCTION] « une extension logique de la common law et des régimes codifiés connexes en matière de procédure et de preuve qui ont passé avec succès l’épreuve d’une contestation constitutionnelle » (m.a. dans le cas de J.J., par. 1). La majorité se rallie sans discernement à ce point de vue, et affirme que la même conclusion devrait s’appliquer en l’espèce.

[218] Je ne suis pas de cet avis. Le régime d’examen des dossiers diffère du régime prévu à l’art. 276 et de celui des art. 278.1 à 278.91. Comme l’a expliqué l’avocat de J.J. : [TRADUCTION] « [c]e régime soulève un problème différent et exige une solution différente » (transcription, 1^{re} journée, p. 45). Les régimes en question visent des situations dans lesquelles l’accusé cherche à obtenir ou à présenter en preuve des documents qui sont présumés non pertinents de par leur nature et dont la production ou l’utilisation est préjudiciable en soi à l’équité du procès. En revanche, le régime d’examen des dossiers concerne l’utilisation de documents qui se trouvent en la possession de l’accusé et qui sont *souvent pertinents et probants et ne sont pas préjudiciables en soi*. Par exemple,

the complainant sent to the accused, and which is not relied on for myth-based reasoning.

[219] As to s. 276, this Court has emphasized more than once that it captures a narrow category of evidence, and for good reason. In *Seaboyer*, the Court explained that its purpose was to abolish the old common law rules permitting admission of the complainant’s sexual conduct which is of little probative value and calculated to mislead the jury (p. 604). And in *Darrach*, Gonthier J. repeatedly emphasized that s. 276 aims to exclude only *irrelevant and misleading* evidence (paras. 19, 21, 25, 37, 42, 45 and 58). That justification was definitively expressed in the following passages:

An accused has never had a right to adduce irrelevant evidence. Nor does he have the right to adduce misleading evidence to support illegitimate inferences: “the accused is not permitted to distort the truth-seeking function of the trial process” (*Mills, supra*, at para. 74). Because s. 276(1) is an evidentiary rule that only excludes material that is not relevant, it cannot infringe the accused’s right to make full answer and defence. . . .

...

Prior sexual activity is, like hearsay, character evidence and similar fact evidence, restricted in its admissibility. If the defence seeks to adduce such evidence, it must establish that it supports at least some relevant inference.

...

Evidence of prior sexual activity will rarely be relevant to support a denial that sexual activity took place or to establish consent. [Emphasis added; paras. 37, 46 and 58.]

il est peu probable que le déroulement du procès soit compromis — au sens où le juge des faits serait induit en erreur — si l’accusé attaque la crédibilité de la plaignante au moyen d’un message texte qu’elle lui a envoyé et qui n’est pas utilisé pour appuyer un raisonnement fondé sur un mythe.

[219] Quant à l’art. 276, notre Cour a souligné à de nombreuses reprises qu’il vise une catégorie plus restreinte de preuves, et ce, pour de bonnes raisons. Dans l’arrêt *Seaboyer*, la Cour a expliqué que cet article visait à abolir les anciennes règles de common law qui permettaient d’admettre des preuves qui étaient relatives au comportement sexuel de la plaignante, mais qui avaient peu de valeur probante et étaient destinées à tromper le jury (p. 604). Et dans l’arrêt *Darrach*, le juge Gonthier a souligné à plusieurs reprises que l’art. 276 visait à exclure uniquement les éléments de preuve *non pertinents et trompeurs* (par. 19, 21, 25, 37, 42, 45 et 58). La Cour a formulé cette justification de façon indéniable dans les extraits suivants :

Un accusé n’a jamais eu le droit de produire des éléments de preuve non pertinents. Il n’a pas non plus le droit de produire des éléments de preuve trompeurs pour étayer des déductions illégitimes : « il n’est pas permis à l’accusé de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire » (*Mills*, précité, au par. 74). Comme le par. 276(1) établit une règle de preuve qui n’exclut que les éléments de preuve non pertinents, il ne peut pas porter atteinte au droit de l’accusé à une défense pleine et entière . . .

...

Tout comme pour la preuve par oui-dire, la preuve de moralité et la preuve de faits similaires, l’admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur fait l’objet de restrictions. La défense qui cherche à présenter une telle preuve doit établir qu’elle étaye au moins une déduction pertinente quelconque.

...

La preuve du comportement sexuel antérieur sera rarement pertinente pour appuyer une dénégation que l’activité sexuelle a eu lieu ou pour établir le consentement. [Je souligne; par. 37, 46 et 58.]

[220] But none of this is true of records captured by the regime established under ss. 278.92 to 278.94. Before us, the Crown argued that private records are “equally capable of raising the same concerns that animate section 276” including “the potential for myth-based reasoning . . . that extend[s] beyond the twin myths” (transcript, day 1, at p. 11). Counsel did not clarify which myths she was referring to. The majority similarly asserts that private records are “analogous to s. 276 evidence, as they can also implicate myths that are insidious and inimical to the truth-seeking function of the trial” (para. 162). This is another entirely peremptory assertion. There is no basis in the evidence or jurisprudence for concluding that all material engaging the complainant’s privacy interest that is in the accused’s possession will distort the truth-seeking function of the trial. Moreover, it is belied by the case law applying the records screening regime to date, which demonstrates that “records” will often be highly relevant, probative, and unrelated to myths and stereotypes. This is all quite apart from the regime’s broad application to “records” in the hands of the defence but not in the hands of the Crown, which further highlights the differences between the impugned legislation and the s. 276 regime.

[221] As for ss. 278.1 to 278.91, that regime is concerned with *production* of records from third parties, not the *admissibility* of records already in the accused’s possession. The former are highly private and often confidential records that were never intended for the accused’s eyes. In *Mills*, the Court explained that the scope of the accused’s right to full answer and defence must be determined in light of the competing privacy and equality rights of complainants and witnesses. This exercise is necessarily *context-specific*. Where the accused seeks to rely on information “that will only serve to distort the truth-seeking purpose of a trial”, privacy and equality concerns are paramount (para. 94). 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

[220] Mais rien de tout cela ne vaut dans le cas des dossiers visés par le régime instauré par les art. 278.92 à 278.94. La Couronne a soutenu devant nous que les dossiers privés [TRADUCTION] « sont susceptibles de soulever les mêmes préoccupations que celles qu’engendre l’article 276 », y compris « le risque d’un raisonnement fondé sur des mythes [. . .] qui déborde le cadre des deux mythes » (transcription, 1^{re} journée, p. 11). L’avocate n’a pas précisé à quel mythe elle faisait allusion. La majorité affirme elle aussi que les dossiers privés sont « analogues à la preuve relevant de l’art. 276, car ils peuvent aussi mettre en jeu des mythes qui sont insidieux et incompatibles avec la fonction de recherche de la vérité du procès » (par. 162). Il s’agit d’une autre affirmation tout à fait péremptoire. Rien dans la preuve ou la jurisprudence ne permet de conclure que tous les documents qui mettent en jeu le droit de la plaignante au respect de sa vie privée et qui se trouvent en la possession de l’accusé fausseront la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire. De plus, cette conclusion est démentie par la jurisprudence qui a jusqu’ici appliqué le régime d’examen des dossiers et qui démontre que les « dossiers » sont souvent très pertinents et probants et sans rapport avec des mythes et des stéréotypes. Tout cela sans parler du fait que le régime s’applique de façon générale à des « dossiers » qui se trouvent entre les mains de la défense, mais pas entre celles de la Couronne, ce qui fait encore mieux ressortir les différences qui existent entre les dispositions contestées et le régime de l’art. 276.

[221] Quant aux art. 278.1 à 278.91, le régime en question intéresse la *production* de dossiers émanant de tiers, et non l’*admissibilité* des dossiers se trouvant déjà en la possession de l’accusé. Les premiers sont des documents très privés et souvent confidentiels qui n’ont jamais été destinés à être vus par l’accusé. Dans l’arrêt *Mills*, la Cour a expliqué que la portée du droit de l’accusé à une défense pleine et entière devait être circonscrite à la lumière des droits concurrents à la vie privée et à l’égalité des plaignants et des témoins. Cette analyse est nécessairement *fonction du contexte*. Lorsque l’accusé cherche à obtenir des renseignements « qui ne contribueront qu’à fausser l’objectif de recherche de la vérité d’un procès », les droits à la vie privée et à l’égalité priment (par. 94). En revanche, « si les renseignements contenus dans

yield to the need to avoid convicting the innocent” (para. 94 (emphasis added)). This Court in *Shearing* made clear that the same rationales governing production do not apply to admissibility (paras. 105-7).

[222] I therefore cannot agree that the constitutionality of the records screening regime flows from this Court’s statements in *Mills* and *Darrach*. Indeed, it would appear that those statements militate *against* the regime’s constitutionality. The records screening regime renders presumptively inadmissible the same types of records that would be produced to the accused under the *Mills* regime as being necessary for full answer and defence at a preliminary stage.

[223] Rather, the analysis turns on the interpretation of the specific provisions, particularly the following phrases:

1. “record”;
2. “which the accused intends to adduce”;
3. the complainant may “appear and make submissions”;
4. “seven days previously, or any shorter interval that the judge . . . may allow in the interests of justice”.

[224] I would find that the records screening regime violates both s. 11 and s. 7. For that reason, applying the existing *Charter* framework and responding to the parties’ submissions, I proceed to consider the records screening regime element by element rather than duplicating the analysis by considering ss. 11 and 7 breaches separately.

[225] With those structural points in mind, I now turn to consider the constitutionality of the records screening regime by, first, discerning its scope, then showing the four ways in which the regime limits the accused’s *Charter* rights.

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 » (par. 94 (je souligne)). Dans l’arrêt *Shearing*, notre Cour a bien précisé que le raisonnement régissant la production ne s’applique pas à l’admissibilité (par. 105-107).

[222] Je ne peux donc admettre que la constitutionnalité du régime d’examen des dossiers découle des affirmations faites par notre Cour dans les arrêts *Mills* et *Darrach*. En fait, il semblerait que ces affirmations militent *contre* la constitutionnalité du régime. Le régime d’examen des dossiers fait en sorte que sont présumés inadmissibles les mêmes types de dossier qui seraient communiqués à l’accusé sous le régime de l’arrêt *Mills*, car ils sont nécessaires à une défense pleine et entière à une étape préliminaire.

[223] L’analyse repose plutôt sur l’interprétation de dispositions spécifiques, et en particulier des termes suivants :

1. « dossier »;
2. « que [l’accusé] se dispose à présenter en preuve »;
3. la plaignante peut « comparaître et présenter ses arguments »;
4. « sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par [le juge] dans l’intérêt de la justice ».

[224] Je suis d’avis que le régime d’examen des dossiers viole tant l’art. 11 que l’art. 7. Pour cette raison, en appliquant le cadre d’analyse actuel fondé sur la *Charte* et en répondant aux arguments des parties, j’amorce l’examen de chaque élément de ce régime plutôt que de reproduire l’analyse en étudiant séparément les violations des art. 11 et 7.

[225] Gardant ces points de repère à l’esprit, je passe maintenant à l’examen de la constitutionnalité du régime d’examen des dossiers en précisant tout d’abord sa portée et en indiquant les quatre limites que ce régime apporte aux droits conférés à l’accusé par la *Charte*.

B. *The Records Screening Regime Limits the Accused's Rights Under Sections 11(c), 11(d) and 7 of the Charter*

(1) Overbreadth

[226] The records screening regime renders presumptively inadmissible a remarkably broad range of records in the hands of the defence, capturing not only records that are sensitive or prejudicial — contrary to the majority's view. Further, it regulates their use in any manner. These conclusions flow, respectively, from the proper interpretation of the terms “record” and “adduce”.

(a) “Record”

[227] As I will explain, properly interpreted, the definition of “record” is not limited to records created in a confidential context — such as therapeutic or medical records. Nor is it limited to materials containing “information of an intimate or highly personal nature that is integral to the complainant's overall physical, psychological or emotional well-being” (majority reasons, at para. 42). Crucially, as explained below *and conceded by the Crown*, it may capture digital communications sent between the accused and complainant about the subject matter of the charge.

[228] My colleagues in the majority attempt to rein in the definition of “record”, promising “guidance” on that matter (para. 37). But instead, recognizing that including *all* digital communications would render the regime overbroad, the majority reads limits into s. 278.1 that do not appear in the text, were not argued by the parties, and are inconsistent with Parliament's intent. Four main problems with the majority's interpretive exercise arise.

[229] First, as Côté J. also observes (para. 466), the majority's interpretation gives no helpful guidance on the central question: whether communications

B. *Le régime d'examen des dossiers limite les droits garantis à l'accusé par les al. 11c) et 11d) et par l'art. 7 de la Charte*

(1) Portée excessive

[226] Le régime d'examen des dossiers fait en sorte que sont présumés inadmissibles un éventail remarquablement large de documents qui sont entre les mains de la défense. Il ne vise pas que les dossiers qui sont sensibles ou préjudiciables — contrairement à ce que pense la majorité. De plus, il encadre toutes les utilisations qui peuvent en être faites. Ces conclusions découlent de l'interprétation qu'il convient de donner aux termes « dossier » et « présenter en preuve ».

a) « Dossier »

[227] Comme je vais l'expliquer, lorsqu'on l'interprète correctement, la définition du terme « dossier » ne se limite pas aux documents créés sous le sceau de la confidentialité, tels que les dossiers thérapeutiques ou médicaux. Elle ne se limite pas non plus aux documents contenant des « renseignements d'une nature intime ou très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel » (motifs de la majorité, par. 42). Point crucial, comme il est expliqué ci-après *et comme la Couronne l'a admis*, elle est également susceptible de viser les communications numériques échangées entre l'accusé et la plaignante au sujet des activités à l'origine de l'accusation.

[228] Mes collègues de la majorité tentent de restreindre la définition du terme « dossier », et promettent de donner des « indications » sur ce point (par. 37). Mais en reconnaissant que le fait d'englober *toutes les* communications numériques donnerait une portée excessive au régime, la majorité interpole dans l'art. 278.1 des limites qui ne s'y trouvent pas, qui n'ont pas été plaidées par les parties et qui sont incompatibles avec l'intention du législateur. L'interprétation proposée par la majorité pose quatre grands problèmes.

[229] Premièrement, comme le fait aussi observer la juge Côté (par. 466), l'interprétation de la majorité ne donne aucune indication utile sur la question centrale,

between the accused and complainant about the subject matter of the charge are captured by the definition of “record”. My colleagues declare that s. 278.1 captures only records that could cause “potential prejudice to the complainant’s personal dignity” (para. 53), which may include “discussions regarding mental health diagnoses, suicidal ideation, prior physical or sexual abuse, substance abuse or involvement in the child welfare system” (para. 55). According to the majority, “the scheme is not intended to catch more mundane information” such as “general emotional states, everyday occurrences or general biographical information” (paras. 53 and 56).

[230] No explanation is offered of how these limits are implicit in the text (which is unsurprising, since they are not). The majority claims to “consider Parliament’s intent” (para. 37), but completely absent from my colleagues’ interpretive exercise is any explanation of how that intent, as they see it, is to be drawn from the text. Nor do my colleagues even refer to the legislative proceedings, aside from their (paradoxical) observation that “the 2012 Senate Report contemplated a broad application for the record screening regime” (para. 79 (emphasis added)). We are simply left with a vague, unelaborated contextual analysis, and no practical guidance. Under the majority’s approach, it is unclear, for instance, whether the following communications between the accused and complainant would be subject to the screening regime:

1. messages from the complainant after an alleged sexual assault indicating she did not remember the events or providing an inconsistent version of events as compared to her police statement;
2. angry or abusive messages sent between the parties during a breakdown of their relationship referring back to the alleged sexual assault;
3. sexualized or flirtatious text conversations before or after the alleged sexual assault, arranging plans to meet again.

celle de savoir si les communications échangées entre l’accusé et la plaignante au sujet des actes à l’origine de l’accusation sont visées par la définition du terme « dossier ». Mes collègues déclarent que l’art. 278.1 vise uniquement les dossiers susceptibles de poser un « risque d’atteinte à la dignité du plaignant » (par. 53), ce qui peut comprendre des « entretiens sur des diagnostics de santé mentale, des idées suicidaires, des sévices physiques ou sexuels antérieurs, des problèmes de toxicomanie ou des démêlés avec le système de protection de l’enfance » (par. 55). Selon la majorité, « le régime ne vise pas à englober les renseignements plus banals » comme « l’état émotionnel général, les faits quotidiens ou les renseignements biographiques généraux » (par. 53 et 56).

[230] Aucune explication n’est avancée sur la présence implicite de ces limites dans le texte (ce qui n’est guère étonnant, puisque ces limites n’existent pas). La majorité prétend « [se] pench[er] sur l’intention du Parlement » (par. 37), mais l’interprétation de mes collègues n’explique pas du tout comment cette intention, telle qu’ils la perçoivent, doit être tirée du texte. Mes collègues ne renvoient même pas non plus au processus législatif, hormis leur observation (paradoxale) selon laquelle « le rapport sénatorial de 2012 prévoyait une application large du régime d’examen des dossiers » (par. 79 (je souligne)). Nous devons nous contenter d’une analyse contextuelle floue et imprécise et nous passer d’indications pratiques. Si l’on adopte l’approche de la majorité, on ne peut savoir avec certitude, par exemple, si les communications suivantes échangées entre l’accusé et la plaignante relèveraient du régime d’examen :

1. messages de la plaignante après l’agression sexuelle reprochée indiquant qu’elle ne se souvient pas de ce qui s’est passé ou donnant une version des faits qui contredit sa déclaration à la police;
2. messages agressifs ou insultants échangés entre les parties lors d’une rupture et faisant référence à l’agression sexuelle reprochée;
3. messages textes à caractère sexuel ou au ton séducteur échangés par les parties avant ou après l’agression sexuelle reprochée et dans lesquels les parties prévoient se revoir.

[231] Do any of these records contain information “of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being”? Are they records “of an explicit sexual nature” that “concern the subject matter of the charge”? (majority reasons, at para. 71) The answer is not obvious (or even discernible) on the majority’s analysis, yet knowing this is critical to the accused’s ability to mount a defence. If those communications are captured, the accused cannot refer to them when responding to the Crown’s case, without having disclosed them in advance. As the majority observes, communications between the complainant and accused are the most contentious and litigated aspect of the records screening regime. (For instance, see *R. v. A.C.*, 2020 ONSC 184 (emails between the accused and the complainant regarding the breakdown of their marriage); *R. v. Navaratnam*, 2021 ONCJ 272, 488 C.R.R. (2d) 214 (records of communications with the complainant from before and after the alleged assault); *R. v. Whitehouse*, 2020 NSSC 87, 61 C.R. (7th) 400 (records of communications between the accused and the complainant and the complainant and third parties); *R. v. McKnight*, 2019 ABQB 755, 7 Alta. L.R. (7th) 195 (text messages sent by the complainant to the accused); *R. v. A.M.*, 2020 ONSC 8061, 397 C.C.C. (3d) 379 (WhatsApp messages sent between the accused and the complainant during their marriage); *R. v. S.R.* (2021), 488 C.R.R. (2d) 95 (Ont. S.C.J.) (WhatsApp messages between the accused and his former spouse).)

[232] Secondly, the majority’s definition of “personal information” and “reasonable expectation of privacy” is inexplicably narrow. *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75, was a civil case addressing the specific situation where “[p]roceedings in open court can lead to the dissemination of highly sensitive personal information that would result not just in discomfort or embarrassment, but in an affront to the affected person’s dignity” (para. 7 (emphasis added)). The majority uses that “narrower dimension of privacy” to define *all* “personal information” under s. 278.1. This definition is, however, inconsistent with privacy legislation that uses the same phrase. For instance,

[231] L’un ou l’autre de ces dossiers contient-il des renseignements « de nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être global de la plaignante sur les plans physique, psychologique ou émotionnel »? S’agit-il de dossiers « de nature sexuelle explicite » qui « se rapportent à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation »? (motifs de la majorité, par. 71) La réponse n’est pas évidente (ni même discernable) à la lecture de l’analyse de la majorité. Il est toutefois essentiel de la connaître pour permettre à l’accusé de se défendre. Si ces communications sont visées, l’accusé ne peut y faire référence lorsqu’il répond à la preuve à charge, à moins de les avoir déjà communiquées. Comme le fait observer la majorité, les communications échangées entre la plaignante et l’accusé constituent l’aspect le plus litigieux et le plus contesté du régime d’examen des dossiers. (Voir, par exemple, *R. c. A.C.*, 2020 ONSC 184 (courriels échangés entre l’accusé et la plaignante au sujet de la rupture de leur mariage); *R. c. Navaratnam*, 2021 ONCJ 272, 488 C.R.R. (2d) 214 (dossiers de communications échangées avec la plaignante tant avant qu’après l’agression reprochée); *R. c. Whitehouse*, 2020 NSSC 87, 61 C.R. (7th) 400 (dossiers de communications échangées entre l’accusé et la plaignante et entre la plaignante et des tiers); *R. c. McKnight*, 2019 ABQB 755, 7 Alta. L.R. (7th) 195 (messages textes envoyés par la plaignante à l’accusé); *R. c. A.M.*, 2020 ONSC 8061, 397 C.C.C. (3d) 379 (messages WhatsApp échangés entre l’accusé et la plaignante pendant leur mariage); *R. c. S.R.* (2021), 488 C.R.R. (2d) 95 (C.S.J. Ont.) (messages WhatsApp échangés entre l’accusé et son ex-conjointe).)

[232] Deuxièmement, la définition que donne la majorité aux termes « renseignements personnels » et « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » est inexplicablement étroite. *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75, était une affaire civile portant sur la situation précise où « [l]a tenue de procédures judiciaires publiques peut mener à la diffusion de renseignements personnels très sensibles, laquelle entraînerait non seulement un désagrément ou de l’embarras pour la personne touchée, mais aussi une atteinte à sa dignité » (par. 7 (je souligne)). La majorité utilise cette « dimension plus restreinte de la vie privée » pour définir *tous* les « renseignements personnels »

the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 2(1), defines “personal information” broadly as any “information about an identifiable individual”. My colleagues’ interpretation also creates different tiers of reasonable expectations of privacy under s. 8 and under s. 278.1, despite their own observation that s. 8’s “terms and concepts ‘inform the content and meaning of the words in [the] section’” (para. 46). And the majority’s definition leaves unanswered questions regarding the third-party records regime, which they acknowledge is governed by the same definition (para. 36). Though the majority emphasizes that their interpretation is “specific to the record screening regime” (para. 54), they do not explain how the *same words* can logically be interpreted in two different ways while remaining true to the legislative intent.

[233] Thirdly, the majority’s interpretation contradicts *Shearing*. The complainant’s diary recorded only “mundane” entries — yet the Court held that the nature of the content did “not at all eliminate her privacy interest” (para. 148; see also paras. 85 and 112). As the complainant in *Shearing* put it: “Whether it’s mundane or exciting or boring, it’s still mine” (para. 87 (emphasis added)). While the majority acknowledges, at para. 78, that the circumstances of *Shearing* represented “one of the motivating factors” for the Senate Committee’s recommendations, *that evidence would likely not be captured under their definition*. Ironically, while my colleagues recognize that “it would be illogical to interpret the impugned provisions in a manner that would not address the very situation at issue in that case” (para. 78), that is precisely what they have done. This contradiction reveals how far they have strayed from Parliament’s intent. It also leaves important questions unanswered. Will other records containing more “mundane” information be governed by the common law under *Shearing*, or admitted without screening? If a digital conversation contains both sensitive and mundane

relevant de l’art. 278.1. Cette définition ne cadre toutefois pas avec les lois en matière de protection de la vie privée où la même expression est employée. Par exemple, le par. 2(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, définit « renseignement personnel » de façon générale comme « [t]out renseignement concernant un individu identifiable ». L’interprétation de mes collègues a aussi pour effet de créer des niveaux différents d’attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée en vertu de l’art. 8 et de l’art. 278.1, malgré leur propre observation suivant laquelle « [l]es termes et concepts [de l’art. 8] “apporte[nt] un éclairage sur le contenu et le sens des mots employés [à l’article]” » (par. 46). Et la définition des juges majoritaires laisse sans réponse des questions concernant le régime des dossiers en la possession de tiers qui, ils le reconnaissent, est régi par la même définition (par. 36). Si la majorité souligne que son interprétation est « propre au régime d’examen des dossiers » (par. 54), elle n’explique pas comment les *mêmes mots* peuvent logiquement se prêter à deux interprétations différentes tout en demeurant fidèles à l’intention du législateur.

[233] Troisièmement, l’interprétation de la majorité contredit l’arrêt *Shearing*. La plaignante dans cette affaire ne faisait que des inscriptions « banales » dans son journal intime, mais la Cour a statué que la nature du contenu n’avait pas du tout « élimin[é] [son] droit à la vie privée » (par. 148; voir aussi les par. 85 et 112). Comme l’a dit la plaignante dans l’affaire *Shearing* : « Peu importe qu’il soit banal, captivant ou assommant, il m’appartient toujours » (par. 87 (je souligne)). Bien que la majorité reconnaisse au par. 78 que les circonstances de l’affaire *Shearing* constituaient « l’un des facteurs motivant » les recommandations du comité sénatorial, *cet élément de preuve ne serait vraisemblablement pas visé par leur définition*. Ironiquement, bien que mes collègues reconnaissent qu’« il serait illogique d’interpréter les dispositions contestées d’une manière qui ne remédierait pas à la situation même en cause dans cette affaire » (par. 78), c’est précisément ce qu’ils ont fait. Cette contradiction révèle à quel point ils se sont éloignés de l’intention du Parlement. Elle laisse aussi sans réponse des questions importantes. D’autres dossiers contenant des renseignements plus

information, will the defence still have to disclose the entire string of messages?

[234] Finally, the majority’s analytical process will prove complex and time-consuming. The upshot of the contextual analysis is that the net is cast extremely wide. The majority directs that, “[w]hen it is unclear whether the evidence is a ‘record’, counsel should err on the side of caution and initiate Stage One of the record screening process” (para. 72). With respect, given the majority’s treatment of the meaning of “record”, this will be unclear in *most* cases, and most accused persons will as a consequence be forced to disclose early and often. The majority’s own reasons confirm this. They contemplate that accused persons may bring motions for directions to avoid having to disclose everything, but this adds a further procedural step not contemplated by the legislation. Further, the majority recognizes this may not resolve the issue, since the presiding judge may still be “uncertain” about “whether the proposed evidence is a ‘record’” (para. 104). Where that occurs, the majority also says, the judge “should instruct the accused to proceed with an application” (para. 104). In the result, accused persons will have to disclose all the communications in their possession so the trial judge can sift through each message to determine if it contains “information of an intimate and highly personal nature”.

[235] If, then, the majority’s legislative refinements to Parliament’s broad definition of “record” are unsustainable, what *does* that definition capture? A “record” is defined for the purposes of the records screening regime as anything that “contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy” (s. 278.1). While this Court in *Mills* (paras. 78 and 97-101) approved substantially the same definition of “record” as applied to the third-party record regime, it does not follow that it can be endorsed as applied to the records screening regime. The principles underlying the regimes are different; in *Mills*, the Court considered the scope of “record”

« banals » seront-ils régis par la common law selon l’arrêt *Shearing*, ou admis sans examen? Si une conversation numérique renferme à la fois des renseignements sensibles et des renseignements banals, la défense devra-t-elle toujours communiquer toute la chaîne de messages?

[234] Enfin, la démarche analytique de la majorité s’avérera complexe en plus d’exiger un temps considérable. Cette analyse contextuelle conférerait au régime une portée extrêmement vaste. La majorité indique que, « [l]orsqu’il n’est pas clair si l’élément de preuve est un “dossier”, l’avocat devrait pécher par excès de prudence et enclencher la première étape du processus d’examen des dossiers » (par. 72). Avec égards, étant donné la manière dont la majorité analyse le sens de « dossier », on ne le saura pas dans *la plupart* des cas, et la plupart des accusés devront donc procéder à la communication tôt et fréquemment. C’est ce que confirment ses propres motifs. Selon ceux-ci, les accusés peuvent présenter des requêtes en directives pour éviter d’avoir à tout communiquer, mais cela ajoute une étape procédurale non prévue par la loi. En outre, la majorité reconnaît que cela ne règle peut-être pas la question, car le juge pourrait tout de même « n[e] pas [être] certain si la preuve en cause est un “dossier” » (par. 104). Si cela arrive, toujours d’après la majorité, le juge « doit donner pour instruction à l’accusé de présenter une demande » (par. 104). Par conséquent, les accusés devront remettre toutes les communications en leur possession pour permettre au juge du procès de passer au crible chaque message afin de déterminer s’il contient des « renseignements de nature intime et très personnelle ».

[235] Ainsi donc, si les précisions apportées par la majorité à la définition large du terme « dossier » donnée par le Parlement ne sont pas défendables, on peut se demander ce que *recouvre* cette définition. Aux fins du régime d’examen des dossiers, on entend par « dossier » toute forme de documents « contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (art. 278.1). Bien que, dans l’arrêt *Mills* (par. 78 et 97-101), notre Cour ait approuvé essentiellement la même définition du terme « dossier » que celle qui est appliquée au régime de production des dossiers en la possession de tiers, il ne s’ensuit pas que

in the context of *production* of records — such as personal health and counselling records — from third parties, not *admissibility* of records already in the accused’s possession. Further, neither Parliament when enacting this definition in 1997, nor the Court when upholding its constitutionality in 1999, considered digital communications.

[236] An interpretive question therefore arises: when Parliament borrowed the definition of “record” from s. 278.1, did it intend to capture digital communications in the records screening regime? The provision does not refer to electronic communications or personal correspondence. The enumerated types of records are those either subject to professional confidentiality obligations (such as medical and child adoption records) or intended exclusively for the complainant’s own use (such as diaries). That said, the phrase “and includes” indicates that the list is not exhaustive. This Court in *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, rejected the argument that s. 278.1 was meant to capture only records shared in the context of “trust-like, confidential, or therapeutic relationships”, and confirmed that documents not falling within the enumerated list are nonetheless included if they contain information giving rise to a reasonable expectation of privacy (paras. 22-23 and 27).

[237] While the majority’s analysis is painstakingly non-committal on this point, the legislative proceedings suggest that Parliament did indeed intend to capture digital conversations between the accused and complainant.¹ Significantly, during debate on

cette approbation devrait aussi valoir pour le régime d’examen des dossiers. Les principes qui sous-tendent ces régimes sont différents; dans l’affaire *Mills*, la Cour a examiné la portée du terme « dossier » dans le contexte de la *production* de dossiers — tels que les dossiers de santé et de consultation personnels — se trouvant en la possession de tiers, et non l’*admissibilité* de dossiers se trouvant déjà en la possession de l’accusé. De plus, ni le législateur, lorsqu’il a adopté cette définition en 1997, ni la Cour, lorsqu’elle en a confirmé la constitutionnalité en 1999, n’ont tenu compte des communications numériques.

[236] Une question d’interprétation se pose d’emblée : lorsque le Parlement a emprunté la définition du terme « dossier » à l’art. 278.1, avait-il l’intention d’inclure les communications numériques dans le régime d’examen des dossiers? La disposition ne mentionne ni les communications électroniques ni la correspondance personnelle. Les types de dossiers qui y sont énumérés sont ceux qui sont assujettis à des obligations de confidentialité professionnelle — tels que les dossiers médicaux ou les dossiers d’adoption d’enfants — ou qui sont destinées exclusivement à l’usage personnel de la plaignante (comme son journal personnel). Cela dit, le terme « notamment » indique que la liste n’est pas exhaustive. Dans l’arrêt *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, notre Cour a rejeté l’argument suivant lequel l’art. 278.1 n’était censé visé que les dossiers communiqués dans le cadre d’une « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance », et a confirmé que les documents qui ne faisaient pas partie de la liste des dossiers énumérés étaient néanmoins visés s’ils contenaient des renseignements donnant lieu à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée (par. 22-23 et 27).

[237] Bien que l’analyse de la majorité soit soigneusement évasive sur ce point, les débats entourant ces dispositions législatives donnent à penser que le Parlement avait effectivement l’intention d’inclure les conversations numériques entre l’accusé et la plaignante². Fait important à signaler, lors du débat

¹ Remarks of the Director General and Senior General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice Canada (Carole Morency), *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 47, 1st Sess., 42nd Parl.,

² Intervention de la directrice générale et avocate générale principale, Section de la politique en matière de droit pénal (Carole Morency), *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 47, 1^{re} sess., 42^e lég., 20 juin 2018, p. 82

the records screening regime in the Senate, the Hon. Murray Sinclair referenced the trial of *R. v. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17, where defence counsel impeached the complainants using text messages exchanged with the accused (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 233, 1st Sess., 42nd Parl., October 3, 2018, at p. 6419). Parliament received a proposal from defence lawyers to exclude from the Bill's ambit digital correspondence between the complainant and accused in which there is a joint privacy interest, but Parliament did not accede to that request (*R. v. R.M.R.*, 2019 BCSC 1093, 56 C.R. (7th) 414, at para. 34; Crown's submissions in A.S.'s case, transcript, day 1, at p. 128).

[238] Alongside the legislative debates emphasizing the protection of privacy and equality rights for all sexual assault complainants must also be read this Court's jurisprudence recognizing that electronic communications often contain highly private content (*R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608). While the ultimate concern under s. 8 is whether there is a reasonable expectation of privacy as against the state, the jurisprudence contemplates that individuals may also have a reasonable expectation of privacy as against *other individuals*, and that these expectations may arise from some of the same concerns (*R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, at para. 58). The weight of the jurisprudence applying s. 278.92 has concluded that the complainant retains a reasonable expectation of privacy in electronic communications sent to the accused (see, e.g., *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670, at para. 68 (CanLII); *McKnight*, at paras. 13 and 25; *R.M.R.*, at para. 33; *R. v. D.L.B.*, 2020 YKTC 8, 460 C.R.R. (2d) 162, at paras. 76-77).

June 20, 2018, at p. 82 ("The provision in Bill C-51 seeks to do something similar, with respect to communications such as emails and texts that were previously prepared, sent to the accused, are of a sexual purpose or about sexual activity in the past, to restrict and prevent their use for irrelevant purposes, which the Supreme Court has held applies to the case of twin myths. That's not probative and it's irrelevant to the consideration before the court" (emphasis added)).

au Sénat sur le régime d'examen des dossiers, l'honorable Murray Sinclair a mentionné le procès tenu dans l'affaire *R. c. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17, dans lequel l'avocate de la défense avait attaqué la crédibilité des plaignantes en se servant de messages textes qu'elles avaient échangés avec l'accusé (*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 233, 1^{re} sess., 42^e lég., 3 octobre 2018, p. 6419). Le législateur avait reçu une proposition des avocats de la défense visant à exclure du champ d'application du projet de loi les communications numériques échangées entre la plaignante et l'accusé dans lesquelles l'une et l'autre avaient un intérêt en matière de respect de leur vie privée, mais le législateur n'avait pas accédé à cette demande (*R. c. R.M.R.*, 2019 BCSC 1093, 56 C.R. (7th) 414, par. 34; arguments de la Couronne dans le cas de A.S., transcription, 1^{re} journée, p. 128).

[238] Parallèlement aux débats législatifs dans lesquels on a insisté sur la protection de la vie privée et les droits à l'égalité de tous les plaignants d'agression sexuelle, il faut tenir compte également de la jurisprudence de notre Cour suivant laquelle les communications électroniques renferment souvent des renseignements très privés (*R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608). Bien que l'enjeu fondamental dans le contexte de l'art. 8 soit l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée contre l'État, selon la jurisprudence, des personnes peuvent également avoir de telles attentes à l'égard *d'autres personnes*, lesquelles attentes peuvent être dégagees de certaines des mêmes préoccupations (*R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, par. 58). Suivant la jurisprudence dominante dans laquelle l'art. 278.92 a été appliqué, la plaignante conserve une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée dans les communications électroniques envoyées à l'accusé (voir, p. ex., *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670, par. 68 (CanLII); *McKnight*, par. 13 et 25; *R.M.R.*, par. 33; *R. c. D.L.B.*, 2020 YKTC 8, 460 C.R.R. (2d) 162, par. 76-77).

(« La disposition du projet de loi C-51 cherche à faire quelque chose de similaire, en ce qui a trait aux communications comme les courriels et les messages textes qui ont été préparés préalablement et envoyés à l'accusé et qui visent des fins d'ordre sexuel ou concernent une activité sexuelle antérieure, pour restreindre et empêcher leur utilisation à des fins non pertinentes, ce qui s'applique aux deux mythes selon la Cour suprême. Ce sont des éléments de preuve non probants et non pertinents à l'examen du tribunal » (je souligne)).

[239] All of this compels the conclusion that an electronic communication (such as an email or text message) is a “record” if it contains personal information giving rise to a reasonable expectation of privacy, as that term has been interpreted in the s. 8 jurisprudence. This would include *any* communication concerning the subject matter of the charge, whether of an “explicit sexual nature” or not.

(b) “Adduce”

[240] I agree with the majority that the records screening regime applies both to material in the accused’s possession, and the information contained in that material. It therefore regulates not only the use of the record itself but the information it contains (majority reasons, at para. 76). Meaning, accused persons must apply if they intend merely to *refer* to the contents of any communication with the complainant, *even in their own defence*, contrary to the principle against self-incrimination, the presumption of innocence, and the right to silence.

[241] On the point of its constitutionality, there should be no misunderstanding as to the consequences of the breadth of meaning to be given to “adduce”. Accused persons must now bring a s. 278.92 application anytime they intend to refer to the *contents* of a private record relating to the complainant, even if they do not seek to enter it into evidence or use it to impeach the complainant, but instead simply wish to *refer to it in their own defence*. In contrast, the Crown would be free to use the same text message exchange from the accused to support the complainant’s narrative. As the defence argues, the resulting breadth of the regime’s application is not a reason to read it down, but “rather an indicator of its inaptness (s. 278.1 was never intended to be a ‘defence disclosure’ metric) and ultimate unconstitutionality” (R.F. in J.J.’s case, at para. 41).

[239] Compte tenu de tout ce qui précède, force est de conclure qu’une communication électronique — tel un courriel ou un message texte — constitue un « dossier » si elle renferme des renseignements personnels donnant lieu à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, comme ce terme a été interprété dans la jurisprudence sur l’art. 8. Il peut s’agir notamment de *toute* communication concernant le sujet de l’accusation, qu’il soit de « nature explicitement sexuelle » ou non.

b) « Présenter en preuve »

[240] Je suis d’accord avec la majorité pour dire que le régime d’examen des dossiers s’applique à la fois aux documents en la possession de l’accusé et aux renseignements contenus dans ces documents. Le régime encadre donc non seulement l’utilisation du dossier lui-même, mais aussi les renseignements qu’il contient (motifs de la majorité, par. 76). En d’autres termes, les accusés doivent présenter une demande s’ils ont l’intention de faire simplement *référence* au contenu de toute communication échangée avec la plaignante, *même pour leur propre défense*, ce qui va à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination, de la présomption d’innocence et du droit de garder le silence.

[241] Sur le plan de sa constitutionnalité, il ne faut pas se méprendre sur les conséquences du sens large qu’il faut accorder au terme « présenter en preuve ». Les accusés doivent maintenant présenter une demande fondée sur l’art. 278.92 chaque fois qu’ils ont l’intention de se référer au *contenu* d’un dossier privé concernant la plaignante, même s’ils ne cherchent pas à le déposer en preuve ou à s’en servir pour attaquer la crédibilité de la plaignante, mais souhaitent simplement *s’y référer dans leur propre défense*. En revanche, il serait loisible à la Couronne d’utiliser les mêmes échanges de messages textes entre l’accusé et la plaignante pour appuyer la version des faits de cette dernière. Comme le fait valoir la défense, le champ d’application du régime qui en résulte n’est pas une raison d’en donner une interprétation atténuée, mais est [TRADUCTION] « un indice de son inadéquation (l’art. 278.1 n’a jamais été conçu comme un outil de mesure de la “communication des moyens de défense”) et de son inconstitutionnalité ultime » (m.i. dans le cas de J.J., par. 41).

(c) *Conclusion on Overbreadth*

[242] The focus in an overbreadth analysis is properly directed to the relationship between the law's purpose and its effects (*R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 24). The analysis proceeds in two steps. First, a court must identify the purpose of the law. Then, it must determine whether the law deprives individuals of life, liberty or security of the person in cases that do not further the object of the law (assuming a lawful legislative objective) (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at paras. 24-31; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 58, 93, 101, 108 and 111-12; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paras. 26-27).

[243] The purpose of the records screening regime, based on the text and legislative history, is threefold: (1) ensuring that a complainant's privacy, dignity and equality interests are considered when determining whether private records are admissible; (2) improving victim and community confidence in the justice system, which will likely encourage victims to report sexual crimes; and (3) maintaining the integrity of the trial process by refusing to admit evidence potentially rooted in myths and stereotypes which risk jeopardizing the truth-seeking function of the trial.

[244] The breadth of this regime suggests two possible justifications, being either that every record in the hands of the accused has the inherent potential to engage myths and stereotypes; or, the risk that some private records might advance myths and stereotypes is sufficiently severe to justify capturing all kinds of material that will not have this effect. Since no evidence of the relationship between private records in the hands of the accused and myth-based reasoning has been presented, the first justification cannot stand. It follows that Parliament must have relied on the second justification, which is by its terms demonstrative of overbreadth. As J.J.'s counsel put it, "[i]f the purpose of the regime is to exclude presumptively irrelevant and prejudicial records, then reasonable expectation

c) *Conclusion sur la portée excessive*

[242] L'analyse de la portée excessive est axée à juste titre sur le rapport entre l'objet de la loi et ses effets (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 24). Cette analyse se décline en deux étapes. Tout d'abord, le tribunal doit définir l'objet de la loi. Ensuite, il doit déterminer si la loi prive une personne de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne dans les cas où la réalisation de cet objet n'est pas favorisée (à supposer que l'objectif législatif soit légitime) (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 24-31; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 58, 93, 101, 108 et 111-112; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 26-27).

[243] Si l'on se fie à son libellé et à son historique législatif, le régime d'examen des dossiers a un triple objectif : (1) veiller à ce que les droits de la plaignante à la dignité, à l'égalité et au respect de sa vie privée soient pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si des dossiers privés sont admissibles; (2) améliorer la confiance des victimes et de la société dans le système de justice, ce qui encouragera probablement les victimes à signaler les crimes sexuels; (3) maintenir l'intégrité du processus judiciaire en refusant d'admettre des éléments de preuve potentiellement fondés sur des mythes et des stéréotypes qui risquent de compromettre l'objectif du procès d'assurer la manifestation de la vérité.

[244] La portée de ce régime suggère que celui-ci se justifie soit par le fait que tout dossier entre les mains de l'accusé est intrinsèquement susceptible de faire intervenir des mythes et des stéréotypes, soit par le fait que le risque que certains dossiers privés contribuent à perpétuer des mythes et des stéréotypes est suffisamment grave pour justifier que le régime englobe tous les types de documents qui n'auront pas cet effet. Étant donné qu'aucune preuve concernant un rapport entre les dossiers privés entre les mains de l'accusé et un raisonnement fondé sur des mythes n'a été présentée, la première justification ne peut être retenue. Il s'ensuit que le législateur doit avoir été motivé par la seconde justification, dont la portée excessive ressort à l'évidence de sa formulation.

of privacy is an inapt indicator of that type of danger” (transcript, day 1, at p. 51).

[245] The majority concludes that the “requirement on accused persons to disclose these records in advance — even where it is unclear to what extent the evidence would have a bearing on complainants’ dignity — is still rationally connected to the overarching objective of the regime” (para. 142). But that conclusion is only possible because of two flaws, upon which their entire analysis rests: their departure from legislative intent as to the meaning of “record”; and their refusal to squarely (and thus meaningfully) address obvious concerns raised by the parties and interveners about advance disclosure, the right to silence, and the right to cross-examine.

[246] It is this simple. The records screening regime requires disclosure of defence evidence that would not distort the truth-seeking process or significantly interfere with the complainant’s privacy, all before the Crown makes out a case to meet. Since it captures all private records relating to the complainant that are in the accused’s possession, which the accused intends to adduce *or rely on in any manner*, and which may include *the accused’s own digital conversations with the complainant* about the subject matter of the charge, it could deprive individuals of liberty in situations that have no connection whatsoever to the object of the law. It follows that it goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective (*Bedford*, at para. 101; application judge’s reasons in A.S.’s case (*R. v. Reddick*, 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227), at para. 49).

Comme l’a dit l’avocat de J.J. : [TRADUCTION] « [s]i le régime a pour objet d’exclure les dossiers présumés non pertinents et préjudiciables, l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée constitue alors un mauvais indicateur de ce type de danger » (transcription, 1^{re} journée, p. 51).

[245] La majorité conclut que l’« exigence imposée à la personne accusée de communiquer ces dossiers à l’avance — même lorsqu’il n’est pas clair quelle incidence aura la preuve sur la dignité de la plaignante — a tout de même un lien rationnel avec l’objectif global du régime » (par. 142). Il n’est toutefois possible de tirer cette conclusion qu’en raison de deux lacunes, sur lesquelles repose toute leur analyse : leur écart par rapport à l’intention du législateur quant au sens du terme « dossier »; et leur refus de répondre nettement (et donc de manière utile) aux préoccupations évidentes soulevées par les parties et les intervenants au sujet de la communication à l’avance, du droit au silence et du droit de contre-interroger.

[246] C’est aussi simple que cela. Le régime d’examen des dossiers exige la communication des preuves à décharge qui ne dénatureraient pas l’objectif du procès d’assurer la manifestation de la vérité ou qui ne porteraient pas atteinte de façon importante au droit à la vie privée de la plaignante, et ce, avant que la Couronne n’ait présenté une preuve complète. Comme il s’applique à tous les dossiers privés concernant la plaignante qui sont en la possession de l’accusé et que ce dernier a l’intention de présenter en preuve *ou sur lesquels il entend se fonder d’une manière ou d’une autre*, et qui sont susceptibles de comprendre *des conversations numériques que l’accusé a pu avoir avec la plaignante* au sujet des actes à l’origine de l’accusation, ce régime pourrait priver une personne de son droit à la liberté dans des situations qui n’ont aucun lien avec l’objet de la loi. Il s’ensuit que ce régime va trop loin et qu’il vise des comportements qui n’ont aucun lien avec son objectif (*Bedford*, par. 101; motifs du juge de première instance dans le cas de A.S. (*R. c. Reddick*, 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227), par. 49).

(2) Disclosure of Detailed Particulars of Evidence

[247] The records screening regime compels accused persons to disclose “detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial” to the Crown “seven days previously, or any shorter interval that the judge . . . may allow in the interests of justice” (s. 278.93(2) and (4)). In effect — and there was really no dispute about this at the hearing of these appeals — this requires accused persons to disclose, in detail, particulars of *their own* prior statements and strategy, even before the Crown has laid out a case to be answered. This is contrary to the principle against self-incrimination, the right to silence, the presumption of innocence, and the principle that the Crown must establish a case to be met before the accused can be reasonably expected to respond.

[248] The phrase “seven days previously” has been interpreted both strictly and flexibly in decisions that have considered the records screening regime. I agree with the majority that the strict interpretation is the correct one and that an application should be brought pre-trial in the vast majority of cases (majority reasons, at para. 86). While the majority offers one example of where mid-trial applications should be permitted in “the interests of justice” (para. 86), such instances should, properly understood, be exceptional. The notice period may be abridged only where the accused can point to an exceptional circumstance and where the court finds it is “in the interests of justice” to do so — for example, where identity is at issue or new and unanticipated information is elicited through cross-examination.

[249] The effect on the liberty of the subject represented by the records screening regime is unprecedented. Never before has the state compelled disclosure of defence evidence that is neither presumptively irrelevant nor prejudicial, before the close of the Crown’s case. This is not some tinkering around the

(2) Communication de précisions utiles au sujet de la preuve

[247] Le régime d’examen des dossiers oblige les accusés à communiquer « toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause » et à en expédier une copie au poursuivant « au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par [le juge] dans l’intérêt de la justice » (par. 278.93(2) et (4)). En réalité — et il n’y a vraiment eu aucune contestation à ce sujet lors de l’instruction des présents pourvois —, cette disposition oblige les accusés à communiquer des précisions utiles au sujet de *leurs propres* déclarations antérieures et de leur stratégie, avant même que la Couronne n’ait présenté sa preuve à charge. Cette exigence va à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination, du droit de garder le silence et de la présomption d’innocence, de même que du principe suivant lequel la Couronne doit présenter une preuve à charge complète avant que l’on puisse raisonnablement s’attendre à ce que l’accusé réponde.

[248] L’expression « sept jours auparavant » a été interprétée tant avec souplesse que de manière stricte dans les décisions portant sur le régime d’examen des dossiers. Je suis d’accord avec la majorité pour dire que l’interprétation stricte est la bonne et qu’une demande devrait être présentée avant le procès dans la grande majorité des cas (motifs de la majorité, par. 86). Bien que la majorité donne un exemple de situation où l’on devrait autoriser la présentation de demandes en cours de procès dans « l’intérêt de la justice » (par. 86), ces situations doivent, à juste titre, être exceptionnelles. Le délai de préavis ne peut être abrégé que si l’accusé est en mesure d’invoquer une circonstance exceptionnelle et que le tribunal juge qu’il est « dans l’intérêt de la justice » de le faire — par exemple, lorsque l’identité est en cause ou que le contre-interrogatoire a permis d’obtenir des renseignements nouveaux et imprévus.

[249] Les conséquences du régime d’examen des dossiers sur la liberté de l’accusé sont sans précédent. Jamais encore l’État n’a obligé la défense à communiquer, avant que la Couronne n’ait clos la présentation de sa preuve, des éléments de preuve qui ne sont ni présumés non pertinents ni préjudiciables. Il ne s’agit

edges of the rules of evidence. It shifts away from foundational principles of our criminal trial process, violating the principle against self-incrimination, the right to silence, the presumption of innocence, and the related principle that the Crown must establish a “case to meet” before the accused can be expected to respond (*R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at pp. 577-78).

[250] Section 11(c) of the *Charter* provides that any person charged with an offence has the right “not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence”. This denotes, *inter alia*, that *no duty* rests on an accused to disclose the details of its defence before the Crown has completed its case (*R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at p. 1319). The defence has *no obligation* to assist the prosecution, and the absence of a reciprocal disclosure obligation is an expression of the principle against self-incrimination (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333; *P. (M.B.)*, at pp. 577-78). These principles, which the majority skates over, were explained by Lamer C.J. in *P. (M.B.)*:

Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution. . . . [A]n accused is under no obligation to respond until the state has succeeded in making out a *prima facie* case against him or her. In other words, until the Crown establishes that there is a “case to meet”, an accused is not compellable in a general sense (as opposed to the narrow, testimonial sense) and need not answer the allegations against him or her.

The broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. As a majority of this Court suggested in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual are at the root of this principle and the procedural and evidentiary protections to which it gives rise.

pas d’un simple rafistolage des règles de la preuve, mais d’une rupture par rapport à certains principes fondamentaux régissant le déroulement des procès criminels et d’une violation du principe interdisant l’auto-incrimination, du droit de garder le silence, de la présomption d’innocence, ainsi que du principe connexe qui oblige la Couronne à présenter une « preuve complète » avant que l’on puisse s’attendre à ce que l’accusé réponde (*R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577-578).

[250] L’alinéa 11c) de la *Charte* prévoit que tout inculpé a le droit « de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche ». Cela signifie notamment que l’accusé n’a *aucune obligation* de communiquer les détails de sa défense avant que la Couronne ait clos sa preuve (*R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319). La défense n’a *aucune obligation* d’aider la poursuite et le fait qu’il n’existe pas d’obligation de communication réciproque découle du principe interdisant l’auto-incrimination (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333; *P. (M.B.)*, p. 577-578). Ces principes, que la majorité esquive, ont été expliqués par le juge en chef Lamer dans *P. (M.B.)* :

Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l’accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui [. . .] [u]n accusé n’est pas tenu de répondre tant que l’État n’a pas réussi à établir une preuve *prima facie* contre lui. En d’autres termes, tant que le ministère public ne présente pas une « preuve complète », l’accusé n’est pas contraignable au sens général (par opposition au sens testimonial restreint) et il n’a pas à répondre aux allégations présentées contre lui.

La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l’auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. Comme l’a proposé notre Cour à la majorité dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la présomption d’innocence et l’inégalité du rapport de force entre l’État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent.

Before trial, the criminal law seeks to protect an accused from being conscripted against him- or herself by the confession rule, the right to remain silent in the face of state interrogation into suspected criminal conduct, and the absence of a duty of disclosure on the defence: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. With respect to disclosure, the defence in Canada is under no legal obligation to cooperate with or assist the Crown by announcing any special defence, such as an alibi, or by producing documentary or physical evidence. . . .

...

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping . . . fulfil this task. [Emphasis added; pp. 577-79.]

[251] The majority attempts to distinguish *P. (M.B.)*, saying it addressed only specific concerns arising from the Crown re-opening its case after the defence began giving evidence at trial (para. 166). But this ignores the very *rationale* behind limiting reopening of the Crown's case: because "the right of accused persons not to be conscripted against themselves will be compromised" (*R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 38). The majority further says the likelihood of prejudice to the accused is lower before trial (para. 168), but neither *P. (M.B.)* nor *G. (S.G.)* contemplated pre-trial defence disclosure. Significantly, however, each case confirmed that "the most significant concern is that the accused will have responded to the Crown's case without knowing the full case to be met" (*G. (S.G.)*, at para. 42 (emphasis added)). This same concern arises with the records screening regime. In light of all this, the very suggestion there is no possibility of prejudice where the accused is required to disclose trial evidence and strategy before the Crown has even opened its case is extraordinary.

Avant le procès, le droit criminel cherche à empêcher que l'accusé soit mobilisé contre lui-même grâce à la règle des confessions, au droit de garder le silence dans le cadre d'un interrogatoire de l'État sur une conduite criminelle dont on soupçonne l'existence et à l'absence d'une obligation de divulguer de la part de la défense : *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Pour ce qui est de la divulgation, la défense au Canada n'est pas légalement tenue de collaborer avec le ministère public ou de l'aider en annonçant le recours à un moyen de défense spécial, comme un alibi, ou en produisant une preuve documentaire ou matérielle . . .

...

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l'auto-incrimination reconnaissent qu'il incombe à l'État, qui dispose de plus de ressources, d'enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d'aider l'État à remplir cette tâche. [Je souligne; p. 577-579.]

[251] La majorité cherche à distinguer l'arrêt *P. (M.B.)*, disant qu'il ne traitait que des préoccupations découlant de la réouverture par la Couronne de sa preuve après que la défense a commencé à produire la sienne au procès (par. 166). Mais cela néglige la *raison d'être* même du fait de restreindre la réouverture par la Couronne de sa preuve : en raison de l'« atteinte au droit de l'accusé de ne pas être mobilisé contre lui-même » (*R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 38). La majorité ajoute que la probabilité que l'accusé subisse un préjudice est plus faible avant le procès (par. 168), mais ni l'arrêt *P. (M.B.)* ni l'arrêt *G. (S.G.)* ne portaient sur la communication par la défense avant le procès. Qui plus est, cependant, chaque arrêt confirme que « l'aspect le plus pré-occupant est le fait que l'accusé aura répondu à la preuve du ministère public sans connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre » (*G. (S.G.)*, par. 42 (je souligne)). Ce même souci est présent en ce qui concerne le régime d'examen des dossiers. Compte tenu de tout ce qui précède, la suggestion même qu'il n'y a aucun risque de préjudice lorsque l'accusé doit communiquer sa preuve et sa stratégie au procès avant même que la Couronne n'ait ouvert sa preuve est extraordinaire.

[252] The Crown in J.J.’s case makes three arguments supporting the records screening regime’s compliance with the right to silence and principle against self-incrimination.

[253] First, the Crown says that the records screening regime is substantially identical to the procedures governing s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 applications (A.F. in J.J.’s case, at para. 116), adding that this Court upheld the requirement to file a detailed affidavit in *Darrach*. While those provisions do not provide for formal notice to the complainant, the Court assumed that the Crown would likely consult with the complainant (*Darrach*, at paras. 9 and 55). And in *Mills*, the Court upheld the requirement to serve a written application on the complainant detailing why the record is likely relevant.

[254] The majority accepts this argument, remarking that the records screening regime does not apply to all defence evidence but “to a narrow set of evidence that implicates important interests of complainants . . . and has the potential to create serious prejudice” (para. 162). But simply asserting it to be so does not make it so. As discussed, it applies to a broad swathe of evidence that is not inherently prejudicial or irrelevant. The majority further asserts that, like s. 276 evidence, s. 278.92 evidence can implicate “insidious” myths and encroach on the privacy and dignity of the complainant, so “[private records] too require screening to ensure trial fairness” (para. 162). But this ignores that evidence relying on the twin myths will *already* be captured under s. 276. While the majority criticizes my analysis for not “meaningfully” recognizing “other problematic myths and stereotypes” aside from the twin myths (para. 132), my colleagues miss the point. Nobody disputes that records in the accused’s possession *could* implicate other myths. My point is that it cannot be assumed that such records *inherently* do so — which distinguishes them from third-party records and evidence of other sexual activity. This is a point for which my colleagues steadfastly fail to account — an omission

[252] La Couronne dans le cas de J.J. invoque trois arguments pour affirmer que le régime d’examen des dossiers respecte le droit de garder le silence et le principe interdisant l’auto-incrimination.

[253] Tout d’abord, la Couronne affirme que le régime d’examen des dossiers est fondamentalement identique aux procédures régissant les demandes présentées en vertu des art. 276 et 278.1 à 278.91 (m.a. dans le cas de J.J., par. 116), ajoutant que notre Cour a confirmé dans l’arrêt *Darrach* l’obligation de déposer un affidavit détaillé. Bien que ces dispositions n’obligent pas la Couronne à faire parvenir un préavis en bonne et due forme à la plaignante, la Cour a présumé que la Couronne consulterait probablement la plaignante (*Darrach*, par. 9 et 55). Et dans l’arrêt *Mills*, la Cour a confirmé la validité de l’obligation de signifier à la plaignante une demande par écrit expliquant en détail pourquoi le dossier est vraisemblablement pertinent.

[254] La majorité accepte cet argument, faisant remarquer que le régime d’examen des dossiers ne s’applique pas à toute la preuve de la défense, mais « à certains éléments de preuve précis qui mettent en jeu d’importants intérêts de la plaignante [. . .], et qui sont susceptibles de causer un préjudice sérieux » (par. 162). Mais le simple fait d’affirmer quelque chose ne suffit pas. Comme nous l’avons vu, ce régime s’applique à un large éventail d’éléments de preuve qui ne sont pas préjudiciables en soi ou non pertinents. Les juges majoritaires affirment en outre qu’à l’instar de ceux qui sont visés par l’art. 276, les éléments de preuve visés par l’art. 278.92 peuvent faire intervenir des mythes « insidieux » et porter atteinte à la vie privée et à la dignité de la plaignante, de sorte qu’« [i]ls nécessitent eux aussi un examen pour assurer l’équité du procès » (par. 162). Ils ne tiennent cependant pas compte du fait que les preuves reposant sur les deux mythes sont *déjà* visées par l’art. 276. Bien que la majorité reproche à mon analyse de ne pas reconnaître « véritablement » d’autres mythes et stéréotypes posant problème », sauf les deux mythes (par. 132), mes collègues ratent la cible. Personne ne conteste que les dossiers en la possession de l’accusé *peuvent* faire intervenir d’autres mythes. Ce que je dis, c’est

which in my respectful view should cast serious doubt upon their entire analysis.

[255] *Darrach* and *Mills* are no answer to the self-incrimination problems raised by the records screening regime. While this Court approved advance disclosure to the Crown and complainant in *Darrach* for evidence of other sexual activity, the principles stated in *Darrach* are limited to the application of s. 276, which is designed to exclude *only* irrelevant information, and relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative (*Darrach*, at paras. 43 and 45). Compelling the accused to bring an application with particulars did not impact the right to silence in *Darrach* because no one has an unfettered right to adduce irrelevant or prejudicial evidence (Criminal Trial Lawyers' Association Factum in J.J.'s case ("CTLA Factum"), at para. 12). That same rationale does not apply here (see, e.g., *R. v. J.S.*, [2019] A.J. No. 1639 (QL) (Q.B.), at para. 23; *R. v. A.M.*, 2019 SKPC 46, 56 C.R. (7th) 389, at para. 39). Moreover, the s. 276 regime only requires an affidavit to explain the relevance of evidence, not potential *disclosure* of evidence that could assist the Crown in proving its case — a fundamental difference for which, again, the majority fails to account.

[256] Similarly, the *Mills* decision was concerned with compelled *production* of confidential materials from third parties, not *admissibility*, and raises different sensitivity and privacy concerns compared to records in the accused's possession (*D.L.B.*, at paras. 73-74). For that reason, this Court in *Mills* did not consider the impact of advance document

qu'on ne peut pas présumer que ces dossiers le fond *intrinsèquement* — ce qui les distingue des dossiers en la possession de tiers et de la preuve d'autres activités sexuelles. Voilà un élément dont mes collègues ne tiennent résolument pas compte — une omission qui, à mon humble avis, devrait jeter un sérieux doute sur toute leur analyse.

[255] Les arrêts *Darrach* et *Mills* ne constituent pas une solution aux problèmes d'auto-incrimination que soulève le régime d'examen des dossiers. Bien que, dans l'arrêt *Darrach*, notre Cour ait approuvé la communication préalable à la Couronne et à la plaignante des éléments de preuve portant sur les activités sexuelles de cette dernière autres que celles à l'origine de l'accusation, les principes énoncés dans l'arrêt *Darrach* ne valent que pour l'application de l'art. 276, qui vise à exclure *uniquement* les renseignements non pertinents, ainsi que les renseignements pertinents dont l'effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l'emporte sur leur valeur probante (*Darrach*, par. 43 et 45). Dans l'arrêt *Darrach*, notre Cour a estimé que le fait d'obliger l'accusé à présenter une demande avec toutes précisions utiles n'avait pas d'incidence sur son droit de garder le silence parce que personne n'a le droit absolu de présenter des éléments de preuve non pertinents ou préjudiciables (mémoire de la Criminal Trial Lawyers' Association dans le cas de J.J. (« mémoire de la CTLA »), par. 12). Ce raisonnement ne s'applique pas en l'espèce (voir, p. ex., *R. c. J.S.*, [2019] A.J. No. 1639 (QL) (B.R.), par. 23; *R. c. A.M.*, 2019 SKPC 46, 56 C.R. (7th) 389, par. 39). En outre, le régime de l'art. 276 n'exige qu'un affidavit expliquant la pertinence de l'élément de preuve, non la *communication* potentielle d'une preuve susceptible d'aider la Couronne à prouver ses allégations — une différence fondamentale dont, là encore, la majorité ne tient pas compte.

[256] De même, l'arrêt *Mills* portait, non pas sur *l'admissibilité*, mais sur la *production* forcée de documents confidentiels provenant de tiers. De plus, il soulevait des préoccupations différentes en matière de caractère sensible des dossiers et de protection de la vie privée par rapport aux dossiers en possession de l'accusé (*D.L.B.*, par. 73-74). Pour cette raison, dans

disclosure on the accused's cross-examination rights (*R. v. Farah*, 2021 YKSC 36, at para. 78 (CanLII)).

[257] Secondly, the Crown emphasizes that the right to silence and case-to-meet principle are not absolute. The Crown refers to eight circumstances in which the accused “may be required to provide disclosure of some aspect of their defence if they wish to raise a reasonable doubt” (A.F. in J.J.’s case, at para. 117). The majority adopts this argument, offering two examples — aside from the s. 276 regime — where the defence is required to provide advance disclosure: alibi evidence and *Scopelliti* applications (majority reasons, at paras. 158-59). It is true that the law imposes limited obligations on parties to provide disclosure so as to justify questioning or admission of evidence in three situations that do not unconstitutionally limit the right to silence:

1. as part of a *voir dire* where the accused bears the burden of proof (for instance, a notice of constitutional question or *Garofoli* application);
2. after the Crown has closed its case (for instance, expert evidence, *Corbett* applications, and alibi evidence); or
3. in respect of evidence that is presumptively inadmissible because of its inherently prejudicial qualities (for instance, s. 276, hearsay, and bad character evidence) (CTLA Factum, at paras. 6-8).

[258] None of these instances remotely support the majority’s conclusion that the right to silence is unaffected by the records screening regime. The examples in category (1) are not about raising a reasonable doubt, since the *voir dire* has no impact on the accused’s guilt or innocence (CTLA Factum, at para. 7). Further, when the accused brings a *Charter*

l’arrêt *Mills*, notre Cour n’a pas examiné l’incidence de la communication préalable de documents sur les droits de contre-interrogatoire de l’accusé (*R. c. Farah*, 2021 YKSC 36, par. 78 (CanLII)).

[257] Ensuite, la Couronne souligne que le droit de garder le silence et le principe de la preuve complète ne sont pas absolus. Elle évoque huit situations dans lesquelles l’accusé [TRADUCTION] « peut être tenu de communiquer certains aspects de sa défense s’il souhaite soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité » (m.a. dans le cas de J.J., par. 117). La majorité fait sienne cet argument, citant deux exemples — si l’on exclut le régime de l’art. 276 — dans lesquels la défense est tenue de communiquer à l’avance des aspects de sa défense, en l’occurrence dans le cas d’une preuve d’alibi et dans celui des demandes dites *Scopelliti* (motifs de la majorité, par. 158-159). Il est vrai que la loi impose des obligations limitées de communication aux parties afin de justifier un interrogatoire ou l’admission de preuves dans trois situations dans lesquelles le droit de garder le silence n’est pas limité de façon inconstitutionnelle, à savoir :

1. à l’occasion d’un voir-dire, où la charge de la preuve incombe à l’accusé (par exemple, dans le cas d’un avis de question constitutionnelle ou d’une demande *Garofoli*);
2. une fois que la Couronne a terminé sa preuve (par exemple, le témoignage d’un expert, une demande *Corbett*, une preuve d’alibi);
3. en ce qui concerne une preuve qui est présumée inadmissible en raison de ses qualités intrinsèquement préjudiciables (par exemple, art. 276, oui-dire et preuve de mauvaise réputation) (mémoire de la CTLA, par. 6-8).

[258] Aucun de ces exemples n’appuie de quelque façon que ce soit la conclusion de la majorité suivant laquelle le régime d’examen des dossiers n’influe aucunement sur le droit de garder le silence. Les exemples de la catégorie (1) ne portent pas sur la possibilité de soulever un doute raisonnable, car le voir-dire n’a aucune incidence sur la culpabilité ou

challenge, it is not required to disclose particulars of evidence or trial strategy, and certainly not its own prior statements. Two of the examples in category (2) — expert evidence and *Corbett* applications — do not require the accused to disclose anything until the prosecution’s witnesses have testified and the Crown has made out a case to meet. The third example (alibi evidence) is truly a tactical choice because there is no legal requirement to disclose an alibi (CTLA Factum, at para. 8). The examples in category (3) — evidence of other sexual activity, hearsay, or bad character — are, by their nature, typically unreliable, misleading, or pose a serious risk of prejudicing the trial if admitted without screening (CTLA Factum, at para. 9). Since no one has an unfettered right to adduce irrelevant or prejudicial evidence, the law quite rightly requires the accused to show a basis for admissibility in those situations.

[259] These situations relied upon by the Crown and the majority are simply not comparable. The records screening regime requires the accused to disclose, *to the complainant and to the Crown before the Crown has made out a case to meet*, detailed particulars of the accused’s evidence and its relevance to an issue at trial. None of it need be irrelevant or inherently prejudicial, and much of it will not be so. Certainly, some records will be highly sensitive, while others might invite improper reasoning, such as counselling records used to establish that the complainant is the sort of person who would require therapy or to compare the complainant’s behaviour to that of a “true” victim. Given the broad range of records captured by the screening regime, each record could fall somewhere differently on the probative-prejudicial spectrum; it is impossible to determine in the abstract. Yet Parliament has attempted to do exactly that by treating, from the outset, an *entire category of*

l’innocence de l’accusé (mémoire de la CTLA, par. 7). De plus, lorsque l’accusé présente une contestation fondée sur la *Charte*, il n’est pas tenu de communiquer les détails de sa preuve ou sa stratégie de procès et certainement pas ses propres déclarations antérieures. En ce qui a trait à la catégorie (2), deux des exemples proposés — témoignages d’experts et demandes *Corbett* — n’obligent pas l’accusé à communiquer quoi que ce soit tant que les témoins à charge n’ont pas été entendus et que la Couronne n’a pas présenté une preuve complète. Le troisième exemple — la preuve d’alibi — est en réalité une décision d’ordre tactique, car il n’y a aucune obligation légale de communiquer un alibi (mémoire de la CTLA, par. 8). Les exemples de la catégorie (3) — éléments de preuve d’activités sexuelles de la plaignante autres que celles à l’origine de l’accusation, ouï-dire et preuve de mauvaise réputation — sont, de par leur nature, généralement peu fiables, voire trompeurs, et risquent sérieusement de nuire au déroulement du procès s’ils sont admis sans examen préalable (mémoire de la CTLA, par. 9). Puisque personne n’a le droit absolu de présenter des éléments de preuve non pertinents ou préjudiciables, la loi exige à juste titre que l’accusé démontre l’admissibilité de la preuve dans ces situations.

[259] Ces situations évoquées par la Couronne et la majorité ne sont tout simplement pas comparables. Le régime d’examen des dossiers oblige l’accusé à communiquer, *à la plaignante et à la Couronne avant qu’elle n’ait présenté une preuve complète*, toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause. Il n’est pas nécessaire que ces éléments soient non pertinents ou préjudiciables en soi, et la plupart ne le sont pas. Certes, il existe des dossiers qui sont très sensibles, alors que d’autres pourraient donner lieu à un raisonnement inapproprié, comme les documents de consultation utilisés pour démontrer que la plaignante est le genre de personne qui aurait besoin d’une thérapie ou ceux dont on se sert pour comparer le comportement de la plaignante à celui d’une « vraie » victime. Étant donné le large éventail de dossiers visés par le régime d’examen, chaque dossier pourrait se retrouver à un endroit

evidence as sufficiently dangerous to warrant limiting the right to silence.

[260] The Crown’s final argument on the right to silence and principle against self-incrimination relies on a passage from *Darrach* where the Court held that the right to silence was not impacted because the “compulsion” to provide disclosure was only “tactical” (A.F. in J.J.’s case, at para. 99; *Darrach*, at para. 47). But the Court in *Darrach* never concluded that tactical burdens to provide pre-trial disclosure are automatically *Charter*-compliant. Gonthier J.’s comments must be considered in the context of the type of evidence at issue, which was s. 276 evidence, and his conclusion that tactical pressure to disclose was not “premature or inappropriate” was largely premised on its inherently prejudicial and irrelevant nature (paras. 46, 55 and 59).

[261] Moreover, confronting an accuser with all relevant evidence is quite different than making tactical choices such as challenging a search warrant. I accept J.J.’s argument that, if bringing a s. 278.92 application to rely on the accused’s *own communications* about the subject matter of the charge to challenge the Crown’s case or raise a defence can be minimized as a “tactical” decision, the same could apply to *all* defence evidence, such that the accused could, constitutionally, be compelled to reveal *all* potential evidence or questioning material prior to trial (R.F., at paras. 115-117; see also CTLA Factum, at para. 17). As the CTLA emphasizes, “the right to silence cannot yield in other circumstances or it would effectively cease to exist” (para. 17). Such a result would be contrary to this Court’s precedents in *Chambers* and *P. (M.B.)* and cannot be what the Court envisioned in *Darrach*. The majority dismisses

différent sur l’échelle préjudice-valeur probante; il est impossible de se prononcer dans l’abstrait sur cette question. Pourtant, c’est précisément ce que le Parlement a tenté de faire en considérant, dès le départ, une *catégorie entière d’éléments de preuve* comme étant suffisamment dangereux pour justifier une restriction au droit de garder le silence.

[260] À l’appui de son argument final sur le droit de garder le silence et sur le principe interdisant l’auto-incrimination, la Couronne renvoie à un extrait de l’arrêt *Darrach* dans lequel la Cour a jugé qu’il n’y avait pas d’incidence sur le droit de garder le silence, parce que « l’obligation » de témoigner qu’un accusé peut ressentir relève uniquement d’un choix « sur le plan tactique » (m.a. dans le cas de J.J., par. 99; *Darrach*, par. 47). Mais, dans l’arrêt *Darrach*, la Cour n’a jamais conclu que l’obligation sur le plan tactique de communiquer des éléments de preuve avant le procès était automatiquement conforme à la *Charte*. Les propos qu’a tenus le juge Gonthier doivent être situés dans le contexte du type de preuve en cause dans cette affaire, en l’occurrence la preuve visée à l’art. 276, et sa conclusion que les impératifs tactiques qui pouvaient amener l’accusé à communiquer des éléments n’étaient pas « prématuré[s] ou inapproprié[s] » tenait en grande partie à la nature intrinsèquement préjudiciable et non pertinente de ces éléments (par. 46, 55 et 59).

[261] En outre, il y a une grande différence entre le fait de confronter un accusateur à tous les éléments de preuve pertinents et le fait de prendre des décisions d’ordre tactique comme celle de contester un mandat de perquisition. J’accepte l’argument de J.J. selon lequel, s’il est possible de reléguer au plan de simple décision « tactique » la présentation d’une demande fondée sur l’art. 278.92 visant à invoquer les *communications de l’accusé lui-même* au sujet des actes à l’origine de l’accusation pour contester les preuves à charge ou pour invoquer un moyen de défense, on pourrait en dire autant de *toutes* les preuves à décharge, de sorte que l’accusé pourrait, en vertu de la Constitution, être contraint de révéler avant le procès *tout* élément de preuve ou document susceptible de servir à questionner potentiels (m.i., par. 115-117; voir aussi le mémoire de la CTLA, par. 17). Comme le souligne la CTLA, [TRADUCTION]

this as a “slippery slope” argument (para. 162). I say with respect that, in doing so, the majority minimizes legitimate and obvious concerns raised by these parties and interveners about the impacts of its ruling, as if these concerns were unworthy of taking seriously. It is no answer simply to impugn a concern as a “slippery slope” argument. After all, some slopes *are* slippery.

[262] The limits to the protection from self-incrimination and the right to silence are, on their own, fatal to the constitutionality of the records screening regime. While the Crown argues that the regime is simply a screening device through which highly relevant and probative evidence may pass, the violations to the self-incrimination principle are in no way attenuated by their later admission: “The harm is done by conscription” (transcript, day 2, at p. 73). Even where defence evidence is ultimately admitted, the regime still limits an accused’s s. 11(c) and (d) and s. 7 rights. I turn now to another aspect of that concern.

(3) Restrictions on Cross-Examination of Crown Witnesses

[263] As already noted, the records screening regime compels accused persons to give advance notice to the complainant and Crown seven days before the hearing, and to provide detailed particulars of the evidence they wish to rely on, complete with an explanation of why it is relevant to an issue at trial. Where that relevance pertains to the frailties in the Crown’s case or theory of the defence case, the accused must therefore reveal them. The regime also permits the complainant to appear and make submissions at the admissibility hearing. Taken together, these provisions

« on ne peut renoncer au droit de garder le silence dans d’autres circonstances, sinon ce droit cesserait effectivement d’exister » (par. 17). Un tel résultat serait contraire à la jurisprudence de notre Cour, et notamment aux arrêts *Chambers* et *P. (M.B.)*, et il ne peut correspondre à ce que la Cour envisageait dans l’arrêt *Darrach*. La majorité rejette cet argument en le qualifiant de « pente glissante » (par. 162). J’affirme en toute déférence que, ce faisant, la majorité minimise les préoccupations légitimes et évidentes soulevées par les parties et les intervenants au sujet des répercussions de sa décision, comme si ces préoccupations ne méritaient pas d’être prises au sérieux. Il ne suffit pas d’attaquer une préoccupation en la qualifiant de « pente glissante ». Après tout, certaines pentes *sont* glissantes.

[262] À elles seules, les limites imposées à la protection contre l’auto-incrimination et au droit de garder le silence sont fatales à la constitutionnalité du régime d’examen des dossiers. Bien que la Couronne soutienne que le régime n’est qu’un simple dispositif de vérification permettant d’admettre les éléments de preuve très pertinents et probants, les entorses au principe interdisant l’auto-incrimination ne sont nullement atténuées par l’admission ultérieure des éléments de preuve en question : [TRADUCTION] « Le préjudice réside dans la contrainte » (transcription, 2^e journée, p. 73). Même lorsque les preuves à décharge sont finalement admises, le régime restreint quand même les droits conférés à l’accusé par les al. 11(c) et 11(d) et par l’art. 7. Je passe maintenant à un autre aspect de ce problème.

(3) Restrictions apportées au contre-interrogatoire des témoins à charge

[263] Comme je l’ai déjà indiqué, le régime d’examen des dossiers oblige l’accusé à donner un préavis à la plaignante et à la Couronne sept jours avant l’audience et à fournir toutes précisions utiles au sujet de la preuve qu’il entend présenter et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause. Lorsque la pertinence concerne les failles de la thèse de la Couronne ou concerne la théorie de la défense, l’accusé doit donc les communiquer. Le régime permet également à la plaignante de comparaître et de présenter des arguments lors de l’audience sur l’admissibilité. Prises

limit the accused's ability to effectively cross-examine the complainant, contrary to the presumption of innocence, the right to make full answer and defence and the right to a fair trial.

[264] As a preliminary point, I do not see the complainant's entitlement under s. 278.94(2) and (3) to retain counsel and to appear and make submissions at the admissibility hearing as necessarily a concern. The question is how far those participatory rights extend.

[265] I agree with the majority's interpretation that the complainant should have access to the application record once it passes the threshold screening (that is, once a judge determines the evidence is capable of being admissible) (majority reasons, at para. 93). A provision entitling the complainant to retain counsel and make submissions should be interpreted in a manner that permits counsel to make meaningful submissions. While the majority suggests that complainants have only limited standing to address the impacts on their privacy and dignity interests (para. 178), in point of fact the legislation permits them to make submissions on admissibility, which is broader than complainant participation in the *Mills* regime. Nevertheless, I agree with the majority that the regime does not contemplate a right to cross-examine the accused, or to adduce evidence at the hearing (paras. 100-102). It follows, then, that I would not accept the application judge's conclusion in A.S.'s case that the regime threatens prosecutorial independence and effectively makes the complainant a second prosecutor (paras. 91 and 102).

[266] I return, then, to my point that the advance disclosure requirement and complainant's participatory rights operate together to limit the accused's right to cross-examine the complainant. The analysis necessarily starts with the presumption of innocence, which is no mere legal nicety. It is the most elementary manifestation of society's commitment to a fair trial, grounded in the precept, "basic to our concept

globalement, ces dispositions limitent la capacité de l'accusé de contre-interroger efficacement la plaignante, ce qui va à l'encontre de la présomption d'innocence, du droit de présenter une défense pleine et entière et du droit à un procès équitable.

[264] À titre liminaire, je ne crois pas que le droit que les par. 278.94(2) et (3) reconnaissent à la plaignante de retenir les services d'un avocat et de comparaître à l'audience sur l'admissibilité pour y faire valoir ses arguments soit nécessairement un problème. La question est plutôt celle de l'ampleur de ces droits de participation.

[265] Je souscris à l'interprétation de la majorité selon laquelle la plaignante devrait avoir accès au dossier de la demande une fois qu'elle a franchi l'étape de l'examen préliminaire (c'est-à-dire lorsque le juge estime que l'élément de preuve en cause peut être admis) (motifs de la majorité, par. 93). Une disposition autorisant la plaignante à retenir les services d'un avocat et à faire valoir son point de vue devrait être interprétée de manière à permettre à l'avocat de présenter des observations utiles. Bien que la majorité laisse entendre que les plaignants ont une qualité restreinte pour aborder les répercussions sur leurs droits à la vie privée et à la dignité (par. 178), en fait la loi leur permet de présenter des observations sur l'admissibilité, un enjeu plus large que la participation de la plaignante sous le régime de l'arrêt *Mills*. Néanmoins, je suis d'accord avec la majorité pour dire que le régime ne prévoit pas le droit de contre-interroger l'accusé ou de présenter des éléments de preuve à l'audience (par. 100-102). Je suis donc d'avis de rejeter la conclusion du juge du procès dans le cas de A.S. selon laquelle le régime menace l'indépendance de la poursuite et transforme dans les faits la plaignante en une deuxième poursuivante (par. 91 et 102).

[266] Je reviens donc à mon argument selon lequel l'obligation de communication préalable et les droits de participation de la plaignante ont ensemble pour effet de limiter le droit de l'accusé de contre-interroger la plaignante. L'analyse commence nécessairement par la présomption d'innocence, qui n'est pas une simple subtilité juridique. Il s'agit de la manifestation la plus élémentaire de la valeur que la société accorde à la

of justice”, that “the innocent must not be convicted” (*Seaboyer*, at p. 606). It is “a hallowed principle lying at the very heart of criminal law” that “confirms our faith in humankind” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20; see also *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, at para. 1). Such breathless statements can often be safely dismissed as mere judicial puffery. But not these. The significance of the presumption of innocence to our system of criminal justice simply cannot be understated. And, while it is expressly protected in s. 11(d), it is also “inextricably intertwined” with the broader protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 (*R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 95, citing *Seaboyer*, at p. 603).

[267] Giving meaning and operation to the presumption of innocence is the accused’s right to make full answer and defence. This extends to calling the evidence necessary to establish a defence, and challenging the evidence called by the prosecution (*Seaboyer*, at p. 608). Full answer and defence is not unqualified; relevant evidence can be excluded where the exclusion is justified by a ground of law or policy, such as where the evidence is unduly prejudicial or likely to distort the fact-finding process (*Seaboyer*, at p. 609; *Mills*, at paras. 74-75). But a rule which “prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial” (*Seaboyer*, at p. 609).

[268] The accused’s right to cross-examine Crown witnesses without significant and unwarranted constraint is a key element of the right to make full answer and defence and the right to a fair trial (*R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 24; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 39). Unwarranted constraints on cross-examination may

tenue de procès équitables, fondée sur le précepte sur lequel « [n]otre système de justice repose », à savoir que « l’innocent ne doit pas être déclaré coupable » (*Seaboyer*, p. 606). Il s’agit d’un « principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel » et qui « confirme notre foi en l’humanité » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119-120; voir aussi *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, par. 1). Dans bien des cas, on peut sans risque de se tromper balayer du revers de la main ce type de déclarations pompeuses en les considérant simplement comme de l’esbroufe judiciaire. Mais pas celles-ci. On ne saurait tout simplement sous-estimer l’importance que revêt la présomption d’innocence dans notre système de justice criminelle. Et, bien qu’elle soit expressément protégée à l’al. 11d), cette présomption est « inextricablement lié[e] » au droit plus large à la vie, la liberté et la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 (*R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 95, citant *Seaboyer*, p. 603).

[267] Le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière donne un sens et une portée à la présomption d’innocence. Ce droit confère aussi à l’accusé la faculté de présenter les éléments de preuves qui lui permettront d’établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite (*Seaboyer*, p. 608). Le droit à une défense pleine et entière n’est pas absolu; des éléments de preuve pertinents peuvent être exclus lorsqu’un principe ou une règle de droit justifie leur exclusion, par exemple lorsque la preuve est indûment préjudiciable ou susceptible de fausser le processus de recherche des faits (*Seaboyer*, p. 609; *Mills*, par. 74-75). Mais une règle « qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d’éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l’encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable » (*Seaboyer*, p. 609).

[268] Le droit de l’accusé de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées constitue un élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière et du droit à un procès équitable (*R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 24; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 39). Imposer

undermine the fairness of the trial (*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 2; *N.S.*, at para. 24), and increase the risk of convicting the innocent. As this Court recognized in *Lyttle*, cross-examination is often the only way to expose the truth:

Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be no other way to expose falsehood, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed.

That is why the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence. [Emphasis in original; paras. 1-2.]

[269] The importance of cross-examination was recently restated in *R.V.*:

Generally, a key element of the right to make full answer and defence is the right to cross-examine the Crown's witnesses without significant and unwarranted restraint: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 1 and 41; *Osolin*, at pp. 664-65; *Seaboyer*, at p. 608. The right to cross-examine is protected by both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In certain circumstances, cross-examination may be the only way to get at the truth. The fundamental importance of cross-examination is reflected in the general rule that counsel is permitted to ask any question for which they have a good faith basis — an independent evidentiary foundation is not required: *Lyttle*, at paras. 46-48. [Emphasis added; para. 39.]

[270] As these statements recognize, cross-examination may be *the only way* for an accused to avail itself of its right to make full answer and defence — that is, to challenge the Crown's case, and to raise a reasonable doubt in the trier of fact's mind. This is particularly so in sexual assault cases, where the complainant will often be the only witness to testify (*Farah*, at para. 74). This Court in *Lyttle*, at para. 70, cited with approval the reasons of the Manitoba Court

des entraves injustifiées au contre-interrogatoire risque de compromettre l'équité du procès (*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 2; *N.S.*, par. 24), et d'augmenter les risques de condamner un innocent. Ainsi que notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Lyttle*, le contre-interrogatoire est souvent la seule façon de faire éclater la vérité :

Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s'avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu'un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n'existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais.

Voilà pourquoi le droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. [Soulignement dans l'original; par. 1-2.]

[269] L'importance du contre-interrogatoire a récemment été réaffirmée dans l'arrêt *R.V.* :

Généralement, un élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière est le droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 1 et 41; *Osolin*, p. 664-665; *Seaboyer*, p. 608. Le droit de contre-interroger est protégé à la fois par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte*. Dans certaines situations, il se peut que le contre-interrogatoire soit le seul moyen de découvrir la vérité. L'importance fondamentale du contre-interrogatoire est reflétée par la règle générale selon laquelle un procureur peut poser toute question, pourvu qu'il le fasse de bonne foi — l'existence d'une preuve indépendante au soutien de la question n'est pas nécessaire : *Lyttle*, par. 46-48. [Je souligne; par. 39.]

[270] Comme ces déclarations le reconnaissent, le contre-interrogatoire peut être *le seul moyen* pour l'accusé de se prévaloir de son droit de présenter une défense pleine et entière — c'est-à-dire de contester les preuves à charge et de soulever un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. Cela est particulièrement vrai dans les affaires d'agression sexuelle, dans lesquels la plaignante est souvent la seule personne qui témoigne (*Farah*, par. 74). Dans l'arrêt *Lyttle*, par. 70,

of Appeal in *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, at para. 2:

Cross-examination is a most powerful weapon of the defence, particularly when the entire case turns on credibility of the witnesses. An accused in a criminal case has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as he does not abuse that right. Any improper interference with the right is an error which will result in the conviction being quashed.

[271] As this Court has also recognized, reasonable limits may be placed on the cross-examination of a complainant in a sexual assault trial to prevent it from being used for improper purposes (*Osolin*, at pp. 665-66). But the Court has also recognized that cross-examination in respect of consent and credibility should be permitted where the probative value is *not substantially outweighed* by the danger of unfair prejudice that may flow from it (*Osolin*, at p. 671). And so, the Court has understood that allowing the accused “wide latitude” to cross-examine the complainant in sexual offence cases is crucial to achieving trial fairness (*Lyttle*, at para. 50, citing *Shearing*, at paras. 121-22).

[272] To all this, the majority says only that the right to cross-examine is not violated here because there is no right to “ambush[h]” the complainant with highly private records at trial or cross-examine the complainant on “every scintilla” of information (paras. 183-84). Their analysis assumes that any cross-examination on s. 278.92 records would be unfair or irrelevant, which is demonstrably not so. It also mischaracterizes the defence arguments. The common law *already* protects complainants from unfair or irrelevant cross-examination. J.J. and Mr. Reddick seek merely to preserve their *remaining* right to cross-examine prosecution witnesses “without significant and unwarranted constraint” (*Lyttle*, at para. 2). This Court in *Darrach* did not remove the right to contemporaneous cross-examination on private information. Gonthier J. simply confirmed

notre Cour a cité et approuvé l’opinion suivante de la Cour d’appel du Manitoba dans l’arrêt *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, par. 2 :

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un outil très puissant à la disposition de la défense, particulièrement lorsque toute l’affaire repose sur la crédibilité des témoins. Dans un procès criminel, l’accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce au sens le plus complet et le plus large du terme, pourvu qu’il n’abuse pas de ce droit. Toute limitation irrégulière de ce droit constitue une erreur susceptible d’entraîner l’annulation de la déclaration de culpabilité.

[271] Comme notre Cour l’a également reconnu, il est possible d’imposer des limites raisonnables au droit de l’accusé de contre-interroger la plaignante dans le cadre d’un procès pour agression sexuelle afin d’éviter que le contre-interrogatoire serve à des fins irrégulières (*Osolin*, p. 665-666). Mais la Cour a aussi reconnu que le contre-interrogatoire portant sur le consentement et la crédibilité devrait être autorisé lorsque le risque qu’il en découle un préjudice inéquitable *ne l’emporte pas sensiblement* sur la valeur probante de cette preuve (*Osolin*, p. 671). Ainsi, la Cour a compris qu’il est essentiel, pour assurer l’équité du procès, de laisser à l’accusé une « grande latitude » pour contre-interroger la plaignante dans les affaires d’infractions sexuelles (*Lyttle*, par. 50, citant *Shearing*, par. 121-122).

[272] À tout ce qui précède, la majorité répond seulement que le droit de contre-interroger n’a pas été violé en l’espèce, parce que l’accusé n’a pas le droit de « prendre [. . .] par surprise » la plaignante en produisant des dossiers très privés au procès ou en contre-interrogeant la plaignante sur « chaque élément » d’information (par. 183-184). L’analyse de la majorité repose sur l’hypothèse que tout contre-interrogatoire portant sur les dossiers visés à l’art. 278.92 serait injuste ou non pertinent, ce qui n’est manifestement pas le cas. Elle déforme également les arguments de la défense. La common law protège *déjà* les plaignants contre les contre-interrogatoires injustes ou non pertinents. J.J. et M. Reddick cherchent simplement à préserver le droit *qu’il leur reste* de contre-interroger les témoins à charge « sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées » (*Lyttle*,

that the defence cannot “ambush” complainants with *inherently prejudicial and irrelevant evidence*:

Section 276 does not require the accused to make premature or inappropriate disclosure to the Crown. For the reasons given above, the accused is not forced to embark upon the process under s. 276 at all. As the trial judge found in the case at bar, if the defence is going to raise the complainant’s prior sexual activity, it cannot be done in such a way as to surprise the complainant. The right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush. [Emphasis added; para. 55.]

[273] Those comments were clearly intended to apply *only* to presumptively inadmissible evidence of prior sexual activity. They cannot be divorced from their context. The issue in *Darrach* was whether the complainant could be cross-examined about her sexual history extrinsic to the allegations. The proposed cross-examination was intensely intimate and potentially embarrassing, and the evidence was presumptively irrelevant. Thus, Gonthier J.’s statement was “a s. 276-specific reminder that extrinsic sexual activity is always prejudicial, and — because it is often temporally distant, intimate and historically prone to misuse — likely to cause undue confusion and distress if brought up without warning” (R.F. in J.J.’s case, at para. 57). To suggest that it was an unqualified statement that the right to make full answer and defence excludes the right to surprise the complainant is baseless and, further, corrosive of the accused’s right to make full answer and defence (see majority reasons, at paras. 183-84).

[274] The majority minimizes the defence concerns by echoing that the right to a fair trial does not entitle

par. 2). Dans l’arrêt *Darrach*, notre Cour n’a pas supprimé le droit de procéder à un contre-interrogatoire simultané sur des renseignements privés. Le juge Gonthier a simplement confirmé qu’il est interdit à la défense de « prendre par surprise » la plaignante en présentant *des éléments de preuve préjudiciables en soi et non pertinents* :

L’article 276 n’exige pas que l’accusé fasse une divulgation prématurée ou inappropriée au ministère public. Pour les motifs déjà exposés, l’accusé n’est nullement obligé de s’engager dans le processus décrit à l’art. 276. Comme l’a conclu le juge du procès en l’espèce, si la défense doit invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle ne pourra pas le faire de manière à prendre par surprise la plaignante. Le droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre. [Je souligne; par. 55.]

[273] Ces propos étaient de toute évidence censés valoir *uniquement* pour les éléments de preuve présumés inadmissibles portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. On ne peut les dissocier de leur contexte. Dans l’affaire *Darrach*, il s’agissait de déterminer si la plaignante pouvait être contre-interrogée au sujet d’activités sexuelles autres que celles à l’origine de l’accusation. Le contre-interrogatoire proposé était extrêmement intime et potentiellement embarrassant, et la preuve était présumément non pertinente. Les propos du juge Gonthier étaient donc [TRADUCTION] « un rappel spécifique, fondé sur l’art. 276, que les activités sexuelles autres que celles à l’origine de l’accusation sont toujours préjudiciables, et — parce qu’elles datent souvent d’il y a longtemps, qu’elles sont intimes et que, par le passé, elles ont été souvent utilisées à mauvais escient — elles sont susceptibles de créer de la confusion et une détresse injustifiées chez la plaignante si elles sont évoquées sans avertissement » (m.i. dans le cas de J.J., par. 57). Laisser entendre qu’il s’agissait d’une affirmation catégorique selon laquelle le droit à une défense pleine et entière exclut le droit de surprendre la plaignante est sans fondement, en plus d’avoir des effets corrosifs sur le droit de l’accusé à une défense pleine et entière (voir les motifs de la majorité, par. 183-184).

[274] La majorité minimise les craintes de la défense en répétant que le droit à un procès équitable

the accused to the most favourable procedures imaginable (see paras. 125 and 184). And, as this Court has repeatedly intoned, accused persons are not entitled to a “perfect trial” (*R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 194; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 74; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, at para. 101; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 72; *G. (S.G.)*, at para. 101; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 14 and 45; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, at para. 97; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 28; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 22). But, and with respect, this “answers” an argument that nobody has made. Nobody is seeking “perfection” here; we are already a long way from the most favourable trial. Eventually, at some point on the long road that the majority has taken from “Perfect Trial” to “Unfair Trial”, the refrain that there can be “no perfect trials” wears thin. It cannot be used *ad infinitum* to chip away at fair trial guarantees.

[275] The majority offers a second reason that the right to cross-examine is not violated here. They say that, since “witness tainting” is not a concern where the Crown provides disclosure to the accused under *Stinchcombe*, or where both parties in civil proceedings disclose their records, it follows that it is not a concern here (paras. 185-86). This assertion is thwarted by basic organizing principles of criminal law. The search for the truth is not the only relevant consideration when defence disclosure is at issue. Unlike the Crown or a defendant in civil proceedings, the accused faces the greater power of the state and a potential loss of liberty. For those reasons, the accused has (until now) benefited from the presumption of innocence and the right to remain silent until the Crown makes out a case to meet (see, e.g., *P. (M.B.)*, at pp. 577-79). Further, neither *Stinchcombe* nor civil procedure rules require the other party to disclose its *strategy or theory* of the case.

ne garantit pas à l’accusé un droit à la procédure la plus favorable qu’on puisse imaginer (voir par. 125 et 184). Et, comme notre Cour l’a réitéré à maintes reprises, les accusés n’ont pas droit à un « procès parfait » (*R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 194; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 74; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, par. 101; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 72; *G. (S.G.)*, par. 101; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14 et 45; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, par. 97; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 28; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 22). À mon humble avis, ces considérations « répondent » toutefois à un argument que personne n’a soulevé. Personne ne recherche « la perfection » ici; nous sommes déjà loin du procès le plus favorable. À un moment donné, dans le long chemin qu’emprunte la majorité pour passer de la notion de « procès parfait » à celle de « procès inéquitable », le refrain suivant lequel il n’existe pas de « procès parfait » sonne creux. On ne peut le réciter comme un mantra tout en érodant la garantie d’un procès équitable.

[275] Les juges de la majorité avancent une deuxième raison pour affirmer que le droit de contre-interroger n’a pas été violé en l’espèce. Selon eux, comme il n’y a pas lieu de craindre le « vice de témoignage » lorsque la Couronne communique sa preuve à l’accusé conformément à l’arrêt *Stinchcombe*, ou comme c’est le cas lorsque les deux parties dans une instance civile se communiquent leurs dossiers, le problème ne se pose pas en l’espèce (par. 185-186). Les principes fondamentaux d’organisation du droit pénal font échec à cette affirmation. La recherche de la vérité n’est pas la seule considération pertinente lorsque la communication de la preuve de la défense est en cause. Contrairement à la Couronne ou au défendeur dans une instance civile, l’accusé doit composer avec le pouvoir supérieur de l’État et le risque de perdre sa liberté. Pour ces raisons, l’accusé a — jusqu’à présent — bénéficié de la présomption d’innocence et du droit de garder le silence jusqu’à ce que la Couronne ait présenté une preuve complète (voir, p. ex., *P. (M.B.)*, p. 577-579). De plus, ni l’arrêt *Stinchcombe* ni les règles de procédure civile n’obligent la partie adverse à communiquer *sa stratégie ou sa thèse*.

[276] The majority further declares that the notice and disclosure requirements *enhance* trial fairness. They assert that providing advance notice to complainants that they may be confronted with highly private information in open court will better equip them to respond (para. 187). The Crown in J.J.’s case, the complainant A.S., and several intervenors made similar arguments, saying “ambush”-style cross-examination that aims to “disorient and discombobulate” a witness hinders rather than promotes the truth-seeking function, and that a prepared complainant is less likely to be emotional and more likely to provide logical and coherent responses (A.F. in J.J.’s case, at para. 131; A.F. in A.S.’s case, at para. 55; I.F. of AGO, at paras. 27-35; I.F. of AGNS in J.J.’s case, at paras. 81-82; I.F. of LEAF, at paras. 27 and 29; I.F. of WCLEAF-WAVAW in A.S.’s case, at para. 19).

[277] There is a certain unreality to the Crown’s claims. As this Court has observed, “trials are not — nor are they meant to be — tea parties”, particularly where the right of an accused to make full answer and defence is at stake (*Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772, at para. 3). At the very least, this submission relies on social science “evidence” that is not properly before this Court. And it completely ignores the witness exclusion rule, which is itself grounded on the premise that advance disclosure of counsel’s dossier or strategy comes with the significant risk that complainants’ evidence will *as a consequence* be tailored or tainted (application judge’s reasons in A.S.’s case, at para. 57). The requirement to provide detailed particulars requires accused persons to reveal frailties in the Crown’s evidence that they seek to prove through the record and through its subjection to cross-examination.

[276] La majorité ajoute que les exigences en matière de préavis et de communication *améliorent* l’équité du procès. Elle affirme que le fait d’avertir à l’avance la plaignante qu’elle pourrait être confrontée à des renseignements très privés dans le cadre d’une audience publique la rendra mieux à même de répondre (par. 187). La Couronne dans le cas de J.J., la plaignante A.S. et divers intervenants ont fait valoir des arguments semblables, affirmant qu’un contre-interrogatoire de type « embuscade » qui vise à « désorienter et à déstabiliser » un témoin nuit à l’objectif du procès d’assurer la manifestation de la vérité plutôt que d’y contribuer, ajoutant que la plaignante bien préparée est moins susceptible d’être émotive et davantage susceptible de donner des réponses logiques et cohérentes (m.a. dans le cas de J.J., par. 131; m.a. dans le cas de A.S., par. 55; m. interv. du P.G. Ont., par. 27-35; m. interv. du P.G. N.-É. dans le cas de J.J., par. 81-82; m. interv. du FAEJ, par. 27 et 29; m. interv. du WCLEAF-WAVAW dans le cas de A.S., par. 19).

[277] Il y a quelque chose d’irréel dans les affirmations de la Couronne. Ainsi que notre Cour l’a fait observer, « les procès ne sont pas une partie de plaisir, et là n’est pas non plus leur objectif », surtout lorsque le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière est en jeu (*Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772, par. 3). À tout le moins, cette affirmation s’appuie sur des « données » de la sociologie qui n’ont pas été régulièrement portées à la connaissance de notre Cour. Et elle fait totalement abstraction de la règle d’exclusion des témoins, laquelle est elle-même fondée sur la prémisse suivant laquelle la communication préalable du dossier ou de la stratégie de l’avocat s’accompagne du risque important que la plaignante adapte son témoignage *en conséquence* ou que son témoignage soit contaminé (motifs du juge de première instance dans le cas de A.S., par. 57). L’obligation faite à l’accusé de communiquer toutes précisions utiles au sujet de la preuve l’oblige à faire état des faiblesses des preuves à charge, faiblesses qu’il tente de démontrer par le biais du dossier et du contre-interrogatoire des témoins à charge.

[278] This speaks to why we have the witness exclusion rule: to preserve testimony in its original state (*R. v. Lindsay*, 2019 ABQB 372, 95 Alta. L.R. (6th) 163, at para. 10, citing S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at §16.34). To elaborate, it addresses a basic feature of human nature: witnesses who learn, in advance of testifying, of certain accounts that are inconsistent with their own version of events, may, consciously or unconsciously, change their own evidence to conform to what they have learned or to otherwise reconcile them, thereby reducing the effectiveness of the cross-examination they will ultimately face. In other words, “[r]evealing the evidence, defence theory, or the direction of the cross-examination to an anticipated witness creates the risk that the witness, upon hearing the evidence, will ‘alter, modify or change what [it] would otherwise state’” (R.F. in J.J.’s case, at para. 46, citing *R. v. Green*, [1998] O.J. No. 3598 (QL), 1998 CarswellOnt 3820 (WL) (C.J. (Gen. Div.)), at para. 21, *Re Collette and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 300 (Ont. H.C.), at p. 306, *R. v. Latimer*, 2003 CanLII 49376 (Ont. S.C.J.), at para. 27, per O’Connor J., *R. v. Spence*, 2011 ONSC 2406, 249 C.R.R. (2d) 64, at para. 38, and *R. v. White* (1999), 42 O.R. (3d) 760 (C.A.), at pp. 767-68).

[279] The concerns of J.J. and Mr. Reddick about witnesses tailoring evidence do not, contrary to arguments raised by the Crown, rely on stereotypical assumptions about the untrustworthiness of sexual assault complainants. There is no mystery or stigmatization at work here. As I say, these concerns speak more generally to a trait of human nature, and therefore to a temptation which most if not all witnesses would feel in these circumstances. While there is no right to “ambush” or “whack” a complainant with misleading or abusive cross-examination, confronting a complainant with inconsistencies that have not previously been disclosed is a well-established and often exceedingly effective aspect of cross-examination used to test the complainant’s credibility. The court in *D.L.B.*, at paras. 68-69, reached the same

[278] Cela illustre bien la raison d’être de la règle de l’exclusion des témoins, à savoir la volonté de préserver le témoignage dans son état original (*R. c. Lindsay*, 2019 ABQB 372, 95 Alta. L.R. (6th) 163, par. 10, citant S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), §16.34). Cette règle s’attaque en effet à une caractéristique fondamentale de la nature humaine : les témoins qui apprennent, avant de témoigner, l’existence d’une version des faits qui est incompatible avec leur témoignage peuvent, consciemment ou inconsciemment, modifier leur propre témoignage pour se conformer à ce qu’ils sont appris ou pour concilier les deux versions, ce qui réduit d’autant l’efficacité du contre-interrogatoire dont ils feront finalement l’objet. En d’autres termes, [TRADUCTION] « [r]évéler à une personne susceptible de témoigner la nature de la preuve, la théorie de la défense ou l’orientation que prendra le contre-interrogatoire crée le risque qu’en prenant connaissance de ces éléments de preuve, le témoin “modifie ou change la version qu’il donnerait autrement” » (m.i. dans le cas de J.J., par. 46, citant *R. c. Green*, [1998] O.J. No. 3598 (QL), 1998 CarswellOnt 3820 (WL) (C.J. (Div. gén.)), par. 21, *Re Collette and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 300 (H.C. Ont.), p. 306, *R. c. Latimer*, 2003 CanLII 49376 (C.S.J. Ont.), par. 27, le juge O’Connor, *R. c. Spence*, 2011 ONSC 2406, 249 C.R.R. (2d) 64, par. 38, et *R. c. White* (1999), 42 O.R. (3d) 760 (C.A.), p. 767-768).

[279] Les craintes évoquées par J.J. et par M. Reddick au sujet de la possibilité que des témoins adaptent leur témoignage ne reposent pas, contrairement à ce que prétend la Couronne, sur des stéréotypes concernant le manque de fiabilité des plaignants en matière d’agressions sexuelles. Il n’y a pas de mystère ou de stigmatisation en cause ici. Comme je l’ai dit, ces craintes s’adressent plus généralement à un trait de la nature humaine et donc à la tentation que la plupart, sinon la totalité des témoins, ressentiraient dans une telle situation. Bien que l’on n’ait pas le droit de « prendre par surprise » la plaignante ou de la « déstabiliser » en la soumettant à un contre-interrogatoire trompeur ou abusif, mettre la plaignante en présence d’incohérences qui n’ont pas été révélées auparavant constitue une technique de contre-interrogatoire bien

conclusion, explaining that proper impeachment through cross-examination is not the equivalent of defence by ambush but rather “an entirely legitimate and appropriate tactic in defending an accused on a criminal charge”. In many cases, advance disclosure may improperly shape complainants’ testimony, consciously or unconsciously, in a manner that cannot be readily exposed or mitigated at trial (*Farah*, at paras. 83-88).

[280] It is true, as the Attorney General of Canada observes, that complainants often become aware of defence strategy after a mistrial has occurred or where a retrial is ordered (I.F. in J.J.’s case, at paras. 47-48; see also A.F. in J.J.’s case, at para. 120). But this comparison is not well taken. In such situations, accused persons will have had an opportunity to confront complainants *before* their strategy in doing so becomes apparent. And the transcript of those confrontations can be put to the complainants if their evidence changes at the retrial. Compelling advance defence disclosure before the complainant has given evidence *at all* is a different situation entirely.

[281] The majority’s third reason for finding no violation of the right to cross-examine is that the accused will still be able to test the complainant’s evidence by comparing it to prior police statements (para. 188). The Crown similarly argued that complainants can be cross-examined about their access to materials or participation in the application, as occurred at J.J.’s trial. Complainants can still be discredited by suggestions that they tailored their evidence or that their credibility is undermined by the knowledge they gained from reviewing the accused’s application in advance. The Crown in J.J.’s case and the complainant A.S. add that, where the complainant provided a statement to the police or testified at a preliminary hearing, any modifications in their evidence will

implantée et souvent fort efficace qui est utilisée pour mettre sa crédibilité à l’épreuve. Dans le jugement *D.L.B.*, par. 68-69, la cour est parvenue à la même conclusion, expliquant qu’on ne peut considérer le recours au contre-interrogatoire en tant que moyen d’attaquer la crédibilité de la plaignante comme une tentative de la prendre par surprise, mais bien comme [TRADUCTION] « une tactique tout à fait légitime et appropriée pour défendre un accusé dans une affaire criminelle ». Dans de nombreux cas, la communication préalable risque d’influencer de façon peu souhaitable le témoignage des plaignants, consciemment ou inconsciemment, et de causer un tort qu’il sera difficile de faire ressortir ou de corriger au procès (*Farah*, par. 83-88).

[280] Il est vrai, comme le fait observer le procureur général du Canada, que les plaignants prennent souvent connaissance de la stratégie de la défense après que le procès a été annulé ou que la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée (m. interv. dans le cas de J.J., par. 47-48; voir aussi m.a. dans le cas de J.J., par. 120). Mais cette comparaison est boiteuse. Dans de telles situations, les accusés auront eu l’occasion de confronter les plaignants *avant* que leur stratégie pour ce faire devienne évidente. Et la transcription de ces confrontations peut être portée à la connaissance des plaignants si leur témoignage change lors du nouveau procès. Le fait d’obliger la défense à communiquer des renseignements *avant même* que la plaignante ait témoigné est une situation complètement différente.

[281] La troisième raison invoquée par la majorité pour conclure à l’absence de violation du droit de contre-interroger est que l’accusé aura toujours la possibilité de vérifier la véracité du témoignage de la plaignante en le comparant aux déclarations antérieures qu’elle a faites aux policiers (par. 188). La Couronne affirme, dans le même ordre d’idées, que l’on peut contre-interroger la plaignante au sujet de son accès aux documents ou de sa participation à la demande, comme cela s’est produit au procès de J.J. On peut toujours attaquer la crédibilité de la plaignante en laissant entendre qu’elle a ajusté son témoignage ou en affirmant que sa crédibilité est affaiblie en raison des connaissances qu’elle a acquises du fait qu’elle a pu examiner à l’avance la demande

be ripe for cross-examination (A.F. in J.J.’s case, at para. 118; A.F. in A.S.’s case, at para. 61).

[282] As J.J. observes, however, preliminary inquiries are no longer available for sexual assault cases involving adults (R.F., at para. 67; *Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2019, c. 25, s. 238). And statements to the police are not always given under oath. In many cases, then, there will not be any pre-trial sworn statements on which the accused can impeach the complainant.

[283] Where the application is brought before a jury trial, there is a further limit on the accused’s ability to cross-examine the complainant on her knowledge of the defence case. Section 648(1) of the *Criminal Code* provides that “no information regarding any portion of the trial at which the jury is not present shall be published in any document or broadcast or transmitted in any way before the jury retires to consider its verdict”. Combined with s. 645(5), that provision has been interpreted as automatically banning publication of any pre-trial motion that ordinarily must be dealt with in the absence of the jury, “to ensure that a jury would not be potentially exposed to, or biased by, the content or rulings of proceedings conducted by the trial judge in their absence” (*R. v. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 277 Man. R. (2d) 65, at para. 13 (emphasis added)). The majority says, without explanation, that s. 648 would not prevent cross-examination here (para. 189), but that is just not so. Again, it prohibits, *inter alia*, “transmi[ssion] in any way”. And if counsel could *transmit* that same information by questioning the complainant about a pre-trial motion, it would defeat the purpose of a publication ban. The Crown may well therefore argue that the accused cannot cross-examine the complainant or make closing submissions at trial about the circumstances in which the

de l’accusé. La Couronne dans le cas de J.J. et la plaignante A.S. ajoutent que, lorsque la plaignante a fait une déclaration à la police ou a témoigné à l’enquête préliminaire, il y aura lieu de la contre-interroger au sujet de toute modification qu’elle a apportée à sa version des faits (m.a. dans le cas de J.J., par. 118; m.a. dans le cas de A.S., par. 61).

[282] Cependant, comme le fait observer J.J., il n’est plus possible de tenir une enquête préliminaire dans les cas d’agressions sexuelles impliquant des adultes (m.i., par. 67; *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, c. 25, art. 238). Et les déclarations à la police ne sont pas toujours faites sous serment. Dans de nombreux cas, il n’y aura donc pas, avant le procès, de déclaration sous serment dont l’accusé peut se servir pour attaquer la crédibilité de la plaignante.

[283] Lorsque la demande est présentée préalablement à un procès devant jury, la capacité de l’accusé de contre-interroger la plaignante sur ce qu’elle connaît de la thèse de la défense est encore plus limitée. Le paragraphe 648(1) du *Code criminel* prévoit qu’« aucun renseignement concernant une phase du procès se déroulant en l’absence du jury ne peut être publié ou diffusé de quelque façon que ce soit avant que le jury ne se retire pour délibérer ». Combinée avec le par. 645(5), cette disposition a été considérée comme interdisant automatiquement la publication de toute requête préalable sur laquelle il faut normalement statuer en l’absence du jury, [TRA-DUCTION] « pour s’assurer que le jury ne puisse pas être exposé à la teneur de procédures instruites par le juge du procès ou aux décisions qu’il a rendues au cours de celles-ci en leur absence ou influencé par ces éléments » (*R. c. Stobbe*, 2011 MBQB 293, 277 Man. R. (2d) 65, par. 13 (je souligne)). La majorité affirme, sans l’expliquer, que l’art. 648 ne ferait pas obstacle au contre-interrogatoire en l’espèce (par. 189), mais ce n’est tout simplement pas le cas. Encore une fois, il interdit notamment la « diffus[ion] de quelque façon que ce soit ». Si l’avocat pouvait *diffuser* ces mêmes renseignements en interrogeant la plaignante au sujet d’une requête préalable, cela

complainant received notice of the defence evidence and anticipated cross-examination.

[284] To summarize, then. The advance notice and disclosure requirement, combined with the complainant's participation, interferes with cross-examination contrary to ss. 7 and 11(d). The requirement to provide detailed particulars means that accused persons may have to disclose frailties in the complainant's evidence that they seek to prove by relying on the record at issue. Even witnesses seeking to give truthful testimony could subconsciously tailor their evidence. The risks go beyond the explicit fabrication of evidence, and include the subtle manipulation of testimony by a witness to address the frailties or inconsistencies disclosed in advance by the defence (R.F. in J.J.'s case, at para. 48, citing M. D. Tochor and K. D. Kilback, "Defence Disclosure: Is it Written in Stone?" (2000), 43 *C.L.Q.* 393). Again, and contrary to the assertions of many Attorneys General and interveners, this concern is not based on stereotypical reasoning about the untrustworthiness of sexual assault complainants, but simply a recognition of human nature. Even where the accused can establish an inconsistency against the complainant's police statement, the complainant will be given an opportunity to reconcile competing accounts.

[285] And that is where the danger of wrongful conviction lies. Impeachment of a Crown witness, including impeachment by surprise, is a legitimate and valuable defence tactic, which the regime eviscerates. The comments of Rothery J. in *R. v. Anderson*, 2019 SKQB 304, 61 C.R. (7th) 376, are apt:

The reality is that the defence may not even know what records may be useful on cross-examination until the Crown

iraît à l'encontre de l'objet d'une ordonnance de non-publication. La Couronne peut donc fort bien soutenir que l'accusé ne peut pas contre-interroger la plaignante ou présenter des plaidoiries finales au procès au sujet des circonstances dans lesquelles la plaignante a été informée de la preuve à décharge et du contre-interrogatoire prévu.

[284] En résumé, l'exigence de préavis et de communication, combinée à la participation de la plaignante, compromet le contre-interrogatoire, ce qui est contraire à l'art. 7 et à l'al. 11d). L'exigence de fournir toutes précisions utiles signifie que les accusés pourraient devoir révéler les faiblesses que comporte la preuve de la plaignante et qu'ils cherchent à démontrer en se fondant sur le dossier en cause. Même les témoins qui souhaitent donner un témoignage véridique pourraient inconsciemment modifier leur version des faits. Les risques ne se limitent pas à la fabrication intentionnelle de preuves; ils englobent la manipulation subtile de la déposition de témoins pour tenir compte des faiblesses ou des incohérences révélées à l'avance par la défense (m.i. dans le cas de J.J., par. 48, citant M. D. Tochor et K. D. Kilback, « Defence Disclosure : Is it Written in Stone? » (2000), 43 *C.L.Q.* 393). Encore une fois, et contrairement aux affirmations des nombreux procureurs généraux et intervenants en l'espèce, cette crainte ne tient pas à l'existence de stéréotypes concernant le manque de fiabilité des plaignants en matière d'agressions sexuelles, mais simplement à la reconnaissance de la nature humaine. Même lorsque l'accusé réussit à démontrer que le témoignage de la plaignante contredit la déclaration qu'elle a faite aux policiers, la plaignante se verra offrir la possibilité de concilier les versions contradictoires.

[285] Et c'est là que réside le danger d'assister à des condamnations injustifiées. Attaquer un témoin à charge, notamment en attaquant par surprise sa crédibilité, constitue une tactique de défense légitime et utile qui est supprimée par le régime. Les commentaires formulés par le juge Rothery dans la décision *R. c. Anderson*, 2019 SKQB 304, 61 C.R. (7th) 376, sont fort à propos :

[TRADUCTION] En réalité, il se peut que la défense ne sache pas quel dossier pourrait être utile lors du

has concluded the complainant’s examination-in-chief. The defence may not be able to prove that a record has “significant probative value” as required by s. 278.92(2)(b), or any probative value at all, in a vacuum. These procedural screening requirements eviscerate the most valuable tool available to the defence in a sexual assault trial.

The nature of this offence is one that usually occurs in private, without any witnesses other than the complainant and the accused. Often, it is a case of “she said, he said” (or in this trial, “he said, he said”). The defence must be permitted to test the veracity of a complainant, within the constraints of cross-examination as articulated in *Lyttle* and *R. V.* That is, the complainant’s questions must be relevant, and their prejudicial effect must not outweigh their probative value. The complainant’s privacy rights associated with records in the accused’s possession must give way to the accused’s rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, that is, an unencumbered cross-examination. The balance is incontrovertibly in the accused’s favour. [paras. 21-22]

[286] All this, I stress, applies where the information being disclosed (and potentially excluded) is part of the Crown’s case to meet, has probative value, and carries no inherent prejudicial effect. Full answer and defence is centrally implicated here. It is almost certain that tying the defence’s hands in this way will result in the conviction of innocent persons. And because that “threat of convicting an innocent individual strikes at the heart of the principles of fundamental justice”, “where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence”, this Court has maintained that “privacy rights must yield to avoid convicting the innocent” (*Mills*, at paras. 89 and 94).

- (4) All Private Records Are Presumptively Inadmissible by the Defence but Presumptively Admissible by the Crown

[287] The records screening regime is triggered not by the nature or content of a record, but by the identity of the party seeking to use it. *The Crown* can

contre-interrogatoire tant que le ministère public n’a pas terminé l’interrogatoire principal de la plaignante. La défense ne sera peut-être pas en mesure de démontrer, sans contexte, qu’un dossier a une « valeur probante » comme l’exige l’al. 278.92(2)b, voire la moindre valeur. Ces exigences procédurales viennent supprimer l’outil le plus précieux dont dispose la défense dans un procès pour agression sexuelle.

De par sa nature, une telle infraction est généralement perpétrée loin des regards, sans autre témoin que la plaignante et l’accusé. Souvent, l’affaire repose entièrement sur les dires de l’un et de l’autre. Il faut permettre à la défense de vérifier la véracité du témoignage de la plaignante, en respectant les contraintes du contre-interrogatoire qui ont été définies dans les arrêts *Lyttle* et *R. V.* En d’autres termes, les questions à la plaignante doivent être pertinentes et leur effet préjudiciable ne doit pas l’emporter sur leur valeur probante. Le droit à la vie privée de la plaignante en lien avec les dossiers que possède l’accusé doit céder le pas aux droits garantis à l’accusé en vertu de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, en permettant effectivement un contre-interrogatoire sans entraves. La balance penche incontestablement en faveur de l’accusé. [par. 21-22]

[286] J’insiste sur le fait que tout cela s’applique lorsque les renseignements qui sont communiqués (et potentiellement exclus) font partie des preuves à charge, ont une valeur probante et n’ont pas d’effet préjudiciable en soi. Le droit à une défense pleine et entière joue un rôle déterminant ici. Il est presque certain que le fait de limiter ainsi la marge de manœuvre de la défense se traduira par la condamnation d’innocents. Et puisque « le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale », « si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière », notre Cour a maintenu que « le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d’éviter de déclarer coupable un innocent » (*Mills*, par. 89 et 94).

- (4) Tous les dossiers privés sont présumés inadmissibles lorsqu’ils sont présentés par la défense, mais sont présumés admissibles lorsqu’ils sont soumis par la Couronne

[287] Le régime d’examen des dossiers entre en jeu non pas en raison de la nature ou de la teneur du dossier, mais à cause de l’identité de la personne qui

freely adduce private records in support of a conviction, without complainant participation or pre-trial screening. It is only when *the defence* seeks to use *the same private information* to raise a reasonable doubt that it becomes “dangerous”. In this way, the records screening regime differs from the s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 regimes, and limits the right to a fair trial.

[288] The s. 276 regime, of course, applies to the Crown *and* the accused. This logically follows from s. 276’s focus on the nature and content of records. Simply put, the nature and content of the record are the nature and content of the record; they do not change, depending on who possesses it. Not so with the records screening regime. If, as the Crown says, the nature and content of the record justify limits on admissibility, then the Crown would be similarly bound by its restrictions. Instead, the Crown is free from the strictures of disclosure and pre-screening to use private records and digital communications between the complainant and the accused, while the accused is precluded from using *the selfsame records* in its defence (R.F. in J.J.’s case, at para. 17).

[289] As to the regime for production of third-party records, s. 278.2(2) extends the application of the regime to “any person”, including the Crown. And so, s. 278.2(3) requires *the Crown* to notify the accused of any private records in the prosecutor’s possession (see *Mills*, at para. 103).

[290] In contrast, the records screening regime applies only where *accused persons* are in possession of records that they intend to adduce in their own defence. This limits the accused’s right to a fair trial under ss. 7 and 11(d). The majority stresses that trial fairness does not guarantee the defence “precisely the same privileges and procedures as the Crown” (para. 75), a point that no one disputes. But my colleagues fail to squarely address the questions raised: whether the fact that *this* regime applies only to the defence renders the trial unfair, whether the purpose

cherche à l’utiliser. *La Couronne* peut sans contrainte présenter en preuve des dossiers privés à l’appui d’une condamnation, sans participation de la plaignante ni contrôle préalable au procès. Ce n’est que lorsque *la défense* souhaite utiliser *les mêmes renseignements privés* pour soulever un doute raisonnable que la situation devient « dangereuse ». En ce sens, le régime d’examen des dossiers est différent des régimes des art. 276 et 278.1 à 278.91, et il restreint le droit à un procès équitable.

[288] Le régime de l’art. 276 s’applique bien entendu à la Couronne *et* à l’accusé. Cet état de fait découle logiquement de l’accent que l’art. 276 met sur la nature et la teneur des dossiers. En un mot, la nature et la teneur du dossier ne sont rien de plus que cela; ils ne changent pas selon l’identité de la personne qui le détient. Il n’en est pas ainsi pour ce qui est du régime d’examen des dossiers. Si, comme l’affirme la Couronne, la nature et la teneur du dossier justifient qu’on impose des limites à son admissibilité, la Couronne serait elle aussi assujettie à ces restrictions. Or, la Couronne est libre des contraintes de la communication et de l’examen préalable et peut se servir des dossiers privés et des communications numériques échangés entre la plaignante et l’accusé, tandis qu’il est interdit à l’accusé d’utiliser *ces mêmes dossiers* pour sa défense (m.i. dans le cas de J.J., par. 17).

[289] En ce qui concerne le régime de production de dossiers en la possession de tiers, le par. 278.2(2) précise qu’il s’applique au poursuivant. Le paragraphe 278.2(3) oblige donc *la Couronne* à informer l’accusé de tout dossier privé qu’il a en sa possession (voir *Mills*, par. 103).

[290] En revanche, le régime d’examen des dossiers ne s’applique que lorsque *les accusés* ont en leur possession des dossiers qu’ils ont l’intention de présenter en preuve pour leur propre défense. Le droit à un procès équitable garanti à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) s’en trouve ainsi restreint. La majorité souligne que l’équité du procès ne garantit pas à la défense « exactement [l]es mêmes privilèges et [. . .] la même procédure qu’[au] ministère public » (par. 75), chose que personne ne conteste. Mais mes collègues ne se prononcent pas clairement sur les

of the records screening regime is undermined by its one-sidedness, and whether this divergence from the s. 276 and ss. 278.1 to 278.91 regimes weakens the majority's reliance on *Darrach* and *Mills*. I would answer all three questions in the affirmative. The majority's response does not even begin to account for this glaring unfairness.

(5) Heightened Standard of “Significant Probative Value”

[291] My colleagues in the majority ignore the heightened evidentiary standard imposed by s. 278.92 and its implications for full answer and defence. Indeed, they misstate it by asserting that “the right to make full answer and defence will only be violated if the accused is prevented from adducing relevant and material evidence, the probative value of which is not outweighed by its prejudicial effect” (para. 133). That is manifestly not the standard Parliament adopted; and even if it were, it would not conform to the *Charter*.

[292] While *Crown* evidence should be excluded if its probative value is outweighed by the prejudice which may flow from it, “[t]he presumption of the accused’s innocence leads us to strike a different balance where defence-led evidence is concerned” (*R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, at para. 19). A judge may exclude evidence relevant to a defence allowed by law only where the prejudice substantially outweighs the probative value of the evidence (*Grant*, at para. 19, citing *Seaboyer*, at p. 611). The differential approach flows from the presumption of innocence and is crucial to safeguarding the right to a fair trial and the right to make full answer and defence (*Seaboyer*, at pp. 611-12). It has, as such, been identified as a principle of fundamental justice (see, e.g., *Seaboyer*, at p. 611; *R. v. Samaniego*, 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, at para. 147, aff’d 2022 SCC 9, [2022] 1 S.C.R. 71; *R. v. Pereira*, 2008 BCSC 184, 247 C.C.C. (3d) 311, at para. 106). The *Seaboyer* standard was affirmed in *Shearing*, where

questions soulevées : Le fait que *ce* régime s’applique uniquement à la défense a-t-il pour effet de rendre le procès inéquitable? L’objectif du régime d’examen des dossiers est-il sapé par son caractère unilatéral? Cet écart par rapport aux régimes des art. 276 et 278.1 à 278.91 affaiblit-il le recours aux arrêts *Darrach* et *Mills* par la majorité? Je suis d’avis de répondre par l’affirmative aux trois questions. La réponse de la majorité ne fournit même pas un début d’explication à l’égard de cette injustice flagrante.

(5) Norme plus exigeante au titre de la valeur probante

[291] Mes collègues de la majorité font abstraction de la norme de preuve plus exigeante qu’impose l’art. 278.92 et de ses répercussions sur le droit à une défense pleine et entière. D’ailleurs, ils la formulent mal en affirmant que « le droit de présenter une défense pleine et entière ne sera violé que si l’accusé est empêché de présenter une preuve pertinente et substantielle, dont le risque d’effet préjudiciable ne l’emporte pas sur sa valeur probante » (par. 133). Ce n’est manifestement pas la norme qu’a adoptée le Parlement; même s’il l’avait adoptée, celle-ci ne se conformerait pas à la *Charte*.

[292] Bien que les preuves à charge doivent être exclues si l’effet préjudiciable qu’elles risquent d’avoir l’emporte sur leur valeur probante, « [1] orsque la preuve est présentée par la défense, la présomption d’innocence de l’accusé amène la Cour à établir un équilibre différent » (*R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 19). Le juge ne peut écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l’effet préjudiciable de cette preuve l’emporte sensiblement sur sa valeur probante (*Grant*, par. 19, citant *Seaboyer*, p. 611). Cette approche différente découle de la présomption d’innocence et est essentielle à la sauvegarde du droit à un procès équitable et du droit de présenter une défense pleine et entière (*Seaboyer*, p. 611-612). Elle a, à ce titre, été qualifiée de principe de justice fondamentale (voir, p. ex., *Seaboyer*, p. 611; *R. c. Samaniego*, 2020 ONCA 439, 151 O.R. (3d) 449, par. 147, conf. par 2022 CSC 9, [2022] 1 R.C.S. 71; *R. c. Pereira*, 2008

the Court considered whether the potential prejudice of allowing the accused to cross-examine the complainant on her diary *substantially outweighed* its probative value to the defence (paras. 107-9 and 150; see also *Osolin*, at p. 671).

[293] Section 278.92(2)(b) does violence to this principle by allowing admission of evidence only where it is of “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. This is not an unknown standard. In *Darrach*, this Court upheld the “significant probative value” standard in the s. 276 context, concluding that it serves only “to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the ‘proper administration of justice’” (para. 41). But this must be understood in light of the Court’s actual reasoning. Section 11(d) was not breached in *Darrach* because the regime served to protect the trial from the *distorting effects* of evidence of prior sexual activity (paras. 41-42). The Court held that the heightened test “serves to direct judges to the serious ramifications of the use of evidence of prior sexual activity for all parties in these cases” (para. 40).

[294] The same rationale does not apply *mutatis mutandis* to the records screening regime. While s. 276 addresses inherent “damages and disadvantages” in admitting sexual history evidence (*Seaboyer*, at p. 634), the records screening regime captures evidence that may well not have any distorting or damaging effect on the trial. In other words, it applies, distorting effects *or not*. Notably, the third-party records regime, which uses the same definition of “record”, does not apply the same heightened standard, instead allowing the judge to order production if the records are “likely relevant” and if production

BCSC 184, 247 C.C.C. (3d) 311, par. 106). La norme établie dans *Seaboyer* a été confirmée dans l’arrêt *Shearing*, où la Cour s’est demandé si le préjudice susceptible d’être causé par le fait de permettre à l’accusé de contre-interroger la plaignante sur son journal intime *l’emportait sensiblement* sur sa valeur probante pour la défense (par. 107-109 et 150; voir aussi *Osolin*, p. 671).

[293] L’alinéa 278.92(2)(b) fait violence à ce principe en permettant au juge d’admettre une preuve seulement lorsque « le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante ». Cette norme n’est pas inconnue. Dans l’arrêt *Darrach*, notre Cour a confirmé le critère de la « valeur probante » (« *significant probative value* ») dans le contexte de l’art. 276 en concluant qu’il servait uniquement « à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s’ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la “bonne administration de la justice” » (par. 41). Il est toutefois nécessaire de suivre le fil du raisonnement de la Cour pour bien comprendre sa conclusion. L’alinéa 11d) n’avait pas été violé dans l’affaire *Darrach* parce que le régime visait à protéger le procès contre *les effets dénaturants* de la preuve du comportement sexuel antérieur (par. 41-42). La Cour a jugé que ce critère plus rigoureux servait « à indiquer aux juges les graves conséquences de l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur sur toutes les parties dans ces affaires » (par. 40).

[294] Le même raisonnement ne s’applique pas *mutatis mutandis* au régime d’examen des dossiers. Bien que l’art. 276 traite des « préjudices et [. . .] inconvénients » qui résulteraient immanquablement de l’admission d’éléments de preuve portant sur les antécédents sexuels de la plaignante (*Seaboyer*, p. 634), le régime d’examen des dossiers englobe des éléments de preuve qui pourraient fort bien n’avoir *aucun* effet dénaturant ou préjudiciable sur le procès. En d’autres termes, il s’applique, qu’il y ait *ou non* des effets dénaturants. Il convient à cet égard de signaler que le régime de production de dossiers en

is necessary to the interests of justice (*Mills*, at para. 139).

[295] Combined with the broad scope of “record” and advance notice requirement, the effect of the heightened standard for admissibility of defence evidence limits the rights to a fair trial and to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d). The records screening regime makes *all* private records in the hands of the accused presumptively inadmissible. Accused persons must, in their written applications, provide sufficient particulars of the records and of how they intend to use the evidence at trial, in order for the judge to conclude the evidence is capable of meeting the heightened standard for admissibility. These detailed particulars will often include defence strategy and prior statements of the accused, and must be provided to both the Crown and complainant, *before* the complainant has testified and before the Crown has made out a case to meet. And because of the advance notice requirement in s. 278.93(4), the accused cannot establish the significant probative value of a record via cross-examination. Failure by the accused to meet any of these hurdles, including the seven-day notice requirement, could result in exclusion of relevant and probative evidence.

[296] The Crown in oral submissions emphasized that the accused can meet this high threshold because “in the vast majority of cases an inconsistency will have arisen before trial” (transcript, day 1, at p. 17). Counsel referred to the facts in J.J.’s case, where an inconsistency crystallized at the preliminary inquiry. Where that does not occur, the Crown said the trial judge may have discretion to hear the application after the complainant’s direct or cross-examination.

la possession de tiers, qui utilise la même définition du terme « dossier », n’applique pas la même norme plus stricte et permet plutôt au juge d’ordonner la production des dossiers qu’il juge « vraisemblablement pertinent[s] » et dont la communication servirait les intérêts de la justice (*Mills*, par. 139).

[295] Si l’on ajoute à cela la vaste portée du terme « dossier » et l’obligation de donner un préavis, la norme plus stricte d’admissibilité de la preuve à décharge a pour effet de limiter le droit à un procès équitable ainsi que le droit de présenter une défense pleine et entière qui sont garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d). Le régime d’examen des dossiers fait en sorte que *tous* les dossiers privés en la possession de l’accusé sont présumés inadmissibles. Les accusés doivent, dans leurs demandes formulées par écrit, énoncer toutes précisions utiles au sujet des dossiers et l’utilisation qu’ils entendent en faire pour que le juge puisse conclure que la preuve est susceptible de satisfaire à la norme d’admissibilité plus stricte. Parmi ces précisions utiles, on trouvera souvent la stratégie de la défense et les déclarations antérieures de l’accusé. Ces précisions doivent être communiquées tant à la Couronne qu’à la plaignante *avant* que celle-ci n’ait témoigné et que la Couronne n’ait présenté une preuve complète. Et en raison de l’obligation qu’impose le par. 278.93(4) de donner un préavis, l’accusé ne peut démontrer la valeur probante d’un dossier dans le cadre d’un contre-interrogatoire. Le défaut de l’accusé de surmonter l’un ou l’autre de ces obstacles, y compris son obligation de donner un préavis de sept jours, risque de se solder par l’exclusion d’éléments de preuve pertinents et probants.

[296] Dans sa plaidoirie, la Couronne a insisté sur le fait que l’accusé est en mesure de satisfaire à ces critères exigeants, étant donné que [TRADUCTION] « dans la vaste majorité des cas, toute incohérence se sera manifestée avant le procès » (transcription, 1^{re} journée, p. 17). L’avocate a mentionné les faits du cas de J.J., dans laquelle une incohérence s’est concrétisée lors de l’enquête préliminaire. La Couronne fait valoir que, lorsque l’incohérence n’est pas signalée à cette étape, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d’entendre la demande après l’interrogatoire principal ou le contre-interrogatoire de la plaignante.

[297] For three reasons, these reassurances are hollow. First, as discussed above, preliminary inquiries are no longer available for many sexual offences, meaning there will be few opportunities for an inconsistency to crystallize before trial. Secondly, the interference with cross-examination goes beyond prior inconsistencies. For instance, a private record may disclose a motive to fabricate, and the regime would require the defence to explain in advance how they intend to use that information to show a motive. Thirdly, most defence counsel will not take the risk of waiting until mid-trial to bring an application. They will be forced to disclose early and often, even where an inconsistency has not arisen.

C. *The Limits on the Accused's Rights Under Sections 11(c), 11(d) and 7 Are Not Demonstrably Justified*

(1) Overview of the Section 1 Analysis

[298] The majority interprets the accused's rights narrowly and balances them against the complainant's interests to avoid any conflict, but this does not account for the obvious limits under s. 11(c) and (d) and s. 7. The only question should be whether the Crown has proven those limits are demonstrably justified.

[299] To constitute a reasonable limit justified under s. 1 of the *Charter*, the impugned provision must first have a pressing and substantial objective. Further, the means chosen to achieve that objective must be (1) rationally connected to the objective; (2) minimally impairing of the *Charter* right; and (3) proportionate as between the objective and the limit it imposes (including a balancing of its salutary and deleterious effects).

[297] Ces assurances sont vides de sens, et ce, pour trois raisons. En premier lieu, comme nous l'avons déjà vu, il n'y a plus d'enquête préliminaire dans le cas de bon nombre d'infractions sexuelles, de sorte qu'il est peu probable qu'une incohérence se matérialise avant le procès. En deuxième lieu, les limites imposées au contre-interrogatoire ne portent pas uniquement sur les contradictions antérieures. Par exemple, le dossier privé peut révéler l'existence d'un mobile d'inventer des faits, et le régime obligerait la défense à expliquer comment elle entend utiliser cet élément d'information pour démontrer l'existence d'un mobile. En troisième lieu, la plupart des avocats de la défense refuseront de prendre le risque d'attendre au milieu du procès pour présenter ce type de demande. Ils seront contraints de communiquer ces éléments rapidement et fréquemment, même lorsque l'incohérence ne s'est pas encore manifestée.

C. *Les limites aux droits garantis à l'accusé par les al. 11c) et 11d) et l'art. 7 ne peuvent se justifier*

(1) Vue d'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier

[298] La majorité interprète de façon étroite les droits de l'accusé et les met en balance avec les droits de la plaignante, mais cela ne tient pas compte des limites évidentes imposées par les al. 11c) et 11d) et l'art. 7. La seule question à se poser devrait être celle de savoir si la Couronne a prouvé que ces limites peuvent se justifier.

[299] Pour constituer une limite qui soit raisonnable et dont la justification puisse se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*, la disposition contestée doit tout d'abord viser un objectif urgent et réel. De plus, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire aux conditions suivantes : (1) ils doivent être rationnellement liés à l'objectif; (2) ils doivent porter une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte*; (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et les limites qu'il impose (ce qui comprend une pondération de ses effets bénéfiques et de ses effets préjudiciables).

[300] Limits on the principles of fundamental justice are not easily justified, but this Court has left open that possibility (*Bedford*, at para. 129; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 95). An impugned provision “may be saved under s. 1 if the state can point to public goods or competing social interests that are themselves protected by the *Charter* Courts may accord deference to legislatures under s. 1 for breaches of s. 7 where, for example, the law represents a ‘complex regulatory response’ to a social problem” (*Safarzadeh-Markhali*, at para. 57, citing *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 37).

[301] For the reasons that follow, the limits on the accused’s rights occasioned by the records screening regime cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. While the regime has a pressing and substantial objective, it fails at the rational connection, minimal impairment, and final balancing stages.

(2) Pressing and Substantial Objective

[302] I accept the Crown’s submissions that the records screening regime has a pressing and substantial objective. That objective, as I have already mentioned and as revealed by the statutory text and the legislative history, is threefold:

1. ensuring that a complainant’s privacy, dignity and equality interests are considered when determining whether private records are admissible;
2. improving victim and community confidence in the justice system, which will likely encourage victims to report sexual crimes; and
3. maintaining the integrity of the trial process by refusing to admit evidence potentially rooted in myths and stereotypes which risk jeopardizing the truth-seeking function of the trial.

[300] Il est difficile de justifier des limites aux principes de justice fondamentale, mais notre Cour n’a pas écarté cette possibilité (*Bedford*, par. 129; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 95). La disposition contestée « peut [. . .] être sauvegardée par application de l’article premier lorsque l’État peut justifier l’atteinte à la liberté en invoquant l’intérêt public ou des intérêts opposés de la société qui sont eux-mêmes protégés par la *Charte* [. . .] En cas d’atteinte à l’art. 7, les tribunaux peuvent, sur le fondement de l’article premier, faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur lorsque, par exemple, la règle de droit en cause constitue une “mesure réglementaire complexe” visant à remédier à un problème social » (*Safarzadeh-Markhali*, par. 57, citant *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 37).

[301] Pour les motifs qui suivent, les limites imposées aux droits de l’accusé par le régime d’examen des dossiers ne peuvent se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique. Bien que le régime vise un objectif urgent et réel, il échoue aux étapes du lien rationnel, de l’atteinte minimale et de la pondération finale.

(2) Objectif urgent et réel

[302] J’accepte les arguments invoqués par la Couronne pour affirmer que le régime d’examen des dossiers vise un objectif urgent et réel. Comme je l’ai mentionné précédemment et comme le révèlent le libellé et l’historique législatif de la loi, cet objectif est triple :

1. veiller à ce que les droits de la plaignante à la dignité, à l’égalité et au respect de sa vie privée soient pris en compte lorsqu’il s’agit de déterminer si des dossiers privés sont admissibles;
2. améliorer la confiance de la société et des victimes dans le système de justice, ce qui peut encourager les victimes à signaler les crimes sexuels; et
3. maintenir l’intégrité du processus judiciaire en refusant d’admettre des éléments de preuve potentiellement fondés sur des mythes et des stéréotypes qui risquent de compromettre l’objectif du procès d’assurer la manifestation de la vérité.

(3) Rational Connection

[303] To establish a rational connection, the Crown must show, on the basis of reason or logic, that there is a causal connection between the limit on the right and the objective (*Carter*, at para. 99, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[304] If the records screening regime rendered *all* records containing personal information of the complainant presumptively inadmissible, irrespective of which party seeks to rely on them, the causal connection between the regime and its objective would be clear. Doing so might well ensure that a complainant's privacy, dignity and equality interests are considered when determining whether private records are admissible, promote confidence in the justice system and preserve the integrity of the trial process. But that is not what the records screening regime does. Purported concerns for a complainant's privacy, dignity and equality interests, confidence in the justice system and integrity of the trial process are cast aside when those private records are sought to be adduced *by the Crown*. The one-sided nature of the obligations under the records screening regime is not, therefore, demonstrative merely of the rights-limiting nature of the regime; it also shows that it is not rationally connected to its objective.

(4) Minimal Impairment

[305] Resting on the Crown is the burden of showing that the limit on the right is reasonably tailored to the objective, such that there is no less rights-limiting means of achieving the objective "in a real and substantial manner" (*Hutterian Brethren*, at para. 55). The point is that the limit on *Charter* rights should be confined to what is reasonably necessary to achieve the state's object (*Carter*, at para. 102).

[306] The Attorneys General and the complainant A.S. note that the records screening regime does not *absolutely* exclude any evidence; rather, it merely

(3) Lien rationnel

[303] Pour démontrer l'existence d'un lien rationnel fondé sur la raison ou la logique, la Couronne doit démontrer qu'il existe un lien causal entre la limite imposée au droit et l'objectif visé (*Carter*, par. 99, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[304] Si, en vertu du régime d'examen des dossiers, *tous* les dossiers contenant des renseignements personnels sur la plaignante étaient présumés inadmissibles, quelle que soit la personne qui cherche à les invoquer, le lien de causalité entre le régime et son objectif serait clair. De cette façon, on pourrait probablement faire en sorte que les droits de la plaignante à la dignité, à l'égalité et au respect de sa vie privée soient pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si des dossiers privés sont admissibles, améliorer la confiance dans le système de justice et maintenir l'intégrité du processus judiciaire. Mais ce n'est pas ce que fait le régime d'examen des dossiers. Il ne tient pas compte de ces prétendues préoccupations relatives au respect de la vie privée de la plaignante, à sa dignité et à ses droits à l'égalité, à la confiance dans le système de justice et à l'intégrité du processus judiciaire lorsque *c'est la Couronne* qui cherche à présenter ces dossiers privés en preuve. La nature unilatérale des obligations prévues par le régime d'examen des dossiers démontre donc non seulement que ce régime restreint des droits, mais aussi qu'il n'est pas rationnellement lié à son objectif.

(4) Atteinte minimale

[305] Il incombe à la Couronne de démontrer que la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l'objectif visé, de sorte qu'il n'existe pas d'autre moyen moins attentatoire de réaliser cet objectif « de façon réelle et substantielle » (*Hutterian Brethren*, par. 55). L'essentiel est que la restriction apportée aux droits garantis par la *Charte* se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État (*Carter*, par. 102).

[306] Les procureurs généraux et la plaignante A.S. font observer que le régime d'examen des dossiers n'exclut pas *catégoriquement* tous les éléments de

provides procedural rules allowing a complainant to be heard. They say the complainant's participation is limited and that any tailoring of evidence can be exposed at trial. The Crown says that the regime is minimally impairing because it (1) applies only to sexual offence prosecutions; (2) captures only private records; (3) provides flexibility to ensure protection of the accused's rights; (4) gives complainants a voice in the process; and (5) "fills a gap but goes no further" (R.F. in A.S.'s case, at para. 76).

[307] These submissions severely understate the impact on the accused's rights. They also avoid the question to be answered: whether the records screening regime, with its heavy impact on the accused's rights under s. 11(c) and (d) and s. 7, is the least drastic means of achieving the legislative objective (*Carter*, at para. 103). For three reasons, it is not.

[308] First, the records screening regime applies to *all* private records, including the accused's own communications with the complainant about the subject matter of the charge, and not to a subset of records that were created in a confidential context or wrongly fell into the accused's hands, as in *Shearing*. The broad definition of "record", combined with the heightened admissibility threshold, will result in the exclusion of defence evidence that is not prejudicial (because it does not inherently rely on myths or distort the truth-seeking process) and is highly relevant. This is not minimally impairing of the right to full answer and defence.

[309] Secondly, by requiring disclosure of potential defence evidence, strategy, and lines of cross-examination *before* the Crown has made out a case to meet, and by depriving the accused of establishing the relevance of that evidence based on the complainant's

preuve, mais qu'il prévoit simplement des règles de procédure pour permettre à la plaignante de se faire entendre. Selon eux, la participation de la plaignante est limitée et les tentatives d'adapter un témoignage peuvent être exposées au procès. La Couronne affirme que le régime ne porte qu'une atteinte minimale pour les raisons suivantes : (1) il ne s'applique qu'aux procès pour infractions sexuelles; (2) il ne vise que les dossiers privés; (3) il offre une certaine souplesse pour assurer la protection des droits de l'accusé; (4) il donne voix au chapitre aux plaignants; (5) [TRADUCTION] « il comble une lacune sans aller plus loin » (m.i. dans le cas de A.S., par. 76).

[307] Ces arguments sous-estiment considérablement l'impact sur les droits de l'accusé. Ils éludent également la question à laquelle il faut répondre, celle de savoir si le régime d'examen des dossiers, avec les importantes répercussions qu'il a sur les droits garantis à l'accusé par les al. 11c) et 11d) et par l'art. 7, constitue le moyen le moins draconien de réaliser l'objectif législatif (*Carter*, par. 103). Pour trois raisons, le régime ne constitue pas le moyen le moins draconien en l'occurrence.

[308] Premièrement, le régime d'examen des dossiers s'applique à *tous* les dossiers privés, y compris aux communications échangées entre l'accusé et la plaignante au sujet des actes à l'origine de l'accusation. Son application ne se limite pas à une sous-catégorie de dossiers créés sous le sceau de la confidentialité ou qui se sont irrégulièrement retrouvés entre les mains de l'accusé, comme c'était le cas dans l'affaire *Shearing*. Cette définition large du mot « dossier », combinée au critère minimal d'admissibilité plus strict, se traduira par l'exclusion de preuves à décharge qui ne sont pas préjudiciables — parce qu'elles ne reposent pas intrinsèquement sur des mythes et ne dénaturent pas l'objectif du procès d'assurer la manifestation de la vérité — et qui sont très pertinentes. Il ne s'agit pas d'une atteinte minimale au droit à une défense pleine et entière.

[309] Deuxièmement, en obligeant l'accusé à communiquer les preuves à décharge, la stratégie et les questions qu'il se propose de poser en contre-interrogatoire *avant* que la Couronne n'ait présenté une preuve complète, et en empêchant l'accusé d'établir

testimony, the regime does not minimally impair the right to silence, the presumption of innocence, or the principle against self-incrimination. The list of factors to be judicially balanced in deciding to admit the evidence are considered only *after* the evidence passes the initial screening stage. By that point, accused persons will have already given up their right to silence by providing detailed particulars, which may well impact the Crown's witness preparation and, as a consequence, the complainant's testimony.

[310] Thirdly, by mandating advance notice and disclosure to both the Crown and complainant, and by giving the complainant a role in the admissibility determination before trial, the regime allows the Crown's key witnesses to reconcile inconsistencies and potentially alter their evidence in subtle ways that are difficult to test or expose in court. This is not minimally impairing; rather, it potentially eviscerates the effectiveness of cross-examination, particularly in sexual assault trials where the complainant will often be the only witness. And, I repeat, it raises the near certain prospect of innocent persons being convicted.

[311] That last point deserves special emphasis. Rather than effecting a minimal impairment, this ham-fisted measure is an instance of legislative overkill. It shows little to no regard for the rights of accused persons, some of whom will be not only *presumptively* innocent, but *actually* so — although, in many such cases, no longer *provably* so, since their sole tool for demonstrating their innocence has been statutorily neutered. And yet, there are obvious and less harmful means of achieving Parliament's goals. A narrower regime could further the goals of empowering and protecting complainants in a real and substantial manner, while impairing the accused's rights to a lesser extent. Without seeking to limit Parliament's discretion, but merely to show that its objective could be achieved in *Charter*-compliant

la pertinence de ces éléments de preuve en se fondant sur le témoignage de la plaignante, le régime ne porte pas une atteinte minimale au droit de garder le silence, à la présomption d'innocence ou au principe interdisant l'auto-incrimination. La liste des facteurs que le tribunal doit pondérer avant de décider d'admettre les éléments de preuve n'entre en jeu qu'*après* que ceux-ci ont franchi avec succès l'étape de l'examen initial. À ce moment-là, les accusés auront déjà renoncé à leur droit de garder le silence en communiquant des précisions utiles, ce qui peut fort bien influencer la préparation des témoins à charge et, par conséquent, le témoignage de la plaignante.

[310] Troisièmement, en obligeant la défense à donner un préavis et à communiquer des éléments de preuve tant à la Couronne qu'à la plaignante, et en faisant jouer à celle-ci un rôle dans la décision d'admettre ou non des éléments de preuve avant le procès, le régime permet à des témoins à charge clés de corriger les incohérences que peuvent comporter leur témoignage et de modifier celui-ci de manière subtile, difficile à vérifier ou à révéler au grand jour au procès. Cela ne constitue pas une atteinte minimale, mais risque au contraire d'éliminer l'efficacité du contre-interrogatoire, surtout dans les procès pour agression sexuelle dans lesquels la plaignante est souvent le seul témoin. Et, je le répète, le régime soulève la possibilité presque certaine que des innocents soient déclarés coupables.

[311] Ce dernier point mérite une attention spéciale. Loin d'avoir un effet minimal, cette mesure maladroite est un exemple de surenchère législative. Elle témoigne du peu de cas que l'on fait des droits des accusés, dont certains seront non seulement *présumés* innocents, mais le seront *réellement* — bien que, dans de nombreux cas, leur innocence ne pourra plus être *prouvée*, puisque le seul moyen dont ils disposaient pour en faire la démonstration a été neutralisé par la loi. Et pourtant, il existe des moyens évidents et moins préjudiciables de réaliser les objectifs du législateur. Un régime doté d'une portée plus étroite pourrait favoriser l'objectif consistant à protéger les plaignants et à renforcer leur position de façon réelle et substantielle, tout en portant moins atteinte aux droits de l'accusé. Sans chercher à limiter le pouvoir

ways, I note that a constitutional regime might include the following features:

1. “Record” would be expressly defined to include only categories of documents containing personal information relating to the complainant for which there is a high expectation of privacy, a risk to dignity, and an inherent risk of prejudice — for instance, records that the accused obtained illegally or by virtue of a position of authority and records subject to professional confidentiality obligations. Importantly, this definition would exclude the accused’s own communications.
2. An admissibility *voir dire* would be held at the time the record becomes relevant. A *voir dire* would be required irrespective of which party seeks to adduce the record.
3. The adducing party would have to alert the court to the need for a *voir dire* before introducing the record.
4. Trial judges would consider common law rules to protect against unnecessary privacy invasions and improper reasoning.
5. Trial judges would have discretion to grant the witness participatory rights on the *voir dire* when it would be in the interests of justice.

(5) Proportionality of Effects

[312] The final stage of the proportionality inquiry entails making a judgment call, requiring courts to examine the broader picture by “balanc[ing] the interests of society with those of individuals and groups” (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 58 (text in brackets in original), citing *Oakes*, at p. 139). When balancing the salutary and

d’appréciation du législateur, mais uniquement pour démontrer que l’objectif qu’il vise pourrait être réalisé tout en respectant la *Charte*, j’estime qu’un régime constitutionnel pourrait comporter les éléments suivants :

1. Le mot « dossier » s’entendrait, en termes exprès, uniquement des catégories de documents contenant des renseignements personnels relatifs à la plaignante pour lesquels il existe une attente élevée en matière de vie privée, un risque pour la dignité et un risque inhérent de préjudice — par exemple, les dossiers que l’accusé a obtenus illégalement ou en vertu de sa position d’autorité et les dossiers soumis à des obligations de confidentialité professionnelle. Il importe de préciser que cette définition exclurait les communications de l’accusé.
2. Un voir-dire sur l’admissibilité aurait lieu lorsque le dossier devient pertinent. Le voir-dire s’imposerait indépendamment de l’identité de la partie qui souhaite présenter le dossier en preuve.
3. La partie qui souhaite présenter le dossier en preuve aurait l’obligation d’informer le tribunal de la nécessité de tenir un voir-dire avant de le faire.
4. Les juges de première instance tiendraient compte des règles de common law pour éviter les ingérences inutiles dans la vie privée et les raisonnements inadmissibles.
5. Les juges de première instance auraient le pouvoir discrétionnaire d’accorder aux témoins le droit de participer au voir-dire lorsque cela serait dans l’intérêt de la justice.

(5) Proportionnalité des effets

[312] La dernière étape de l’analyse de la proportionnalité exige du tribunal qu’il exerce son pouvoir d’appréciation en considérant le tableau tout entier en « soupes[ant] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes » (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 58 (texte entre crochets dans l’original), citant *Oakes*, p. 139). Lorsqu’ils pondèrent

deleterious effects, the courts must accord the legislature a measure of deference (*Carter*, at para. 97).

[313] The deleterious effects on individual accused persons are substantial. The records screening regime severely limits the right to silence, the privilege against self-incrimination, the presumption of innocence, full answer and defence, and the right to a fair trial. Rather than concentrating on records that inherently invoke myths and stereotypes, the records screening regime compels advance disclosure of *all* material for which there is a reasonable expectation of privacy, with no regard to its probative value or whether it would actually advance improper myth-based reasoning. The potential list of examples could include electronic communications from the complainant that deny the offence ever occurred, that provide proof of alibi, that indicate a motive to fabricate, that suggest an absence of memory regarding core events, or that provide an inconsistent version of the alleged incident. In the face of this, the Crown's submission in A.S.'s case that "the impact on the accused is not substantial" because they retain their ability to adduce relevant evidence capable of raising a reasonable doubt and to meaningfully challenge the complainant's evidence through cross-examination cannot really be taken seriously (para. 77).

[314] This is all quite independent of significant deleterious effects on the criminal justice system, including increased trial complexity and delay. It is not difficult to foresee the confusion that will abound in sexual assault trials involving ss. 276, 278.1 to 278.91 and 278.92 evidence, where multiple applications will be required at different stages, all applying different standards of proof and potentially prompting separate appeals, at which the complainant may have standing to appear or to cross-appeal. Consider the following scenario:

les effets bénéfiques et les effets préjudiciables, les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine déférence envers le législateur (*Carter*, par. 97).

[313] Les effets préjudiciables sur les accusés sont importants. Le régime d'examen des dossiers limite considérablement le droit au silence, le privilège contre l'auto-incrimination, la présomption d'innocence, le droit à une défense pleine et entière et le droit à un procès équitable. Plutôt que de se concentrer sur les dossiers qui invoquent intrinsèquement des mythes et des stéréotypes, le régime d'examen des dossiers exige la communication préalable de *tous* les documents pour lesquels il existe une attente raisonnable de protection de la vie privée, sans égard à leur valeur probante ou à la possibilité qu'ils sous-tendent un raisonnement inadmissible fondé sur un mythe. La liste d'exemples potentiels pourrait inclure des communications électroniques émanant de la plaignante qui nient que l'infraction a eu lieu, qui fournissent une preuve d'alibi, qui indiquent un mobile incitant à inventer des faits, qui mentionnent l'incapacité de se souvenir des faits essentiels ou qui fournissent une version contradictoire des faits reprochés. Dans ces conditions, l'argument de la Couronne dans le cas de A.S. selon lequel [TRADUCTION] « l'impact sur l'accusé n'est pas substantiel » parce que l'accusé conserve sa capacité de présenter des preuves pertinentes susceptibles de soulever un doute raisonnable et de contester utilement le témoignage de la plaignante par le biais du contre-interrogatoire ne peut pas vraiment être pris au sérieux (par. 77).

[314] Et tout cela sans parler des effets préjudiciables importants de ce régime sur le système de justice criminelle, en ce qui a trait notamment à la complexité des procès et aux délais accrus de ceux-ci. Il n'est pas difficile de prévoir la confusion qui règnera dans les procès pour agression sexuelle qui mettent en jeu des éléments de preuve visés par les art. 276, 278.1 à 278.91 et 278.92. Il faudra alors déposer de multiples demandes à différentes étapes, au cours desquelles s'appliqueront dans tous les cas différentes normes de preuve, ce qui donnera lieu à des appels distincts durant lesquels la plaignante pourrait avoir qualité pour comparaître ou interjeter un appel incident. Considérez le scénario suivant.

1. The accused was in a caregiver relationship with the complainant, who alleges that he sexually assaulted her multiple times over several years. As an aggravating factor, the Crown argues that he was in a position of trust as evidenced by the fact that he paid her rent. The accused seeks production of her lease documents and banking records from third parties under ss. 278.1 to 278.91, using the broader definition of “record” that now applies only to the *Mills* regime.
 2. Further, there are thousands of text messages between the complainant and the accused spanning the relevant years. Most of the messages contain mundane content, but some directly discuss the alleged offences, while others discuss prior sexual activity that was consensual. The accused brings a motion for directions to determine which text messages (or parts of messages) are captured by the narrower definition of “record” that now applies only to the ss. 278.92 to 278.94 regime. The complainant is permitted to appear on the motion to make submissions regarding her privacy interest. The motions judge rules that most messages do not meet the definition of “record” but is uncertain about 100 messages with varying degrees of sensitivity. The judge orders the accused to bring a s. 278.92 application to determine the admissibility of those messages. The accused is unsure how to provide “detailed particulars” of the text messages without disclosing their content. Since the messages are crucial to his defence and he believes the complainant will tailor her evidence if he discloses them in advance, he decides to wait until mid-trial to bring the s. 278.92 application.
 3. In the meantime, before trial, the accused brings a separate s. 276 application for the messages containing sexual history evidence, some of which is contained in the same messages as the
1. L’accusé prenait soin de la plaignante. Elle lui reproche de l’avoir agressée sexuellement à maintes reprises durant plusieurs années. La Couronne a soutenu, à titre de facteur aggravant, qu’il entretenait une relation de confiance, comme le démontre le fait qu’il payait le loyer de la plaignante. L’accusé sollicite la production de ses documents constatant un bail et relevés bancaires de la part de tiers en vertu des art. 278.1 à 278.91, en s’appuyant sur la définition large de « dossier » qui s’applique désormais uniquement au régime établi dans l’arrêt *Mills*.
 2. De plus, la plaignante et l’accusé se sont échangés des milliers de messages texte durant les années pertinentes. La teneur de la plupart des messages est banale, mais certains d’entre eux portent directement sur les infractions reprochées, alors que d’autres traitent d’activités sexuelles antérieures qui étaient consensuelles. L’accusé présente une requête sollicitant des directives pour établir quels messages texte (ou extraits de messages) sont visés par la définition plus restreinte de « dossier » qui s’applique désormais uniquement au régime des art. 278.92 à 278.94. La plaignante est autorisée à comparaître dans le cadre de la requête pour présenter des observations sur son droit à la vie privée. Le juge des requêtes statue que la plupart des messages ne répondent pas à la définition de « dossier », mais il a des doutes à propos de 100 messages dont le degré de sensibilité diffère. Le juge ordonne à l’accusé de présenter une demande fondée sur l’art. 278.92 pour déterminer l’admissibilité de ces messages. L’accusé ne sait pas comment transmettre « toutes précisions utiles » au sujet des messages texte sans en communiquer le contenu. Puisque les messages sont essentiels à sa défense et qu’il croit que la plaignante adaptera son témoignage s’il les communique à l’avance, il décide d’attendre jusqu’au milieu du procès pour déposer la demande fondée sur l’art. 278.92.
 3. Entre-temps, avant le procès, l’accusé présente une demande distincte fondée sur l’art. 276 à l’égard des messages contenant des preuves relatives au passé sexuel, et certaines d’entre

evidence relevant to the charges. This requires the accused to disclose particulars of several key messages relating to his defence of consent to the Crown and complainant.

4. After the complainant testifies at trial, the accused files a s. 278.92 application and argues it is “in the interests of justice” to admit the records mid-trial. The trial judge disagrees, ruling that the accused should have brought the application pre-trial and that the accused cannot refer to the content of those statements at the trial. In the accused’s testimony, he refers to different parts of text message conversations that were found to be “mundane”. The Crown objects because other related messages were ruled inadmissible under s. 278.92 and it would be prejudicial to discuss those conversations at all. The judge adjourns to hear argument and provide further instructions.

[315] To be sure, this is just one illustration of the deleterious effects that this regime *will* visit on the criminal justice system.

[316] The parties supporting the records screening regime, however, assert many benefits: (1) protecting the complainants’ privacy, equality and security rights; (2) allowing complainants to participate in the admissibility process; (3) encouraging reporting of sexual offences; and (4) preventing the introduction of evidence that may distort the truth-seeking function of the trial. I accept that the regime slightly increases the common law protections provided by *Osolin* and *Shearing* with respect to the complainants’ privacy, equality and security. It also gives complainants a formal right to participate in decisions impacting those interests. But the other purported benefits are not made out. There is no evidence that the regime increases reporting of sexual assaults. Further, there is no reason to believe that it would, since the regime is not aimed at excluding distorting or misleading

elles figurent dans les mêmes messages que la preuve liée aux accusations. Cela oblige l’accusé à communiquer à la Couronne et à la plaignante des précisions au sujet de plusieurs messages clés qui se rapportent à sa défense de consentement.

4. Après le témoignage de la plaignante au procès, l’accusé dépose une demande fondée sur l’art. 278.92 et soutient qu’il est « dans l’intérêt de la justice » d’admettre les dossiers au milieu du procès. Le juge du procès n’est pas de cet avis et décide que l’accusé aurait dû présenter la demande avant le procès et qu’il ne peut parler du contenu de ces déclarations au procès. Lors de son témoignage, l’accusé fait mention de différents extraits de conversations par message texte que l’on a estimé « banals ». La Couronne s’y oppose parce que d’autres messages connexes ont été jugés inadmissibles en application de l’art. 278.92 et qu’il serait préjudiciable de discuter de ces conversations. Le juge ajourne l’audience pour entendre les plaidoiries et donner des directives supplémentaires.

[315] Ce n’est certainement qu’une illustration des effets préjudiciables qu’*aura* ce régime sur le système de justice criminelle.

[316] Les parties qui appuient le régime d’examen des dossiers font toutefois valoir de nombreux avantages : (1) il protège les droits à l’égalité, à la sécurité et au respect de la vie privée des plaignants; (2) il permet aux plaignants de participer au processus d’admissibilité des preuves; (3) il encourage le signalement des infractions sexuelles; et (4) il empêche que soient déposés des éléments de preuve susceptibles de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire. J’admets que le régime améliore légèrement les protections de la common law qui ont été reconnues dans les arrêts *Osolin* et *Shearing* en ce qui concerne les droits des plaignants à l’égalité, à la sécurité et au respect de la vie privée. Il reconnaît également aux plaignants le droit formel de participer à des décisions qui ont une incidence sur les droits en question. Mais on n’a pas fait la preuve des autres

evidence, allowing as it does the Crown to adduce private records without screening.

[317] While I am mindful of the need to accord deference to Parliament’s choice of means and legislative objective, this is not a close call. The harmful impacts and risk of wrongful convictions outweigh any potential benefits of the regime. I agree with the reasoning of other courts that have concluded the records screening regime impairs the accused’s right to silence, right to a fair trial, and right to make full answer and defence to such an extent that the Crown has not demonstrated that the law’s salutary effects outweigh its deleterious effects (see, e.g., *R. v. Anderson*, 2020 SKQB 11, 461 C.R.R. (2d) 128, at para. 13; *D.L.B.*, at para. 87).

IV. Conclusion

[318] I end where I began, with *Seaboyer*, and in particular the reasons given by McLachlin J. (as she then was) for striking down the earlier iteration of s. 276:

I conclude that the operation of s. 276 of the *Criminal Code* permits the infringement of the rights enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In achieving its purpose — the abolition of the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence — it overshoots the mark and renders inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial. In exchange for the elimination of the possibility that the judge and jury may draw illegitimate inferences from the evidence, it exacts as a price the real risk that an innocent person may be convicted. The price is too great in relation to the benefit secured, and cannot be tolerated in a society that does not countenance in any form the conviction of the innocent. [Emphasis added; p. 625.]

présupposés avantages. Rien n’indique que le régime s’est traduit par une augmentation du nombre de signalements d’agressions sexuelles. De plus, rien ne permet de penser que ce serait le cas, étant donné que le régime ne vise pas à exclure les éléments de preuve trompeurs ou susceptibles de dénaturer la fonction de recherche de la vérité, dès lors qu’il permet à la Couronne de présenter en preuve des dossiers privés sans examen préalable.

[317] Bien que je sois conscient de la nécessité de faire preuve de déférence à l’égard des moyens et des objectifs législatifs choisis par le Parlement, il ne s’agit pas d’un cas limite. Les conséquences préjudiciables et le risque de déclarations de culpabilité injustifiées l’emportent sur les éventuels avantages du régime. Je souscris au raisonnement d’autres tribunaux qui ont conclu que le régime d’examen des dossiers porte une atteinte suffisamment grave aux droits de l’accusé de garder le silence, à son droit à un procès équitable, ainsi qu’à son droit de présenter une défense pleine et entière pour qu’on puisse conclure que la Couronne n’a pas démontré que les effets bénéfiques du régime l’emportent sur ses effets préjudiciables (voir, p. ex., *R. c. Anderson*, 2020 SKQB 11, 461 C.R.R. (2d) 128, par. 13; *D.L.B.*, par. 87).

IV. Conclusion

[318] Je reviens là où j’ai commencé, en citant l’arrêt *Seaboyer*, et en particulier les motifs exposés par la juge McLachlin (plus tard juge en chef) pour invalider la version précédente de l’art. 276 :

Je conclus que l’art. 276 du *Code criminel* permet la violation de droits garantis par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*. Pour atteindre son but, c’est-à-dire abolir l’usage sexiste et dépassé d’utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, cet article va au-delà de ce qui est nécessaire et rend inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d’une défense légitime et, partant, à la tenue d’un procès équitable. Pour que le juge et le jury ne puissent tirer d’inférence illégitime à partir de la preuve, l’art. 276 exige que l’on coure le risque réel de voir condamner un innocent. C’est payer trop chèrement l’avantage obtenu, et cette situation ne saurait être tolérée dans une société qui n’approuve aucunement la condamnation d’un innocent. [Je souligne; p. 625.]

[319] For the same reasons, I say the price of the records screening regime is too great. I earlier described the rights at stake here, while not absolute, as being of the most fundamental order that have been limited only in particular and constrained circumstances that will not necessarily arise here (and, where they do, they will be captured by those earlier restrictions — that is, by the s. 276 regime). In light of the majority’s unfortunate judgment to the contrary, I dissent.

[320] To be clear, I would strike down ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code*, with immediate effect, but only as those sections relate to the records screening regime. This would preserve the existing s. 276 regime and the definition of “record” in the ss. 278.1 to 278.91 regime. I agree with counsel for J.J. that “reading down” the provisions would not respect Parliament’s intent and could have unexpected effects on the related legislative regimes. It falls to Parliament to consider how best to bring the regime into compliance with the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

I. Overview

[321] The accused persons J.J. and Shane Reddick brought separate constitutional challenges in British Columbia and Ontario to ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, arguing these provisions violate ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The British Columbia Supreme Court and the Ontario Superior Court agreed and struck the provisions down in whole or in part (see the *Charter* breach analysis in *R. v. J.J.*, 2020 BCSC 29, and the s. 1 analysis and decision on remedy in *R. v. J.J.*, 2020 BCSC 349; and see *R. v. Reddick*, 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227).

[319] Pour les mêmes raisons, j’estime que c’est payer trop cher que de reconnaître la validité du régime d’examen des dossiers. J’ai déjà expliqué que, sans être absolus, les droits qui sont en jeu en l’espèce sont de l’ordre le plus fondamental et qu’on n’y déroge que dans des circonstances particulières et limitées qui ne se présenteront pas nécessairement ici (et qui, si c’est le cas, seront visées par ces restrictions antérieures — c’est-à-dire par le régime de l’art. 276). Compte tenu du regrettable jugement à l’effet contraire de la majorité, j’exprime ma dissidence.

[320] Pour que les choses soient bien claires, je suis d’avis d’invalider les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel*, avec effet immédiat, mais seulement dans la mesure où ces articles ont trait au régime d’examen des dossiers. Cela permettrait de préserver le régime actuel de l’art. 276 et la définition du mot « dossier » dans le régime établi par les art. 278.1 à 278.91. Je suis d’accord avec l’avocat de J.J. pour dire qu’une « interprétation atténuée » des dispositions ne respecterait pas l’intention du législateur et pourrait avoir des effets inattendus sur les régimes législatifs connexes. Il revient au Parlement de réfléchir au meilleur moyen de rendre le régime conforme à la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

I. Aperçu

[321] Les personnes accusées J.J. et Shane Reddick ont contesté séparément en Colombie-Britannique et en Ontario la constitutionnalité des art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, soutenant que ces dispositions violent l’art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour supérieure de l’Ontario leur ont donné raison et ont invalidé les dispositions en totalité ou en partie (voir l’analyse relative à la violation de la *Charte* dans *R. c. J.J.*, 2020 BCSC 29, et l’analyse relative à l’article premier et la décision concernant la réparation dans *R. c. J.J.*, 2020 BCSC 349; et voir *R. c. Reddick*, 2020 ONSC 7156, 398 C.C.C. (3d) 227).

[322] On the merits of these appeals, I agree with Brown J. that ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* are unconstitutional and therefore of no force and effect except in so far as they apply to the existing s. 276 regime. The legislation in this case restricts the fair trial rights of accused persons by placing limits on how they can conduct the cross-examination of Crown witnesses and what evidence they can introduce in support of their own defence, even if that evidence is highly probative and not prejudicial to the complainants. The screening process introduced by the legislation violates ss. 11(c) and 11(d) by requiring the accused to disclose all records relevant to their defence before the Crown has established the case to meet.

[323] In my view, the main issue in these appeals is that the Crown and a number of interveners invite the Court to rely on s. 7 to limit the rights protected by s. 11 of the *Charter* on the basis that this approach has previously been adopted in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, and *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443. For the reasons that follow, I decline to do so.

[324] During these appeals, the Crown has maintained that the constitutional questions in this case, regardless of the section considered, can be resolved through an *ad hoc* balancing of rights, interests and values that leads to the conclusion that the impugned provisions are constitutional. The key to this argument is that a limit on trial fairness justified under s. 7 also limits fair trial rights under s. 11. In essence, the Court is urged to introduce internal limits on s. 7 rights into s. 11.

[325] This approach to ss. 7 and 11 does not conform with the text or purposes of those provisions or with the structure of the *Charter*. The scope of rights under ss. 11(c) and 11(d) is to be ascertained by the text and purposes of those provisions. Any limits on those rights must then be justified under s. 1 and not through an interpretation of s. 7. To do otherwise

[322] Sur le fond des présents pourvois, je conviens avec le juge Brown que les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* sont inconstitutionnels et donc inopérants, sauf dans la mesure où ils s'appliquent au régime actuel de l'art. 276. Les dispositions législatives dans la présente affaire restreignent les droits des personnes accusées à un procès équitable en imposant des limites sur la façon dont elles peuvent contre-interroger les témoins à charge et sur les éléments de preuve qu'elles peuvent présenter au soutien de leur défense, même si ceux-ci ont une très grande valeur probante et ne causent aucun préjudice aux personnes plaignantes. Le processus d'examen instauré par ces dispositions législatives viole les al. 11c) et 11d) en obligeant les personnes accusées à communiquer tous les dossiers pertinents à leur défense avant que la Couronne n'ait présenté sa preuve au complet.

[323] À mon avis, le principal point litigieux dans les présents pourvois concerne le fait que la Couronne et plusieurs intervenants invitent la Cour à se fonder sur l'art. 7 afin de limiter les droits protégés par l'art. 11 de la *Charte*, au motif que cette démarche a déjà été suivie dans les arrêts *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, et *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443. Pour les motifs qui suivent, je refuse de m'engager dans cette voie.

[324] Lors des présents pourvois, la Couronne a maintenu que, peu importe l'article pris en compte, les questions constitutionnelles qui se posent en l'espèce peuvent être tranchées au moyen d'une mise en balance *ad hoc* des droits, des intérêts et des valeurs, laquelle mène à la conclusion que les dispositions contestées sont constitutionnelles. La clé de cet argument est que toute limite à l'équité du procès justifiée par l'art. 7 restreint également les droits à un procès équitable garantis par l'art. 11. On demande essentiellement à la Cour d'insérer dans l'art. 11 les limites internes de l'art. 7.

[325] Cette façon d'aborder les art. 7 et 11 n'est conforme ni au libellé ou aux objets de ces dispositions ni à la structure de la *Charte*. La portée des droits prévus aux al. 11c) et 11d) doit être déterminée en fonction du libellé et des objets de ces dispositions. Toute limite à ces droits doit ensuite être justifiée au regard de l'article premier, plutôt qu'au moyen d'une

inverts the proper role of s. 7, which is a broad, rights-conferring provision. To construe it as a limit on other *Charter* rights is wrong in principle and, in this case, undermines the longstanding, fundamental right to a fair trial.

[326] In these reasons, I first examine the purpose and content of the constitutional right to a fair trial. Second, I outline the purpose and content of s. 7 and examine how the problems in that jurisprudence are distorting the interpretation and application of s. 11. Third, I explain why this is inappropriate.

[327] Finally, I set out an approach that gives proper effect to ss. 7, 11 and 1. Where a specific *Charter* guarantee (here, s. 11) is pleaded along with the broader guarantee in s. 7, the specific guarantee should be addressed first. If a violation of the specific *Charter* guarantee is found, there is no reason to proceed to s. 7. If there is no violation of the specific guarantee, or the violation is found to be justified under s. 1, the courts must *then* look to s. 7. This approach accords with the structure of the *Charter*, and with the text and purposes of the “Legal Rights” in ss. 7 to 14 and s. 1.

II. There Is a Constitutional Right to a Fair Trial

[328] I begin by examining the scope of the right to a fair trial.

A. *Introduction to the Right to a Fair Trial*

[329] The need to ensure that a criminal trial is fair has long been recognized in our justice system as key to guarding against wrongful conviction and against arbitrary deprivation of liberty. An impartial and independent justice system exists to ensure trials are fair.

interprétation de l’art. 7. Faire autrement inverse-rait le rôle véritable de l’art. 7, une disposition qui confère plutôt des droits de portée étendue. Il s’agit d’une erreur de principe que de l’interpréter comme limitant d’autres droits protégés par la *Charte* et cela, en l’espèce, porte atteinte au droit fondamental à un procès équitable, lequel est reconnu depuis longtemps.

[326] Dans les présents motifs, je vais tout d’abord examiner l’objet et le contenu du droit constitutionnel à un procès équitable. Je décrirai ensuite l’objet et le contenu de l’art. 7 et examinerai en quoi les problèmes que soulève cette jurisprudence faussent l’interprétation et l’application de l’art. 11. Je vais ensuite expliquer pourquoi cela est inapproprié.

[327] Enfin, je vais exposer une approche qui permet d’appliquer correctement les art. 7 et 11 et l’article premier. Lorsqu’une garantie spécifique prévue par la *Charte* (dans le cas qui nous occupe, l’art. 11) est plaidée en même temps que la garantie plus générale prévue à l’art. 7, la garantie spécifique devrait être examinée en premier. Si le tribunal conclut à la violation de cette garantie spécifique, il n’y a aucune raison de passer à l’art. 7. S’il n’y a pas de violation de la garantie spécifique, ou si la violation est justifiée au regard de l’article premier, le tribunal doit *alors* se pencher sur l’art. 7. Cette démarche est conforme à la structure de la *Charte*, de même qu’au libellé et aux objets des « Garanties juridiques » énoncées aux art. 7 à 14 et à l’article premier.

II. Le droit à un procès équitable est reconnu par la Constitution

[328] Je vais tout d’abord examiner la portée du droit à un procès équitable.

A. *Introduction au droit à un procès équitable*

[329] La nécessité de garantir l’équité des procès criminels est depuis longtemps reconnue dans notre système de justice comme un élément clé permettant d’éviter qu’une personne fasse l’objet d’une condamnation injustifiée ou qu’elle soit privée arbitrairement de sa liberté. L’existence d’un système de justice impartial et indépendant permet d’assurer la tenue de procès équitables.

[330] Section 11 of the *Charter* sets out the right of every accused person to a fair trial.

[331] Section 11 is part of the section of the *Charter* entitled “Legal Rights”, which also contains ss. 7 to 10 and 12 to 14. Section 11 sets out the rights of a person “charged with an offence”, including the right to a trial within a reasonable time (s. 11(b)), the right not to be compelled as a witness in proceedings against oneself (s. 11(c)), the presumption of innocence (s. 11(d)), the right to reasonable bail (s. 11(e)), and the right to the benefit of the lesser punishment (s. 11(i)).

[332] These appeals concern primarily the rights protected by s. 11(d) and, to a lesser extent, s. 11(c).

B. *Scope of Rights Protected by Section 11(d)*

[333] Section 11(d) provides:

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;

[334] As with all *Charter* rights, s. 11(d) is to be interpreted purposively (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 119; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 499; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, at paras. 178-85).

[335] Section 11(d) provides for interlocking substantive and procedural protections including: (1) the right to be presumed innocent until proven guilty; (2) the right to fair procedures; (3) the right to cross-examine Crown witnesses without significant and unwarranted restraint; and (4) the right to silence

[330] L’article 11 de la *Charte* garantit le droit de tout inculpé à un procès équitable.

[331] L’article 11 fait partie de la section de la *Charte* intitulée « Garanties juridiques », dans laquelle se trouvent également les art. 7 à 10 et 12 à 14. L’article 11 énumère les droits de « [t]out inculpé », y compris celui d’être jugé dans un délai raisonnable (al. 11b)), celui de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même (al. 11c)), celui d’être présumé innocent (al. 11d)), de même que le droit à un cautionnement raisonnable (al. 11e)) et le droit de bénéficier de la peine la moins sévère (al. 11i)).

[332] Les présents pourvois concernent principalement les droits protégés par l’al. 11d) et, dans une moindre mesure, ceux garantis par l’al. 11c).

B. *Portée des droits protégés par l’al. 11d)*

[333] L’article 11d) prévoit :

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;

[334] Comme pour tous les autres droits garantis par la *Charte*, le droit prévu à l’al. 11d) doit recevoir une interprétation téléologique (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 499; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 178-185).

[335] L’alinéa 11d) prévoit des protections substantielles et procédurales interdépendantes, dont les suivantes : (1) le droit de tout inculpé d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable; (2) le droit à une procédure équitable; (3) le droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir

before a case to meet is made out, which is common to ss. 11(c) and 11(d). Together, they protect the fair trial rights of the accused. I expand on these rights below.

(1) Right to Be Presumed Innocent Until Proven Guilty

[336] The right to be “presumed innocent until proven guilty” appears in the text of s. 11(d).

[337] The presumption of innocence has long been considered a central organizing idea of a fair criminal justice system. This Court has held that the presumption of innocence is the “golden thread of criminal justice” (*R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27).

[338] The presumption of innocence means that an accused charged with an offence must be proven guilty beyond a reasonable doubt. The state bears the burden of proof (*Oakes*, at p. 121).

(2) Right to Fair Procedures

[339] In addition to its substantive content, s. 11(d) provides for certain procedural guarantees that flow from the presumption of innocence in order to secure trial fairness. These requirements include proof of guilt according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (*Oakes*, at p. 121).

(3) Right to Cross-Examine Crown Witnesses Without Significant and Unwarranted Restraint

[340] Another procedural guarantee protected by s. 11(d) is the right of the accused to cross-examine adverse witnesses without significant or unwarranted restraint (*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 41-43). As this Court explained in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663: “There

imposer de contraintes importantes et injustifiées; (4) le droit de garder le silence tant que la poursuite n’a pas présenté sa preuve au complet, droit qui est reconnu à la fois par l’al. 11c) et par l’al. 11d). Ensemble, ces garanties protègent les droits de l’inculpé à un procès équitable. J’expose en détail ces droits ci-après.

(1) Droit de la personne accusée d’être présumée innocente tant qu’elle n’est pas déclarée coupable

[336] Le droit de tout inculpé d’être « présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable » se retrouve à l’al. 11d).

[337] La présomption d’innocence est depuis longtemps considérée comme un des piliers d’un système de justice criminelle équitable. La Cour a déclaré que la présomption d’innocence est « le fil d’or de la justice pénale » (*R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27).

[338] La présomption d’innocence signifie que la culpabilité de l’inculpé doit être établie hors de tout doute raisonnable. C’est à l’État qu’incombe la charge de cette preuve (*Oakes*, p. 121).

(2) Droit à une procédure équitable

[339] En plus de son contenu substantiel, l’al. 11d) prévoit certaines garanties procédurales découlant de la présomption d’innocence afin d’assurer l’équité du procès. Ces exigences comprennent notamment celle que la culpabilité soit établie conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable (*Oakes*, p. 121).

(3) Droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées

[340] Une autre garantie procédurale protégée par l’al. 11d) est le droit de la personne accusée de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées (*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 41-43). Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *R. c. Osolin*,

can be no question of the importance of cross-examination. . . . It is the ultimate means of demonstrating truth and of testing veracity. . . . The opportunity to cross-examine witnesses is fundamental to providing a fair trial to an accused.”

[341] The right to cross-examine without significant and unwarranted restraint must “be jealously protected and broadly construed”; it can extend to protection for the “rhythm” or scope of cross-examination (*Lyttle*, at paras. 44 and 7). But it “must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value” (para. 44).

(4) Right to Silence Before a Case to Meet Is Made Out

[342] Finally, the presumption of innocence is closely linked to the right to silence and the protection against self-incrimination. Sections 11(c) and 11(d), as well as s. 13 of the *Charter*, recognize and reinforce the state’s burden to establish a criminal case against accused persons before they need respond either by testifying or by calling other evidence (*Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 357-58).

C. *Scope of Rights Protected by Section 11(c)*

[343] Section 11(c) provides:

11 Any person charged with an offence has the right

...

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

[344] As explained above, the purpose of s. 11(c) is to protect against self-incrimination and preserve the accused’s right to silence. The accused has a right not to furnish testimonial information which

[1993] 4 R.C.S. 595, p. 663 : « Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. [. . .] C’est le moyen par excellence d’établir la vérité et de tester la véracité. [. . .] La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l’accusé a droit. »

[341] Le droit de contre-interroger sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées doit « être protégé jalousement et être interprété généreusement »; il peut protéger le « rythme » et la portée du contre-interrogatoire (*Lyttle*, par. 44 et 7). Cependant, il ne « doit pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l’effet préjudiciable excède la valeur probante » (par. 44).

(4) Droit de garder le silence tant que la poursuite n’a pas présenté sa preuve au complet

[342] Enfin, la présomption d’innocence est étroitement liée au droit de garder le silence et à la protection contre l’auto-incrimination. Les alinéas 11(c) et 11(d), ainsi que l’art. 13 de la *Charte*, reconnaissent et renforcent le fardeau qui incombe à l’État de présenter sa preuve contre la personne accusée avant que celle-ci n’ait besoin de répondre, soit en témoignant, soit en citant d’autres témoins (*Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 357-358).

C. *Portée des droits protégés par l’al. 11c)*

[343] L’article 11c) prévoit :

11 Tout inculpé a le droit :

...

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche;

[344] Comme je l’ai déjà expliqué, l’al. 11c) a pour objet de protéger la personne accusée contre l’auto-incrimination et de préserver son droit de garder le silence. La personne accusée a le droit de refuser de

the prosecutor can use in presenting the case to meet (D. M. Paciocco, “Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails” (1989), 35 *McGill L.J.* 73, at p. 90; S. Coughlan and R. J. Currie, “Sections 9, 10 and 11 of the Canadian Charter”, in E. Mendes and S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), 793, at p. 845). This would apply, for example, to records that contain the accused’s own words about the subject matter of the charge. Aspects of the accused’s right to silence before a case to meet is made out are protected by both ss. 11(c) and 11(d).

D. *Permissible Limits on Sections 11(c) and 11(d)*

[345] Having examined the content of ss. 11(c) and 11(d), it is necessary to review how these rights may be limited.

[346] Ordinarily, a *Charter* right can only be limited in one of two ways: (1) internally, through its own text; or (2) by undertaking the balancing required in s. 1 of the *Charter* (P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at § 38:1; see, e.g., *Fleming v. Ontario*, 2019 SCC 45, [2019] 3 S.C.R. 519, at para. 111). I expand on each type of limitation below.

(1) Internal Limits: Definition of Fair Trial

[347] Qualifying words used in the text of the *Charter* are the starting point for the interpretation of the scope of *Charter* rights and any internal limits.

[348] Sections 11(c) and 11(d) have few internal limits. They apply only to persons “charged with an offence”. Section 11(c) protects an accused only from being compelled as a “witness” in “proceedings against that person in respect of the offence”, usually meaning proceedings with true penal consequences. Section 11(d) provides that the presumption of innocence ceases to operate following conviction. There

fournir des renseignements testimoniaux dont le poursuivant pourrait se servir pour présenter une preuve complète (D. M. Paciocco, « Self-Incrimination : Removing the Coffin Nails » (1989), 35 *R.D. McGill* 73, p. 90; S. Coughlan et R. J. Currie, « Sections 9, 10 and 11 of the Canadian Charter », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (5^e éd. 2013), 793, p. 845). Cela s’appliquerait, par exemple, aux documents qui renferment des propos que la personne accusée a tenus au sujet des faits à l’origine de l’accusation. Certains aspects du droit de la personne accusée de garder le silence avant que la poursuite n’ait présenté une preuve complète sont protégés à la fois par l’al. 11(c) et par l’al. 11(d).

D. *Limites permises aux al. 11(c) et 11(d)*

[345] Maintenant que j’ai examiné le contenu des al. 11(c) et 11(d), je me tourne vers la façon dont ces droits peuvent être limités.

[346] Habituellement, un droit garanti par la *Charte* ne peut être limité que d’une des deux façons suivantes : (1) de façon interne, de par son libellé; (2) au moyen de la mise en balance exigée par l’article premier de la *Charte* (P. W. Hogg et W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), § 38:1; voir, p. ex., l’arrêt *Fleming c. Ontario*, 2019 CSC 45, [2019] 3 R.C.S. 519, par. 111). Je vais maintenant expliquer chacune de ces limites.

(1) Limites internes : définition de procès équitable

[347] La présence de termes restrictifs dans le libellé de la *Charte* constitue le point de départ pour l’interprétation de la portée des droits garantis par la *Charte* et de toute limite interne.

[348] Les alinéas 11(c) et 11(d) comportent peu de limites internes. Ils ne s’appliquent qu’à l’« inculpé ». L’alinéa 11(c) protège l’inculpé uniquement contre l’obligation de « témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche », ce qui signifie généralement les poursuites comportant de véritables conséquences pénales. L’alinéa 11(d) prévoit que la présomption

is no indication in the text of either provision that they can be limited by operation of s. 7.

(2) Section 1

[349] Other than internal limits that appear in the text of the *Charter* provisions themselves, the only other limits provided for are in s. 1 of the *Charter*. Section 1 reads:

Rights and freedoms in Canada

1 The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[350] Section 1 establishes that the only external limits applicable to *Charter* rights are those prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. This means that the rights protected by ss. 11(c) and 11(d) cannot be altered by statute. However, a statute may limit s. 11 rights, if those limitations meet the criteria of s. 1.

[351] This Court set out the proper analysis to be undertaken under s. 1 in *Oakes*. The *Oakes* analysis is rigorous. If an infringement of a *Charter* right is established, the onus of justifying it is on the party seeking to uphold the limitation (pp. 136-37).

[352] What has been offered to the Court in this case in no way conforms to the thorough examination of the legislation, its effects and consequences that is required under *Oakes*. Simply put, no *Oakes* analysis tailored to the particular operation or elements of ss. 11(c) or 11(d) was placed before the Court; that is to say, the Crown offered no s. 1 analysis that focused on exactly how an infringement of ss. 11(c) or 11(d) could be justified. This is extraordinary. The Crown not only failed to meet the high standard required by

d'innocence ne s'applique plus une fois que l'inculpé a été déclaré coupable. Rien n'indique dans le libellé de l'une ou l'autre de ces dispositions qu'elles peuvent être limitées par application de l'art. 7.

(2) L'article premier

[349] Outre les limites internes qui figurent dans le libellé des dispositions de la *Charte* elles-mêmes, les seules autres limites prévues sont celles qui se trouvent à l'article premier de la *Charte*, qui prévoit :

Droits et libertés au Canada

1 La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[350] L'article premier établit que les seules limites externes applicables aux droits garantis par la *Charte* sont celles qui sont imposées par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En conséquence, les droits protégés par les al. 11c) et 11d) ne peuvent être modifiés par une loi. Cependant, une loi peut limiter les droits garantis par l'art. 11, si cette limitation répond aux critères de l'article premier.

[351] La Cour a énoncé dans l'arrêt *Oakes* l'analyse appropriée devant être effectuée en vertu de l'article premier. L'analyse proposée dans cet arrêt est rigoureuse. Si la violation d'un droit garanti par la *Charte* est démontrée, le fardeau de justifier la limitation incombe à la partie qui cherche à la maintenir (p. 136-137).

[352] Ce qui a été soumis à la Cour en l'espèce ne correspond aucunement à l'examen approfondi de la loi, de ses effets et de ses conséquences qu'exige l'arrêt *Oakes*. En clair, aucune analyse fondée sur l'arrêt *Oakes* adaptée à l'application précise ou aux éléments des al. 11c) ou 11d) n'a été présentée à la Cour; autrement dit, la Couronne n'a présenté aucune analyse fondée sur l'article premier portant précisément sur la façon dont une violation des al. 11c) ou 11d) aurait pu être justifiée. Cela est inconcevable.

s. 1 and the *Oakes* test; rather it denied that it needed to do so. The majority has adopted a similar view.

III. A Limit on Section 11 Based on Section 7 Does Not Conform Either to the Architecture of the Charter or to the Purposes of Those Provisions, or Section 1

[353] Instead of relying on the permissible limits on s. 11 rights described above, the Crown submitted that this case can be resolved under s. 7 and that the s. 7 finding would also be determinative of the s. 11 issues.

[354] There is simply no foundation for an analytical approach whereby ss. 11(c) and 11(d) rights can be limited by reference to internal limits in s. 7. This involves a grave distortion of s. 7, which is a broad, rights-conferring provision. Instead, s. 7 is used here as a limit on other constitutional rights. This departs fundamentally from the view that s. 7 is broader than the other “Legal Rights” in ss. 8 to 14, such that it can supplement those rights.

[355] Yet, the Crown urges this Court to find that, based on our jurisprudence, s. 7 can be used to undercut other “Legal Rights”. To address this argument it is necessary to review s. 7 in some detail.

[356] Below I review the content of s. 7 and how its inconsistent interpretation has given rise to doctrinal difficulties that the Court has on occasion introduced into the interpretation of s. 11. As I explain, this Court’s jurisprudence on defining the scope and proper application of s. 7 is inconsistent. The Court has been unclear on how to identify and define the principles of fundamental justice. There is no clear guidance on how to undertake internal balancing in s. 7, nor even as to whether such balancing is appropriate. I then review how those uncertainties are being introduced

Non seulement la Couronne n’a pas satisfait à la norme élevée requise par l’article premier et l’arrêt *Oakes*, mais elle a nié qu’elle était tenue de le faire. Les juges majoritaires ont adopté un point de vue semblable.

III. Une limite à l’art. 11 fondée sur l’art. 7 n’est conforme ni à l’architecture de la Charte ni aux objets de ces dispositions ni à l’article premier

[353] Au lieu de se fonder sur les limites permises aux droits garantis à l’art. 11 que j’ai décrites précédemment, la Couronne a fait valoir que la présente affaire peut être tranchée par application de l’art. 7 et que la conclusion tirée en fonction de l’art. 7 permettrait également de résoudre les questions relatives à l’art. 11.

[354] Il n’y a absolument rien qui justifie le recours à une méthode d’analyse par laquelle les droits garantis aux al. 11c) et 11d) peuvent être restreints en fonction des limites internes que comporte l’art. 7. Une telle analyse déforme gravement l’art. 7, disposition qui confère plutôt des droits de portée étendue. L’article 7 est plutôt utilisé en l’espèce pour restreindre d’autres droits constitutionnels. Cela s’écarte fondamentalement de l’idée selon laquelle l’art. 7 a une portée plus large que les autres « Garanties juridiques » prévues aux art. 8 à 14, de sorte qu’il peut offrir une protection complémentaire à ces droits.

[355] Pourtant, la Couronne exhorte la Cour à conclure que selon notre jurisprudence, l’art. 7 peut servir à affaiblir d’autres « Garanties juridiques ». Pour répondre à cet argument, il faut examiner en détail l’art. 7.

[356] Je vais maintenant examiner le contenu de l’art. 7 et illustrer la façon dont son interprétation incohérente a suscité des difficultés théoriques que la Cour a parfois introduites dans l’interprétation de l’art. 11. Comme je vais l’expliquer, la jurisprudence de la Cour sur la définition de la portée et de l’application appropriée de l’art. 7 est inconsistante. La Cour n’a pas clairement indiqué comment identifier et définir les principes de justice fondamentale. Elle n’a pas proposé de balises claires sur la façon de procéder à la mise en balance interne prévue à l’art. 7, ni même

into s. 11. Finally, I explain why such an approach constitutes a fundamental undermining of the right to a fair trial and, in so doing, departs from the text and architecture of the *Charter*.

A. *Section 7*

[357] Section 7 provides that:

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.

[358] This Court described the purpose of s. 7 in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 77:

. . . the dominant strand of jurisprudence on s. 7 sees its purpose as guarding against [those] deprivation[s] of life, liberty and security of the person . . . “that occur as a result of an individual’s interaction with the justice system and its administration”: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 65. “[T]he justice system and its administration” refers to “the state’s conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law” (*G. (J.)*, at para. 65).

[359] In order to determine whether there is a violation of s. 7, the Court applies a three-step analysis (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 38):

- (1) Is there a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination of these interests?
- (2) If so, one must identify and define the relevant principles of fundamental justice.
- (3) Is the deprivation in accordance with the relevant principle or principles of fundamental justice?

[360] Although this test is well-established, applying it in practice has proven difficult. The reach of s. 7 can extend beyond the administration of justice, which may “be implicated in a variety of circumstances” (*Gosselin*, at para. 78), and its boundaries remain

sur la question de savoir si cette mise en balance est appropriée. Je vais ensuite examiner comment ces incertitudes ont été intégrées à l’art. 11. Enfin, je vais expliquer pourquoi une telle approche constitue une atteinte fondamentale au droit à un procès équitable et comment, dans la foulée, elle s’écarte du libellé et de l’architecture de la *Charte*.

A. *L’article 7*

[357] L’article 7 prévoit :

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.

[358] La Cour a décrit l’objet de l’art. 7 dans l’arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 77 :

. . . selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l’art. 7, cette disposition a pour objet d’empêcher [ces] types d’atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [. . .] « qui résultent d’une interaction de l’individu avec le système judiciaire et l’administration de la justice » : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 65. Les mots « le système judiciaire et l’administration de la justice » s’entendent du « comportement de l’État en tant qu’il fait observer et appliquer la loi » (*G. (J.)*, par. 65).

[359] Pour déterminer s’il y a violation de l’art. 7, la Cour applique une analyse en trois étapes (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 38) :

- (1) Y a-t-il eu privation réelle ou imminente de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne ou d’une combinaison de ces intérêts?
- (2) Dans l’affirmative, il faut identifier et qualifier les principes de justice fondamentale pertinents.
- (3) La privation est-elle conforme aux principes de justice fondamentale pertinents?

[360] Même si ce critère est bien établi, son application pratique s’est avérée laborieuse. Le champ d’application de l’art. 7 peut s’étendre au-delà de l’administration de la justice, que « tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu » (*Gosselin*,

unsettled. For this reason, s. 7 has been described by commentators as “elusiv[e]” and “mysterious” (T. Lipton, “All Charter Rights Are Equal, But Some Are More Equal than Others” (2010), 52 *S.C.L.R.* (2d) 449, at p. 449).

[361] Unlike ss. 11(c) and 11(d), s. 7 contains significant internal limits. Once a deprivation of life, liberty or personal security is established, it can nonetheless be shown that the deprivation is in accordance with the “principles of fundamental justice”. It is at this stage of the analysis where many difficulties arise.

B. *The Content of the Principles of Fundamental Justice in Section 7*

[362] The first difficulty with interpreting s. 7 is in giving concrete meaning to the “principles of fundamental justice”. The foundational case on the meaning of s. 7 remains *Re B.C. Motor Vehicle Act*. At p. 509, this Court commented that the interpretation of s. 7 and all *Charter* rights should preserve the opportunity for “growth, development and adjustment to changing societal needs” to ensure the *Charter* continues to be a “living tree” that is capable of responding to the needs of the moment. This Court stated that the principles of fundamental justice “cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7” (p. 513).

(1) The Principles of Fundamental Justice Have Substantive and Not Only Procedural Content

[363] In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the Court was asked whether the “principles of fundamental justice” have both procedural and substantive content. Some extrinsic evidence indicated that when the *Charter* was drafted, the intended meaning of the term “principles of fundamental justice” was similar to that connoted by the phrase “procedural due process” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Special*

par. 78), et ses limites demeurent floues. Pour cette raison, l’art. 7 a été décrit par les auteurs de texte comme [TRADUCTION] « insaisissable » et « mystérieux » (T. Lipton, « All Charter Rights Are Equal, But Some Are More Equal than Others » (2010), 52 *S.C.L.R.* (2d) 449, p. 449).

[361] Contrairement aux al. 11c) et 11d), l’art. 7 comporte d’importantes limites internes. Une fois que la privation de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne a été démontrée, il est néanmoins possible de démontrer que cette privation est conforme aux « principes de justice fondamentale ». C’est à ce stade de l’analyse que de nombreuses difficultés surgissent.

B. *Le contenu des principes de justice fondamentale dont il est question à l’art. 7*

[362] La première difficulté que suscite l’interprétation de l’art. 7 réside dans le sens concret qu’il convient de donner aux « principes de justice fondamentale ». L’arrêt de principe en ce qui concerne la signification de l’art. 7 demeure le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*. À la page 509, la Cour explique que l’interprétation de l’art. 7 et de tous les droits garantis par la *Charte* doit préserver « [la] croissance, [l’]évolution et [l’]ajustement aux besoins changeants de la société » pour s’assurer que « l’arbre [vivant] » qu’est la *Charte* puisse s’adapter avec le temps. La Cour affirme que l’on ne peut donner aux principes de justice fondamentale « un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l’art. 7 » (p. 513).

(1) Les principes de justice fondamentale comportent des éléments de fond et pas uniquement des éléments de procédure

[363] Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, on a demandé à la Cour si les « principes de justice fondamentale » comportent à la fois des éléments de procédure et des éléments de fond. Certains éléments de preuve extrinsèques indiquaient que lorsque la *Charte* a été rédigée, le législateur avait voulu donner à l’expression « principes de justice fondamentale » un sens analogue à celui évoqué

Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, No. 46, 1st Sess., 32nd Parl., January 27, 1981, at pp. 32 and 42, and pp. 33-36 (Mr. Strayer, Assistant Deputy Minister, Public Law); see also the evidence of the Minister of Justice, the Hon. J. Chrétien, at p. 43). Nonetheless, the Court adopted a broad definition of the principles of fundamental justice and decided that they include not only procedural protections, but also substantive ones (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at pp. 498-500).

[364] This expansive approach to the principles of fundamental justice gave rise to considerable uncertainty; it has contributed to s. 7 jurisprudence marked by indeterminacy and an ongoing lack of doctrinal clarity (see, e.g., N. R. Hasan, “Three Theories of ‘Principles of Fundamental Justice’” (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 339, at p. 341).

(2) Difficulties Identifying the Principles of Fundamental Justice

[365] One consequence of *Re B.C. Motor Vehicle Act* is persistent incoherence in identifying the principles of fundamental justice.

[366] For years after *Re B.C. Motor Vehicle Act*, there was no settled methodology for identifying the principles of fundamental justice. Many principles of fundamental justice that were recognized were stated in broad generalizations which risked “transform[ing] s. 7 into a vehicle for policy adjudication” (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 9).

[367] With time, it became clear that a greater degree of clarity with respect to the meaning of the principles of fundamental justice was needed for the interpretation of s. 7 to be workable in practice. This Court sought to provide greater structure in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3

par l’expression « application régulière de la loi » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 46, 1^{re} sess., 32^e lég., 27 janvier 1981, p. 32 et 42, et p. 33-36 (M. Strayer, sous-ministre adjoint, Droit public); voir aussi le témoignage du ministre de la Justice, l’hon. Jean Chrétien, p. 43). La Cour a néanmoins retenu une définition large des principes de justice fondamentale et a décidé qu’ils englobaient des protections non seulement sur le plan de la procédure, mais aussi sur le plan du fond (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, p. 498-500).

[364] Cette interprétation large des principes de justice fondamentale a créé beaucoup d’incertitude; elle a contribué à une jurisprudence relative à l’art. 7 marquée par l’indétermination et par un manque constant de clarté sur le plan théorique (voir, p. ex., N. R. Hasan, « Three Theories of “Principles of Fundamental Justice” » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 339, p. 341).

(2) Difficultés liées à l’identification des principes de justice fondamentale

[365] Une des conséquences du *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)* est l’incohérence persistante dans l’identification des principes de justice fondamentale.

[366] Pendant des années après le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, il n’existait pas de méthode établie pour l’identification des principes de justice fondamentale. Bon nombre des principes de justice fondamentale qui ont été reconnus étaient formulés de façon générale, ce qui risquait de faire « de l’art. 7 un instrument permettant de trancher des questions de politique générale » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 9).

[367] Avec le temps, il est devenu évident qu’il était nécessaire de clarifier davantage le sens des principes de justice fondamentale si l’on voulait que l’interprétation de l’art. 7 soit applicable en pratique. La Cour a tenté d’établir une meilleure structure dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur*

S.C.R. 519, at pp. 591-92, and subsequently in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113. The Court finally settled on the current criteria for identifying a principle of fundamental justice in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 8. The Court adopted the following three-pronged test:

Jurisprudence on s. 7 has established that a “principle of fundamental justice” must fulfill three criteria: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113. First, it must be a legal principle. This serves two purposes. First, it “provides meaningful content for the s. 7 guarantee”; second, it avoids the “adjudication of policy matters”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Second, there must be sufficient consensus that the alleged principle is “vital or fundamental to our societal notion of justice”: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590. The principles of fundamental justice are the shared assumptions upon which our system of justice is grounded. They find their meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens. Society views them as essential to the administration of justice. Third, the alleged principle must be capable of being identified with precision and applied to situations in a manner that yields predictable results. Examples of principles of fundamental justice that meet all three requirements include the need for a guilty mind and for reasonably clear laws. [Emphasis added.]

[368] Nonetheless, the definition of the principles of fundamental justice remains malleable, particularly given the need to identify a “sufficient consensus” about the importance of a legal principle.

[369] The consequences and potentially idiosyncratic applications of an unsettled definition of the principles of fundamental justice can readily be seen in this case.

[370] For example, the majority continues to rely on the unexplained assertions in *Mills* and *Darrach* that “protecting the security and privacy of witnesses” qualifies as a principle of fundamental justice (para. 120). *Mills* and *Darrach* claim to rely on *R. v.*

général), [1993] 3 R.C.S. 519, p. 591-592 et, par la suite, dans l’arrêt *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113. La Cour a finalement défini les critères actuels d’identification des principes de justice fondamentale dans l’arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 8, où elle a adopté le critère à trois volets suivant :

La jurisprudence relative à l’art. 7 a établi qu’un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s’agir d’un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D’une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 »; d’autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d’un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État. La société les juge essentiels à l’administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d’une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires. [Je souligne.]

[368] Néanmoins, la définition des principes de justice fondamentale demeure malléable, particulièrement en raison de la nécessité de dégager un « consensus suffisant » sur l’importance d’un principe juridique.

[369] On peut aisément constater en l’espèce les conséquences et les applications potentiellement singulières découlant d’une définition incertaine des principes de justice fondamentale.

[370] Par exemple, les juges majoritaires continuent de s’appuyer sur les affirmations inexplicables que l’on trouve dans les arrêts *Mills* et *Darrach* suivant lesquelles « la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins » constitue un principe de

Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577 (*Mills*, at para. 72; *Darrach*, at para. 25). Yet, *Seaboyer* does not support this proposition. In that case, McLachlin J. (as she then was) noted that the goals of an earlier version of s. 276 of the *Criminal Code* — the avoidance of unprobative and misleading evidence, the encouraging of reporting and the protection of the security and privacy of the witnesses — “conform to our fundamental conceptions of justice” (p. 606). These goals were not themselves recognized as principles of fundamental justice. Moreover, *Seaboyer* pre-dates the test set out in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*. It is doubtful that this test would be met if it were applied to the goals of “protecting the security and privacy of witnesses”. These aims, while laudable, are neither legal principles, nor sufficiently precise to be principles of fundamental justice.

[371] The majority also refers to “dignity” and “equality”, even where neither have ever been recognized as principles of fundamental justice. The role these concepts play in the majority’s reasoning is unclear. I would note, parenthetically, that the recognition of “equality” as a principle of fundamental justice under s. 7 would have far reaching implications that extend far beyond the matters at issue in this case.

[372] Another difficulty with the malleable definition of the “principles of fundamental justice” is that it is not always clear in what circumstances “societal interests” may be relevant to identifying principles of fundamental justice. “Societal interests” are considered in more depth below, in relation to internal balancing within s. 7. However, a different (and preliminary) question is whether any societal interests are *themselves* principles of fundamental justice. There remains no settled answer to this question, as among others.

justice fondamentale (par. 120). Les arrêts *Mills* et *Darrach* se voulaient des décisions fondées sur l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (*Mills*, par. 72; *Darrach*, par. 25). Pourtant, l’arrêt *Seaboyer* n’appuie pas cette proposition. Dans cette décision, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) a fait observer que les *objets* visés par une version antérieure de l’art. 276 du *Code criminel* — 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 — étaient « conformes à notre conception fondamentale de la justice » (p. 606). Ces objets n’étaient toutefois pas eux-mêmes considérés comme des principes de justice fondamentale. Qui plus est, l’arrêt *Seaboyer* est antérieur au critère énoncé dans l’arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*. Il est peu probable que ce critère serait respecté s’il était appliqué aux objectifs de « protection de la sécurité et de la vie privée des témoins ». Bien que louables, ces objectifs ne sont pas des principes juridiques, et ils ne sont pas non plus suffisamment précis pour être des principes de justice fondamentale.

[371] Les juges majoritaires mentionnent également les notions de « dignité » et d’« égalité », même si ces concepts n’ont jamais été reconnus comme des principes de justice fondamentale. Le rôle que jouent ces concepts dans le raisonnement des juges majoritaires n’est pas clair. Je tiens à signaler, incidemment, que la reconnaissance de « l’égalité » en tant que principe de justice fondamentale au titre de l’art. 7 aurait des répercussions importantes débordant largement le cadre des questions en litige en l’espèce.

[372] Une autre difficulté que pose la définition malléable des « principes de justice fondamentale » est qu’on ne sait pas toujours dans quelles circonstances les « intérêts de la société » peuvent être utiles pour identifier les principes de justice fondamentale. Nous examinons la question des « intérêts de la société » en détail plus loin, en rapport avec la mise en balance interne qu’exige l’art. 7. Il faut toutefois répondre à une autre question (préliminaire), en l’occurrence celle de savoir si certains intérêts de la société constituent *eux-mêmes* des principes de justice fondamentale. Cette question, comme bien d’autres, demeure sans réponse définitive.

C. *How Do the Principles of Fundamental Justice Operate to Limit Section 7 Rights?*

(1) The Methodological Approach for How the Principles of Fundamental Justice Operate to Limit Section 7 Rights Is Inconsistent

[373] There is a lack of coherence not only in the definition of the principles of fundamental justice, but also in the methodology for how principles of fundamental justice are balanced with competing considerations to arrive at the scope of s. 7 rights, or whether such a balancing is appropriate.

[374] The Court has on occasion dealt with s. 7 cases where one or more parties argued that finding a violation of s. 7 would undermine the rights or interests of third parties or societal interests. In such circumstances, the Court has previously considered that all of these competing considerations should be internally balanced under s. 7, to define them so they do not conflict with each other (*Mills*, at para. 21; *Seaboyer*, at pp. 603-4).

[375] When engaging in an internal balancing under s. 7, the Court has occasionally categorized competing considerations as *Charter* rights, *Charter* values, and societal interests, but has not adopted a systematic or consistent approach to how these are to be weighed against one another, or even whether the considerations applicable to each category are different. It is not clear: (1) how *Charter* values and societal interests as opposed to *Charter* rights are defined; (2) whether these rights, values or interests must engage s. 7 or at least amount to principles of fundamental justice in order to be part of the balancing in s. 7; or (3) in the event of conflict between rights, interests and values, how one should decide which consideration prevails.

C. *De quelle manière les principes de justice fondamentale limitent-ils les droits garantis par l'art. 7?*

(1) La démarche méthodologique visant à déterminer la façon dont les principes de justice fondamentale limitent les droits garantis à l'art. 7 est incohérente

[373] Il y a un manque de cohérence non seulement dans la définition des principes de justice fondamentale, mais aussi dans la méthodologie appliquée pour mettre en balance des principes de justice fondamentale et des considérations concurrentes afin de préciser la portée des droits garantis par l'art. 7, ou pour se prononcer sur l'opportunité de cette mise en balance.

[374] La Cour a statué à l'occasion sur des affaires se rapportant à l'art. 7 dans lesquelles une ou plusieurs parties faisaient valoir qu'un constat de violation de l'art. 7 porterait atteinte aux droits ou intérêts de tiers ou aux intérêts de la société. Dans de telles circonstances, la Cour a déjà estimé que tous ces intérêts concurrents devaient faire l'objet d'une mise en balance interne requise par l'art. 7, afin qu'ils soient définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres (*Mills*, par. 21; *Seaboyer*, p. 603-604).

[375] En procédant à une mise en balance interne requise par l'art. 7, la Cour a parfois classé les considérations concurrentes dans la catégorie des droits garantis par la *Charte*, des valeurs consacrées par la *Charte* ou des intérêts de la société, mais elle n'a pas suivi d'approche systématique ou cohérente pour établir comment les soupeser les uns par rapport aux autres, ni même pour savoir si les considérations applicables à chaque catégorie sont différentes. Ainsi, on ne sait pas avec certitude : (1) comment définir les valeurs consacrées par la *Charte* et les intérêts de la société par opposition aux droits garantis par la *Charte*; (2) si ces droits, valeurs ou intérêts doivent faire intervenir l'art. 7 ou du moins s'ils doivent représenter des principes de justice fondamentale pour faire partie de la mise en balance effectuée au regard de l'art. 7; et (3) comment décider quelle considération doit l'emporter en cas de conflit entre les droits, les intérêts et les valeurs.

[376] The lack of a sound methodology is evident when one considers how the Court has dealt with conflicts between *Charter* rights, *Charter* values (an open and malleable category) and societal interests (an even more open and more malleable category).

(a) *One Party's Charter Rights vs. Other Charter Rights*

[377] It is argued by the Crown and a number of interveners that this case engages the *Charter* rights of multiple persons, including the accused and complainants — referred to by counsel for A.S. in the hearing as “three-dimensional” *Charter* rights. (One wonders whether such metaphors do more to obscure than illuminate doctrinal questions.) It is submitted, on this basis, that all of these competing rights should be reconciled under s. 7.

[378] The Court has determined that where giving effect to a s. 7 right may conflict with a competing *Charter* right of another party, courts should engage in a “balancing” approach as set out in *Mills*. The majority of the Court in that case said, at para. 21:

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.

[379] *Mills* concerned the third party records regime, which engaged the complainant’s s. 8 right against unreasonable search and seizure because the *Criminal Code* provisions at issue authorized the seizure of the complainant’s records. The Court noted, at para. 62, that both the complainant’s s. 8 rights and

[376] L’absence de méthodologie rigoureuse est évidente lorsque l’on examine comment la Cour a tranché les conflits entre les droits garantis par la *Charte*, les valeurs consacrées par la *Charte* (une catégorie souple et malléable) et les intérêts de la société (une catégorie encore plus souple et malléable).

a) *Droits d’une partie garantis par la Charte vs autres droits garantis par la Charte*

[377] La Couronne et un certain nombre d’intervenants soutiennent que la présente affaire met en jeu les droits garantis par la *Charte* de multiples personnes, dont les accusés et les plaignantes — ce que l’avocat d’A.S. a appelé à l’audience les [TRADUCTION] « droits tridimensionnels » garantis par la *Charte*. (On peut se demander si de telles métaphores ne contribuent pas davantage à obscurcir qu’à éclairer les questions théoriques.) Ils font valoir, pour cette raison, que tous ces droits concurrents devraient être conciliés en application de l’art. 7.

[378] La Cour a jugé que lorsque le fait de donner effet à un droit garanti par l’art. 7 risque de créer un conflit avec un droit concurrent garanti par la *Charte* d’une autre partie, les tribunaux devraient procéder à une « évaluation » comme celle suggérée dans l’arrêt *Mills*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré, au par. 21 :

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.

[379] L’affaire *Mills* concernait le régime de communication de dossiers de tiers, qui mettait en jeu le droit de la plaignante garanti par l’art. 8 d’être protégée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives parce que les dispositions du *Code criminel* en cause autorisaient la saisie de ses dossiers.

the accused's s. 7 right to make full answer and defence were engaged and that "both of these rights are instances of the 'principles of fundamental justice' enshrined in s. 7".

[380] The Court in *Mills* relied on *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, despite the fact that *Dagenais* did not involve s. 7. Instead, in that case, the Court relied on the *Charter* values of a fair trial and freedom of expression to interpret the common law rule governing publication bans. *Mills* interpreted *Dagenais* to suggest that *Charter* rights considered under s. 7 "must be examined in a contextual manner to resolve conflicts between them [and] must be defined so that they do not conflict with each other" (para. 21).

[381] However, subsequent decisions of the Court confirm that *Dagenais* did not concern balancing under s. 7, and in fact "incorporates the essence of s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test" (*R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, at para. 27; see also *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 35). These pronouncements are consistent with this Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 123 and 125, and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paras. 79-80, which confirm that s. 7 should focus on those who allege that they have been deprived of life, liberty or security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice.

[382] In fact, this Court has asserted on multiple occasions that competing rights should be balanced under s. 1 of the *Charter* — a framework "especially well suited to the task of balancing" (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 733-34, referring to *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*,

La Cour a observé, au par. 62, que les droits garantis à la personne plaignante par l'art. 8, tout comme le droit à une défense pleine et entière reconnu à la personne accusée à l'art. 7, étaient en jeu et qu'ils étaient tous les deux des « exemples de "principes de justice fondamentale" consacrés à l'art. 7 ».

[380] Dans l'arrêt *Mills*, la Cour s'est appuyée sur l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, malgré le fait que cet arrêt ne portait pas sur l'art. 7; dans cette affaire, la Cour s'est plutôt appuyée sur les valeurs consacrées par la *Charte* que sont le droit à un procès équitable et la liberté d'expression pour interpréter la règle de common law régissant les interdictions de publication. Dans l'arrêt *Mills*, la Cour a interprété l'arrêt *Dagenais* comme suggérant que les droits garantis par la *Charte* analysés en application de l'art. 7 devaient « être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux [et être] définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres » (par. 21).

[381] Toutefois, dans ses décisions ultérieures, la Cour a confirmé que l'arrêt *Dagenais* ne concernait pas la mise en balance au regard de l'art. 7, ajoutant qu'en fait « cette méthode allie l'essence de l'article premier de la *Charte* et le critère énoncé dans *Oakes* » (*R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 27; voir aussi *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 35). Ces déclarations vont dans le sens des arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 123 et 125, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 79-80, qui confirment que l'art. 7 devrait être axé sur la personne qui allègue une atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne en contravention avec les principes de justice fondamentale.

[382] En effet, la Cour a fait valoir à de multiples occasions que les droits concurrents devraient être soupesés en application de l'article premier de la *Charte* — un cadre d'analyse qui « convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs » (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 733-734, faisant

[1989] 2 S.C.R. 1326, per Wilson J., concurring; see also *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at pp. 383-84; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at paras. 73-75; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 30; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 26; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 154; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 154, per L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ., concurring; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772, at para. 94, per L’Heureux-Dubé J., dissenting; *Law Society of British Columbia*, at para. 188, per Rowe J., concurring). As these precedents demonstrate, the *Mills* approach is a clear outlier in prescribing that *Charter* rights be “defined so that they do not conflict with each other” (para. 21).

[383] In any event, the majority does not explain why *Mills* is relevant in this case. *Mills* did not find that balancing was required merely because the records in that case engaged the complainant’s privacy interest. In that case the privacy interest was a *Charter*-protected right that was *also* an instance of the principles of fundamental justice. As the majority acknowledges (para. 119), the complainants’ *Charter* rights are not engaged in this case. It is therefore not clear why or how the framework for “analyzing multiple *Charter* breaches” applies (para. 121; see also para. 115).

(b) *Charter Rights vs. Charter Values*

[384] The Crown argues that even if it cannot be found that complainants’ *Charter* rights are engaged, courts can balance “*Charter* values” because they are

référence à *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la juge Wilson, dans des motifs concordants; voir aussi *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, p. 383-384; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 73-75; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 30; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 26; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 154; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 154, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache, dans des motifs concordants; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 94, la juge L’Heureux-Dubé, dans des motifs dissidents; *Law Society of British Columbia*, par. 188, le juge Rowe, dans des motifs concordants). Comme ces précédents le démontrent, l’approche énoncée dans l’arrêt *Mills* est une aberration évidente car elle prescrit que les droits protégés par la *Charte* doivent être « définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres » (par. 21).

[383] Quoi qu’il en soit, les juges majoritaires n’expliquent pas pourquoi l’arrêt *Mills* est pertinent en l’espèce. Il n’a pas été conclu dans cet arrêt que la mise en balance était nécessaire simplement parce que les dossiers dans cette affaire mettaient en jeu l’intérêt à la protection de la vie privée de la plaignante. Dans cette affaire, la protection de la vie privée était un droit protégé par la *Charte* qui était *aussi* un exemple de principe de justice fondamentale. Comme le reconnaissent les juges majoritaires (par. 119), les droits des plaignantes protégés par la *Charte* ne sont pas en jeu en l’espèce. Par conséquent, il est difficile de comprendre pourquoi ou comment s’applique le cadre pour « [l’]analyse [...] de multiples violations de la *Charte* » (par. 121; voir aussi par. 115).

b) *Droits garantis par la Charte vs valeurs consacrées par la Charte*

[384] La Couronne soutient que même si l’on ne peut conclure que les droits des plaignantes garantis par la *Charte* sont en jeu, les tribunaux peuvent mettre

relevant to the scope of the principles of fundamental justice under s. 7.

[385] The concept of “*Charter* values” originated in civil and administrative law cases, where *Charter* rights are not engaged, but the subject matter is similar to cases to which the *Charter* applies, for example defamation and free speech (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675; *Dagenais*, at p. 876; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 91-98; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at paras. 22-23; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at paras. 2 and 16; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at paras. 44 and 46; *Law Society of British Columbia*, at para. 41). Since then, *Charter* values have been applied to develop the common law, as a tool of statutory interpretation, and as a constraint on administrative discretion (see M. Horner, “Charter Values: The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361, at pp. 364, 367 and 371).

[386] As noted, *Charter* values were first used in *RWDSU* to interpret the common law, rather than to affect internal balancing under s. 7. However, in *Darrach*, at para. 25, the Court appeared to introduce *Charter* values into the internal “balancing” in s. 7 when it relied on the notion of “rights or values” articulated in *Mills*, at paras. 61, 72 and 89, to limit the accused’s fair trial rights. The majority follows this approach while also adding into the mix other amorphous values like dignity and equality. How these should be considered is unclear.

[387] When introduced into the principles of fundamental justice, *Charter* values are used to limit the accused’s *Charter* rights without a clear basis being set out for doing so. As the Ontario Court of

en balance « les valeurs consacrées par la *Charte* » parce qu’elles sont pertinentes pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale dont il est question à l’art. 7.

[385] Le concept des « valeurs consacrées par la *Charte* » provient de décisions rendues en droit civil et administratif, où les droits garantis par la *Charte* ne sont pas en cause, mais dont le sujet est similaire à celui des affaires auxquelles s’applique la *Charte*, comme la diffamation et la liberté d’expression (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 675; *Dagenais*, p. 876; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 91-98; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 22-23; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 2 et 16; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 44 et 46; *Law Society of British Columbia*, par. 41). Depuis, les valeurs consacrées par la *Charte* ont été appliquées pour développer la common law, à titre d’outil d’interprétation des lois et de limite à l’exercice du pouvoir discrétionnaire administratif (voir M. Horner, « Charter Values : The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361, p. 364, 367 et 371).

[386] Comme je l’ai déjà indiqué, les valeurs consacrées par la *Charte* ont été utilisées pour la première fois dans l’affaire *SDGMR* pour interpréter la common law, plutôt que pour effectuer la mise en balance interne prévue à l’art. 7. Toutefois, dans l’arrêt *Darrach*, par. 25, la Cour a semblé intégrer les valeurs consacrées par la *Charte* dans la « mise en balance » interne au regard de l’art. 7 lorsqu’elle s’est appuyée sur la notion de « droits ou valeurs » énoncée dans l’arrêt *Mills*, par. 61, 72 et 89, pour limiter les droits de la personne accusée à un procès équitable. En l’espèce, les juges majoritaires suivent cette approche tout en y ajoutant d’autres valeurs amorphes, comme la dignité et l’égalité. Il n’est cependant pas clair comment ces valeurs devraient être prises en considération.

[387] Lorsqu’elles sont intégrées aux principes de justice fondamentale, les valeurs consacrées par la *Charte* sont utilisées afin de limiter les droits garantis à la personne accusée par la *Charte* sans

Appeal recently commented in *McKitty v. Hayani*, 2019 ONCA 805, 439 D.L.R. (4th) 504, at para. 90: “*Charter* values, unlike *Charter* rights, are not taken from a canonical text. There is no methodology to guide the degree of abstraction at which they are formulated, or to resolve claims of priority when they conflict.” *Charter* rights are constrained by their text and purposes. Values are potentially boundless, with few indications of their parameters. As I have noted in *Law Society of British Columbia*, at paras. 171-72, weighing values against rights is a subjective exercise that lends itself to conclusory reasoning. This lack of clarity is an impediment to applying a structured and consistent approach to adjudicating *Charter* claims.

[388] A finding that values supersede rights risks arbitrarily undermining those rights and poses serious risks to the rule of law. That is the case here. The majority advances somewhat abstract justifications for serious procedural limitations on fair trial rights. The majority states that “highly private” records implicate complainants’ “privacy and dignity” and “have the potential to engage truth-distorting myths” (paras. 162-63). These concerns are formulated at a very high level of generality. The majority does not specify the weight these considerations should be given in the s. 7 balancing, and why.

[389] It is beyond the scope of this case to consider what role *Charter* values should be accorded in civil and administrative proceedings. However, a proper and careful reading of this Court’s jurisprudence leads to the conclusion that *Charter* values have no place in the analysis of constitutional issues under s. 7. *Charter* values are the kinds of “moral claims” referred to in *Carter*, at paras. 79-81 (see also *Bedford*, at para. 125), that should properly be considered

qu’un fondement clair ne le justifie. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a récemment expliqué dans l’arrêt *McKitty c. Hayani*, 2019 ONCA 805, 439 D.L.R. (4th) 504, par. 90 : [TRADUCTION] « à la différence des droits garantis par la *Charte*, les valeurs consacrées par la *Charte* ne sont pas tirées d’un texte faisant autorité. Il n’existe pas de méthode proposant des balises quant au degré d’abstraction selon lequel elles sont formulées, ou permettant de déterminer lesquelles doivent avoir priorité en cas de conflit. » La portée des droits garantis par la *Charte* est circonscrite par leur libellé et leurs objets. Les valeurs sont potentiellement illimitées, avec peu d’indications quant à leurs paramètres. Comme je l’ai observé dans l’arrêt *Law Society of British Columbia*, par. 171-172, la mise en balance des valeurs et des droits est une opération subjective qui ouvre la porte à des raisonnements non étayés. Ce manque de clarté fait obstacle à l’application d’une méthode structurée et uniforme lorsqu’il s’agit de statuer sur des demandes fondées sur la *Charte*.

[388] La conclusion selon laquelle les valeurs ont préséance sur les droits risque de porter arbitrairement atteinte à ces droits et de compromettre sérieusement le principe de la primauté du droit. C’est bien le cas en l’espèce. Les juges majoritaires avancent des raisons quelque peu abstraites pour justifier les graves limitations procédurales aux droits à un procès équitable. Ils affirment que les dossiers « très privés » qui mettent en jeu « la vie privée et la dignité » des personnes plaignantes « sont susceptibles de mettre en cause des mythes qui déforment la réalité » (par. 162-163). Ces préoccupations sont formulées de manière très générale. Les juges majoritaires ne précisent pas le poids qu’il convient d’accorder à ces considérations dans le cadre de la mise en balance au regard de l’art. 7, ni les raisons de procéder ainsi.

[389] Il n’entre pas dans le cadre de la présente affaire d’examiner le rôle que les valeurs consacrées par la *Charte* devraient jouer dans les instances civiles et administratives. Toutefois, un examen attentif et adéquat de la jurisprudence de la Cour mène à la conclusion que les valeurs consacrées par la *Charte* n’ont pas leur place dans l’analyse des questions constitutionnelles au regard de l’art. 7. Les valeurs consacrées par la *Charte* correspondent au

under s. 1. In saying this, I do not say that the result in *Darrach* is incorrect. Rather, I make the simple point that the methodology employed under the analysis in s. 7 should be clear, transparent and consistent with the structure of the *Charter*.

(c) *Charter Rights vs. Societal Interests*

[390] Another concept the Court has referred to in delineating the principles of fundamental justice under s. 7 is that of “societal interests”.

[391] The place of “societal interests” in the s. 7 balancing analysis has been a controversial subject since the earliest days of the *Charter*. The Court has been inconsistent as to how societal interests are weighed within s. 7 (see, in particular, *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Rodriguez*), attracting criticism for analytical instability and a lack of coherence. Different approaches have been taken by the Court and described in the literature (see T. J. Singleton, “The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446, at pp. 449 and 473; Lipton, at pp. 452-53).

[392] One approach holds that “societal interests” should not be considered at all when determining whether there has been a rights violation under s. 7. This was the Court’s view in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 517. However, if a violation of s. 7 is found, “societal interests” may be considered in the subsequent balancing exercise under s. 1 (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Carter*, at paras. 79-80 and 95; *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374, at para. 70; Singleton, at p. 448; Lipton, at pp. 452-53 and 479).

genre de « prétentions morales » dont il est question dans l’arrêt *Carter*, par. 79-81 (voir aussi *Bedford*, par. 125), et qui devraient à juste titre être examinées en application de l’article premier. En disant cela, je ne souhaite pas laisser entendre que l’arrêt *Darrach* est mal fondé. Je tiens tout simplement à souligner que la démarche suivie pour procéder à l’analyse au regard de l’art. 7 devrait être claire, transparente et conforme à la structure de la *Charte*.

c) *Droits garantis par la Charte vs intérêts de la société*

[390] Un autre concept auquel la Cour s’est référée pour définir les principes de justice fondamentale dont il est question à l’art. 7 est celui des « intérêts de la société ».

[391] La place des « intérêts de la société » dans la mise en balance requise par l’art. 7 est un sujet controversé depuis l’adoption de la *Charte*. La Cour n’a pas été constante quant à la façon dont les intérêts sociétaux sont mis en balance dans le cadre de l’art. 7 (voir en particulier *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. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rodriguez*), s’attirant des critiques pour l’instabilité de son analyse et son manque de cohérence. Diverses approches ont été adoptées par la Cour et décrites dans des ouvrages de doctrine (voir T. J. Singleton, « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995), 74 *R. du B. can.* 446, p. 449 et 473; Lipton, p. 452-453).

[392] Selon l’une de ces approches, les « intérêts de la société » ne devraient aucunement être pris en compte lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a eu violation des droits garantis par l’art. 7. C’était l’opinion de la Cour dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, p. 517. Toutefois, si une violation de l’art. 7 est constatée, les « intérêts de la société » peuvent être pris en compte lors de la mise en balance ultérieure requise par l’article premier (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Carter*, par. 79-80 et 95; *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374, par. 70; Singleton, p. 448; Lipton, p. 452-453 et 479).

[393] A second approach holds that, when considering whether there is a deprivation of “life, liberty and security of the person” in accordance with the principles of fundamental justice, those principles should only be balanced against other principles of fundamental justice. Any “other interests” should be considered under s. 1. *Mills* is widely considered to be an example of this approach, assuming, as discussed above, the benefits of the legislation referenced there legitimately qualified as principles of fundamental justice (see also *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at para. 68; Lipton, at p. 478).

[394] A third approach holds that “societal interests”, whether principles of fundamental justice or not, may be considered when delineating the scope of the principles of fundamental justice under s. 7. Examples of “societal interests” may include administrative efficiency or the effectiveness of law enforcement. Often there is no further balancing under s. 1 (see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 180; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pp. 833 and 852-54; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733; *Malmo-Levine*, at paras. 98-99; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at para. 45; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paras. 20 and 63; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, at paras. 45-47; Singleton, at p. 448; Lipton, at p. 477).

[395] A fourth approach holds that “societal interests” should be balanced against *the s. 7 right itself* (that is liberty, life, or personal security) and not just the principle of fundamental justice that sets boundaries on the application of the right (see *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; Lipton, at pp. 452-53 and 476).

[396] Finally, the Court adopted a fifth approach in *Bedford*. When considering whether there has been a violation under s. 7 and the principles of overbreadth,

[393] Selon une deuxième approche, pour déterminer s’il y a atteinte au droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne » conformément aux principes de justice fondamentale, ces principes ne peuvent être mis en balance qu’avec d’autres principes de justice fondamentale. Les « autres intérêts » devraient être examinés en application de l’article premier. L’arrêt *Mills* est largement considéré comme un exemple de cette approche, en supposant, comme je l’ai expliqué précédemment, qu’on puisse légitimement qualifier de principes de justice fondamentale les effets bénéfiques des dispositions législatives qui y sont mentionnées (voir également *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, par. 68; Lipton, p. 478).

[394] Selon une troisième approche, on peut tenir compte des « intérêts de la société », qu’ils soient ou non des principes de justice fondamentale, pour délimiter la portée des principes de justice fondamentale dont il est question à l’art. 7. À titre d’exemples d’« intérêts de la société », mentionnons l’efficience administrative et l’efficacité de l’application de la loi. Souvent, aucune autre mise en balance prévue à l’article premier n’est nécessaire (voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 402-403; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 180; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 833 et 852-854; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733; *Malmo-Levine*, par. 98-99; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 45; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 20 et 63; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 45-47; Singleton, p. 448; Lipton, p. 477).

[395] Selon une quatrième approche, les « intérêts de la société » devraient être mis en balance avec *le droit prévu à l’art. 7 lui-même* (c’est-à-dire le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) et non seulement avec le principe de justice fondamentale qui fixe des limites à l’application de ce droit (voir *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 151-152; Lipton, p. 452-453 et 476).

[396] Enfin, la Cour a adopté une cinquième approche dans l’arrêt *Bedford*. Lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a eu violation de l’art. 7 et que les

arbitrariness or gross disproportionality are at issue, it should be determined whether the effect on an *individual's* life, liberty or personal security is in accordance with the principles of fundamental justice in a particular case. Whether such a deprivation is justified in light of the “overarching public goal” of the legislation may be considered under s. 1 (*Bedford*, at paras. 124-29; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at para. 29).

[397] In *Carter*, at paras. 79-80, the Court responded to longstanding and continuing criticism of its various approaches to “societal interests” in s. 7 by affirming that societal interests should only be considered under s. 1. The Court explicitly stated that when “determining whether the deprivation of life, liberty and security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7, courts are not concerned with competing social interests or public benefits conferred by the impugned law” (para. 79 (emphasis added)). Similarly, in *Brown*, our Court held that “[t]he equality and dignity interests of women and children . . . are appropriately understood as justification for the infringement by the state. . . . [T]he equality, dignity and security interests of vulnerable groups informed the overarching social policy goals of Parliament; they are best considered under s. 1” (para. 70 (emphasis added)).

[398] In their reasons, the majority seeks to distinguish *Carter* on the basis that they are not “balancing ‘competing moral claims’ but rather assessing the fairness of trial procedures” (para. 122, citing *Carter*, at para. 79). With respect, the majority is balancing the s. 11(d) rights of accused persons with “the privacy, dignity, and equality interests of complainants” (para. 119 (emphasis added)) to define the parameters of the accused’s entitlement to trial fairness under s. 7.

principes de la portée excessive, du caractère arbitraire ou d’une disproportion exagérée sont en cause, il faut déterminer si l’effet sur la vie, la liberté ou la sécurité d’un *individu* est conforme aux principes de justice fondamentale dans un cas particulier. La question de savoir si l’atteinte est justifiée à la lumière de « l’objectif public prédominant » de la loi peut être examinée conformément à l’article premier (*Bedford*, par. 124-129; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 29).

[397] Dans l’arrêt *Carter*, par. 79-80, la Cour a répondu aux critiques incessantes dont elle faisait l’objet depuis longtemps au sujet de ses diverses approches concernant les « intérêts de la société » pour l’application de l’art. 7 en affirmant que les intérêts de la société ne devaient être examinés que selon l’article premier. La Cour a expressément affirmé que « [l]orsqu’ils déterminent si la privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale visés à l’art. 7, les tribunaux ne s’intéressent pas à des intérêts sociaux opposés ou aux avantages publics que procure la loi attaquée » (par. 79 (je souligne)). De même, dans l’arrêt *Brown*, la Cour a conclu que « [l]es intérêts des femmes et des enfants en matière d’égalité et de dignité [. . .] sont considérés à juste titre comme justifiant l’atteinte portée par l’État. [. . .] [L]es intérêts des groupes vulnérables en matière d’égalité, de dignité et de sécurité sont à la base des principaux objectifs de politique sociale du Parlement. Il est donc préférable de les examiner au regard de l’article premier » (par. 70 (je souligne)).

[398] Dans leurs motifs, les juges majoritaires tentent de distinguer l’arrêt *Carter* de la présente affaire, affirmant qu’ils ne sont pas « en train de mettre en balance des “prétentions morales opposées”, mais d’évaluer le caractère équitable des procédures judiciaires » (par. 122, citant *Carter*, par. 79). Soit dit en tout respect, les juges majoritaires mettent en balance les droits des personnes accusées protégés par l’al. 11d) et les « intérêts relatifs à la vie privée, à la dignité et à l’égalité de la plaignante » (par. 119 (je souligne)) afin de définir les paramètres du droit de l’accusé à l’équité du procès au titre de l’art. 7.

[399] In sum, in the present case, the Court is being asked to return to the method adopted in the specific context arising in *Darrach* and *Mills*, which does not otherwise conform to the Court’s recent pronouncements and, as explained below, is inconsistent with the structure of the *Charter*. These cases cannot support the propositions for which they are advanced by the Crown.

(2) Conclusions on Section 7

[400] The ambiguities and lack of consistent structure in the Court’s s. 7 jurisprudence make it a grab-bag of “rights, values, and societal interests” — unclear and amorphous concepts of uncertain legal origin and status that can be chosen, *à la carte*, by a decision maker to arrive at a given result. The outcomes provide little certainty about the law for citizens and little predictability for litigants. This opens the door widely to conclusory decision-making.

D. *The Principles of Fundamental Justice Under Section 7 Are Being Relied Upon to Limit Section 11*

(1) How Permissible Internal Limits on Section 7 Rights Are Being Relied on to Introduce Limitations Into Section 11

[401] Not only are there difficulties in the Court’s s. 7 jurisprudence, the Court is now being invited to rely on the content of s. 7 to limit the rights protected by s. 11.

[402] Protections under s. 7 have been held to overlap with protections under ss. 11(c) and (d). For example, s. 7 rights that are also protected under s. 11 include:

- The right of the accused to make full answer and defence (*Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1514; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 29; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 3; *Seaboyer*);

[399] En bref, en l’espèce, on demande à la Cour de revenir à la méthode adoptée dans le contexte spécifique des affaires *Darrach* et *Mills*, méthode qui ne s’accorde d’ailleurs pas avec les récentes déclarations de la Cour et qui, comme je l’explique plus loin, est incompatible avec la structure de la *Charte*. Ces arrêts ne peuvent pas appuyer les propositions pour lesquelles la Couronne les fait valoir.

(2) Conclusions sur l’art. 7

[400] Les ambiguïtés et l’absence de structure cohérente dans la jurisprudence de la Cour sur l’art. 7 en font un ramassis de « droits, valeurs et intérêts de la société » — des concepts flous et amorphes dont l’origine et la valeur juridiques sont incertaines, qu’un décideur peut choisir à la carte pour arriver à un résultat donné. Les résultats offrent aux justiciables peu de certitude quant au droit et peu de prévisibilité aux plaideurs, ce qui ouvre grand la porte à la prise de décisions non étayées.

D. *Les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 sont invoqués pour limiter la portée de l’art. 11*

(1) Façon dont les limites internes pouvant être apportées aux droits prévus à l’art. 7 sont invoquées pour incorporer des limites à l’art. 11

[401] Non seulement la jurisprudence de la Cour sur l’art. 7 comporte des failles, mais on invite maintenant la Cour à se fonder sur cet article pour restreindre les droits protégés par l’art. 11.

[402] Les protections prévues à l’art. 7 ont été jugées comme chevauchant les protections prévues aux al. 11c) et d). À titre d’exemple, les droits prévus à l’art. 7 qui sont également protégés par l’art. 11 comprennent notamment :

- le droit de la personne accusée de présenter une défense pleine et entière (*Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, p. 1514; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 29; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 3; *Seaboyer*);

- The right of the accused to be presumed innocent until proven guilty (*R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 682);
 - The right of the accused to cross-examine Crown witnesses without significant and unwarranted restraint (*Lyttle*, at para. 43);
 - The right of the accused to call evidence in their own defence (*Seaboyer*; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 2);
 - The right of the accused to fair procedures (*R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *Rose*, at para. 99; *Dersch*, at pp. 1514-17);
 - The right of the accused to take a completely adversarial stance to the prosecution (*Stinchcombe*, at p. 333).
- le droit de la personne accusée d’être présumée innocente tant qu’elle n’a pas été déclarée coupable (*R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 682);
 - le droit de la personne accusée de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées (*Lyttle*, par. 43);
 - le droit de la personne accusée de produire des éléments de preuve en défense (*Seaboyer*; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 2);
 - le droit de la personne accusée à une procédure équitable (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *Rose*, par. 99; *Dersch*, p. 1514-1517);
 - le droit de la personne accusée de jouer purement et simplement un rôle d’adversaire à l’égard de la poursuite (*Stinchcombe*, p. 333).

[403] There are three ways through which limits in s. 7 are introduced into s. 11, all of which rely on similar theoretical underpinnings and all three of which the majority relies on here.

[403] Il y a trois façons par lesquelles les limites prévues à l’art. 7 sont introduites dans l’art. 11, qui reposent toutes sur des fondements théoriques similaires et sur lesquelles les juges majoritaires s’appuient ici.

[404] The first approach finds that ss. 11(c) and 11(d) protect rights that illustrate principles of fundamental justice (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 502), and therefore these may be balanced against other considerations under s. 7. When s. 7 is given priority in the analysis, it subsumes ss. 11(c) and 11(d) and the latter can be limited without a s. 1 analysis. This was the approach adopted in *Mills* and subsequently, in *Darrach*.

[404] Selon la première approche, les al. 11c) et 11d) protègent les droits qui illustrent les principes de justice fondamentale (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, p. 502) et par conséquent, ceux-ci peuvent être mis en balance avec d’autres considérations en application de l’art. 7. Lorsque l’art. 7 est priorisé dans l’analyse, il englobe les al. 11c) et 11d) et la portée des al. 11c) et 11d) peut être limitée sans qu’une analyse fondée sur l’article premier soit effectuée. C’est l’approche qui a été adoptée dans l’arrêt *Mills* et, par la suite, dans l’arrêt *Darrach*.

[405] The second approach is somewhat similar to the first. However, ss. 11(c) and 11(d) are not balanced against other principles of fundamental justice under s. 7, but are themselves *defined* following consideration of other interests because they are “inextricably intertwined” with s. 7 (*Seaboyer*, at p. 603). This analysis can be seen in *Seaboyer*, where McLachlin J. stated for the majority, at pp. 603-4, that “[t]he principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns”, and implied that the

[405] La deuxième approche est quelque peu semblable à la première. Toutefois, les al. 11c) et 11d) ne sont pas mis en balance avec d’autres principes de justice fondamentale en application de l’art. 7, mais sont eux-mêmes *définis* en fonction d’autres intérêts parce qu’ils sont « inextricablement liés » à l’art. 7 (*Seaboyer*, p. 603). On trouve un exemple de cette analyse dans l’arrêt *Seaboyer*, où la juge McLachlin a déclaré, au nom des juges majoritaires, aux p. 603-604, que « [l]es principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d’intérêts

content of ss. 7 and 11(d) is equivalent and ascertained by looking to the scope of s. 7.

[406] The third approach holds that, because it is so closely related to s. 7, the definition of “fairness” in the s. 11(d) right to a fair trial includes considerations of the interests of the state and other parties. This methodology is exemplified by the reasons of Chief Justice McLachlin in *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, where she stated, at para. 28:

The ultimate requirement of a system of jury selection is that it results in a fair trial. A fair trial, however, should not be confused with a perfect trial, or the most advantageous trial possible from the accused’s perspective. As I stated in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193, “[w]hat constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process. . . . What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice”. See also *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 72; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14. At the same time, occasional injustice cannot be accepted as the price of efficiency: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 32; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281.

[407] All of the above approaches have common features, which have at their core the conflation of s. 7 with the other “Legal Rights” in ss. 8 to 14 and the tendency to channel the entire constitutional analysis through s. 7. Such an analysis operates almost entirely outside the constitutional text, structure, and purposes of the various provisions.

[408] Although the majority states that they are not importing the limits of s. 7 into s. 11 in this case, that is how their analysis proceeds. Notably, the majority defines the right to a fair trial by reference to the perspectives of the accused, the complainant, the community and the criminal justice system at large (paras. 121 and 125). However, the right to a fair trial under s. 11(d) is one that appertains to the accused

qui vont des droits de l’accusé à des préoccupations sociales plus globales », et a laissé entendre que l’art. 7 et l’al. 11d) avaient un contenu équivalent établi au moyen d’un examen de la portée de l’art. 7.

[406] Selon la troisième approche, puisque la définition du terme « équitable » dans le droit à un procès équitable garanti par l’al. 11d) est si étroitement liée à l’art. 7, cette définition inclut les intérêts de l’État et d’autres parties. On trouve une illustration de cette méthode dans les motifs de la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, où elle a affirmé, au par. 28 :

En bout de ligne, le système de sélection du jury doit donner lieu à un procès équitable. Un procès équitable ne doit toutefois pas être confondu avec un procès parfait, ni avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l’accusé. Comme je l’ai dit dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193, « [l]e procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l’accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées [. . .]. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable ». Voir également *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 72; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14. Par ailleurs, une injustice occasionnelle ne saurait être acceptée comme étant le prix à payer pour l’efficacité : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 32; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281.

[407] Toutes ces approches ont des caractéristiques communes, dont les principales sont l’amalgame qu’elles font de l’art. 7 et des autres « Garanties juridiques » énoncées aux art. 8 à 14 et leur tendance à faire passer toute l’analyse constitutionnelle par l’art. 7. Une telle analyse opère presque entièrement en dehors du texte constitutionnel, de la structure et des objets des diverses dispositions.

[408] Bien que les juges majoritaires affirment qu’ils ne transposent pas les limites de l’art. 7 à l’art. 11 dans la présente affaire, c’est de cette façon que procède leur analyse. Plus particulièrement, les juges majoritaires définissent le droit à un procès équitable en se rapportant au point de vue de l’accusé, de la plaignante, de la collectivité et du système de justice criminelle dans son ensemble (par. 121 et

only. I do not see how this right of the accused can be limited by consideration of societal interests unless it is through the vehicle of the principles of fundamental justice under s. 7. I note again that, having regard to the architecture of the *Charter*, the proper methodology by which to have regard to such societal considerations is under s. 1 and not by using s. 7 as a mechanism to limit rights under s. 11.

(2) Confusion Whether to Proceed First Under the Specific (Section 11) or the General (Section 7)

[409] Because of the lack of coherence in the approach to defining ss. 7 and 11, when courts are presented with a specific case, there is no clear methodology for choosing to deal with the general (s. 7) or the specific (s. 11) right first, or to deal with one but not the other.

[410] The Court's approach to this issue has been inconsistent. In *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at para. 76, the Court favoured proceeding with the specific right first, yet some cases continue to proceed *ad hoc*. Sometimes cases proceed under the general right — s. 7 — first (see, e.g., *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 35). Sometimes, the Court's approach varies within the same case. For example, in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, the Court dealt with some claims under s. 7 and some claims under s. 11 on the basis that some rights “most directly engage[d]” one section or the other (para. 125). This also appears to have been the approach followed in *R. v. Boutilier*, 2017 SCC 64, [2017] 2 S.C.R. 936, and *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3.

[411] The lack of a settled approach is problematic, because by choosing to proceed under one or the other section, one may arrive at inconsistent results, or, as seen above, import irrelevant considerations from one

125). Toutefois, le droit à un procès équitable prévu à l'al. 11d) appartient à la personne accusée seulement. Je ne vois pas comment ce droit de la personne accusée peut être limité par la prise en compte d'intérêts de la société, à moins que ce ne soit par le biais des principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7. Je souligne encore une fois que compte tenu de l'architecture de la *Charte*, la bonne méthode pour tenir compte de ces considérations sociétales est d'utiliser l'approche fondée sur l'article premier, et non d'avoir recours à l'art. 7 comme mécanisme visant à limiter les droits protégés par l'art. 11.

(2) Confusion quant à savoir s'il faut procéder d'abord en application de l'art. 11 (un droit spécifique) ou de l'art. 7 (un droit général)

[409] En raison du manque de cohérence dans la méthode servant à définir les art. 7 et 11, lorsque les tribunaux sont saisis d'un cas particulier, ils ne disposent pas d'une méthode claire pour décider s'ils devraient examiner d'abord le droit général (art. 7) ou le droit spécifique (art. 11), ou l'un mais pas l'autre.

[410] L'approche de la Cour à cet égard n'est pas uniforme. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 76, la Cour a privilégié l'examen du droit spécifique en premier, et pourtant, dans d'autres affaires, elle a continué de procéder *ad hoc*. Parfois, la Cour examine d'abord le droit général — l'art. 7 (voir, p. ex., *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983, par. 35). Parfois, son approche varie au sein d'une même affaire. Par exemple, dans l'affaire *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, la Cour a examiné certaines réclamations en application de l'art. 7 et certaines autres en application de l'art. 11, au motif que certains droits étaient « vis[és] plus directement » par l'un ou l'autre article (par. 125). Il semble que c'est également la méthode qui a été suivie dans les arrêts *R. c. Boutilier*, 2017 CSC 64, [2017] 2 R.C.S. 936, et *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3.

[411] L'absence d'une approche établie pose problème, parce qu'en décidant de procéder en application de l'un ou l'autre de ces articles, on risque d'arriver à des résultats incohérents ou, comme je

section into another. For example, here the majority asserts (without explanation) that s. 7 and s. 11(d) are “co-extensive” (paras. 113-14), while giving primacy to s. 7 and avoiding s. 1 altogether.

(3) The Specific Example of Evidence in Which a Complainant Has a Reasonable Expectation of Privacy

[412] The Court has a line of jurisprudence addressing situations that arise when an accused wishes to obtain or use evidence in which a complainant has a reasonable expectation of privacy and where restrictions on the use of this evidence are alleged to affect the accused’s fair trial rights. Due to their particular difficulty, these cases tend to demonstrate all of the above methodological problems, often at the same time. They illustrate the gradual blending of *Charter* rights, *Charter* values and societal interests within the principles of fundamental justice and how they have come to influence the interpretation of s. 11 and impose limits on its scope that are not found in its text and are not justified under the rigorous *Oakes* analysis of s. 1.

[413] In *Seaboyer*, the Court addressed Parliament’s first effort to regulate the use of evidence of complainants’ prior sexual history under s. 276 of the *Criminal Code*. Complainants’ privacy and security rights were not directly engaged by the legislation, but the arguments made in favour of the legislation contended that these goals needed to be considered when determining whether the legislation violated s. 7. As described above, McLachlin J. imported consideration of societal interests into s. 7 when she stated on behalf of the majority, at pp. 603-4:

l’ai déjà indiqué, de transposer des considérations non pertinentes d’un article à l’autre. Par exemple, en l’espèce, les juges majoritaires affirment (sans donner d’explications) que l’art. 7 et l’al. 11d) « ont la même portée » (par. 113-114), tout en donnant primauté à l’art. 7 et en évitant complètement l’article premier.

(3) L’exemple spécifique de la preuve à l’égard de laquelle une personne plaignante a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée

[412] La Cour a rendu une série de décisions portant sur des situations où la personne accusée souhaite obtenir ou utiliser des éléments de preuve à l’égard desquels une personne plaignante a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, et où la personne accusée soutient que les restrictions à l’utilisation de ces éléments de preuve porteraient atteinte à ses droits à un procès équitable. En raison de leur difficulté particulière, ces affaires tendent à illustrer tous les problèmes de méthodologie que j’ai évoqués, souvent en même temps. Elles illustrent l’intégration graduelle des droits garantis par la *Charte*, des valeurs consacrées par la *Charte* et des intérêts de la société aux principes de justice fondamentale, et la façon dont ils en sont venus à influencer l’interprétation de l’art. 11 et à en restreindre la portée par des limites qui ne se trouvent pas dans son libellé et qui ne sont pas justifiées selon l’analyse rigoureuse fondée sur l’article premier énoncée dans l’arrêt *Oakes*.

[413] Dans l’affaire *Seaboyer*, la Cour s’est penchée sur la première tentative faite par le Parlement, à l’art. 276 du *Code criminel*, afin d’encadrer l’utilisation d’éléments de preuve portant sur le comportement sexuel antérieur des personnes plaignantes. La disposition législative en question ne faisait pas intervenir directement les droits des personnes plaignantes à la protection de la vie privée et à la sécurité de leur personne, mais les arguments favorables à la disposition suggéraient qu’il fallait tenir compte de ces objectifs pour déterminer si elle violait l’art. 7. Comme je l’ai déjà expliqué, la juge McLachlin a transposé la prise en compte des intérêts de la société dans l’art. 7 en déclarant au nom des juges majoritaires, aux p. 603-604 :

A final point must be made on the ambit of s. 7 of the *Charter*. It has been suggested that s. 7 should be viewed as concerned with the interest of complainants as a class to security of person and to equal benefit of the law as guaranteed by ss. 15 and 28 of the *Charter*: Yola Althea Grant, “The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal” (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592, at p. 600. Such an approach is consistent with the view that s. 7 reflects a variety of societal and individual interests.

Crucially, McLachlin J. finished that statement by writing: “However, all proponents in this case concede that a measure which denies the accused the right to present a full and fair defence would violate s. 7 in any event” (p. 604).

[414] In *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the Court considered the common law rules governing production of third party records in sexual assault trials. In dissent on this issue, L’Heureux-Dubé J. opined that “values that are fundamental to our common law” are the basis for the “principles of fundamental justice” and that complainants’ privacy and security of the person are such principles (paras. 61 and 113). She would have found that these *Charter* values should have been balanced against the accused’s right to a fair trial within s. 7.

[415] I note, parenthetically, that even L’Heureux-Dubé J.’s *O’Connor* dissent, while finding that complainants’ privacy and security may be weighed against the accused’s right to a fair trial, recognized that some documents are exempt from this weighing because they are necessary for the accused to defend against the subject matter of the charge. L’Heureux-Dubé J. commented that “witnesses have a right to privacy in relation to private documents and records (i.e. documents and records in which they hold a reasonable expectation of privacy) which are not a part of the Crown’s ‘case to meet’ against the accused” (para. 130 (emphasis added)). This crucial point has been eliminated in ss. 278.92 to 278.94. In this case the majority appears to suggest that introducing information relating to the subject matter of the charge is merely a tactical burden, rather than

Il reste un point à mentionner quant à la portée de l’art. 7 de la *Charte*. On prétend que l’art. 7 vise à protéger le droit des plaignants, en tant que catégorie de personnes, à la sécurité de leur personne et au même bénéfice de la loi aux termes des art. 15 et 28 de la *Charte* : Yola Althea Grant, « The Penetration of the Rape Shield : *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal » (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592, à la p. 600. Cette perspective est compatible avec le point de vue selon lequel l’art. 7 vise à protéger toute une gamme d’intérêts sociaux et individuels.

En particulier, la juge McLachlin a terminé cette déclaration en écrivant : « Cependant, toutes les parties en l’espèce concèdent qu’une mesure privant l’accusé du droit de présenter une défense pleine et équitable viole de toute façon l’art. 7 » (p. 604).

[414] Dans l’affaire *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour a examiné les règles de common law régissant la production des dossiers de tiers dans les procès pour agression sexuelle. Dissidente sur ce point, la juge L’Heureux-Dubé s’est dite d’avis que « les principes de justice fondamentale » sont inspirés par « des valeurs qui sont fondamentales à notre common law » et que le droit des personnes plaignantes au respect de leur vie privée et à la sécurité de leur personne constitue de tels principes (par. 61 et 113). À son avis, il aurait fallu mettre en balance ces valeurs consacrées par la *Charte* avec le droit de la personne accusée à un procès équitable dans le cadre de l’art. 7.

[415] Je note, incidemment, que dans son opinion dissidente dans l’arrêt *O’Connor*, la juge L’Heureux-Dubé, tout en concluant que le droit des personnes plaignantes à la protection de leur vie privée et à la sécurité de leur personne pouvait être mis en balance avec le droit de la personne accusée à un procès équitable, a elle-même reconnu que certains documents sont soustraits à cette mise en balance parce qu’ils sont nécessaires à la personne accusée pour se défendre contre les faits qui lui sont reprochés. La juge L’Heureux-Dubé a expliqué que « les témoins ont droit à la protection de leur vie privée en ce qui a trait aux documents et aux dossiers privés (c.-à-d. les documents et les dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable de protection du caractère privé) qui ne font pas partie de la “preuve complète” que le ministère public doit présenter contre l’accusé »

crucial to determining the truth of the matters in issue (paras. 66-67, 79 and 151-63).

[416] In *Mills*, the privacy and security interests of complainants were elevated to the status of principles of fundamental justice to be balanced against the right to a fair trial within s. 7 (para. 62). However, it should not be overlooked that the Court in *Mills* also considered that the legislation directly engaged complainants' *Charter* rights because there was a seizure of records under s. 8. The privacy and security of complainants in that case were not merely *Charter* values or societal interests.

[417] In *Darrach*, the Court blended consideration of *Charter* rights and *Charter* values under the principles of fundamental justice. In that case, the legislation did not directly engage any of the complainant's *Charter* rights. Nonetheless, the Court concluded, at para. 25, that "[i]n *Seaboyer*, the Court found that the principles of fundamental justice include the three purposes of s. 276 identified above: protecting the integrity of the trial by excluding evidence that is misleading, protecting the rights of the accused, as well as encouraging the reporting of sexual violence and protecting 'the security and privacy of the witnesses' (p. 606). This was affirmed in *Mills*, *supra*, at para. 72." The Court reached this finding despite the distinctions between the status of complainants' rights and interests in those prior cases. The holding in *Darrach* that *Charter* values are relevant to internal balancing under s. 7 finds no support in *Mills* or *Seaboyer*, on a careful reading of those cases.

(par. 130 (je souligne)). Cet élément crucial a été éliminé aux art. 278.92 à 278.94. En l'espèce, les juges majoritaires semblent suggérer que l'introduction de renseignements relatifs aux faits à l'origine de l'accusation constitue un simple fardeau d'ordre tactique, plutôt qu'un élément crucial pour statuer sur la véracité des faits en litige (par. 66-67, 79 et 151-163).

[416] Dans l'arrêt *Mills*, les intérêts des personnes plaignantes à la protection de leur vie privée et à la sécurité de leur personne ont été élevés au rang de principes de justice fondamentale devant être mis en balance avec le droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 (par. 62). Il ne faut toutefois pas oublier que, dans l'arrêt *Mills*, la Cour a également jugé que les dispositions législatives visaient directement les droits garantis des personnes plaignantes par la *Charte* parce qu'il y avait eu une saisie de documents au sens de l'art. 8. La protection de leur vie privée et de leur sécurité dans cette affaire ne constituait pas seulement des valeurs consacrées par la *Charte* ou des intérêts de la société.

[417] Dans l'arrêt *Darrach*, la Cour a combiné l'examen des droits garantis par la *Charte* et des valeurs consacrées par la *Charte* au titre des principes de justice fondamentale. Dans cette affaire, les dispositions législatives ne mettaient pas directement en cause les droits de la plaignante garantis par la *Charte*. Néanmoins, la Cour a affirmé, au par. 25, que « [d]ans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour a conclu que les principes de justice fondamentale comprennent les trois objets de l'art. 276 qui sont décrits plus haut : la préservation de l'intégrité du procès par l'exclusion des éléments de preuve trompeurs, la protection des droits de l'accusé de même que l'incitation au dépôt de plaintes de violence sexuelle et la protection "de la sécurité et de la vie privée des témoins" (p. 606). Cela a été confirmé dans l'arrêt *Mills*, précité, au par. 72. » La Cour a tiré cette conclusion malgré les distinctions qu'elle avait faites dans ces décisions antérieures entre l'importance à accorder aux droits et aux intérêts des personnes plaignantes. La conclusion de la Cour, dans l'arrêt *Darrach*, selon laquelle les valeurs consacrées par la *Charte* sont pertinentes pour la mise en balance interne au titre de l'art. 7 ne trouve aucun appui dans les arrêts *Mills* et *Seaboyer*, si l'on en fait une lecture attentive.

[418] As well, *Darrach* blended s. 7 and ss. 11(c) and 11(d). At paragraph 23, the Court explained:

In *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, the Court dealt with a claim that s. 11(d) was violated in combination with s. 7, and the Court analysed the issues under the rubric of s. 7 on the grounds that the fair trial specifically protected by s. 11(d) was itself a principle of fundamental justice under s. 7. In *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at paras. 40 and 44, Iacobucci J. described s. 11(c) as a procedural protection that underlies the principle against self-incrimination, which is also a principle of fundamental justice under s. 7. In both cases, the Court analysed the rights involved in the context of s. 7. [Emphasis added.]

[419] The Court in *Darrach* then proceeded to import the limits of s. 7 into ss. 11(c) and 11(d) so as to find no constitutional violation. An analysis under s. 1 was therefore not required (see para. 30).

[420] The majority states they are applying the current approach to the analysis. However, they reference *Mills* and *Darrach* and adopt the “blended” methodology I have described above, thereby defining s. 11 through s. 7. This is problematic for two reasons. First, the approach as to the order in which ss. 7 and 11 should be addressed was settled in *Whaling*, at para. 76. Second, the Court confirmed in *Carter*, at paras. 79-80, and even more recently in *Brown*, at para. 70, that consideration of “societal interests” should not be factored into the s. 7 balancing, but rather should be dealt with under s. 1. I do not see how the methodology adopted in *Mills* and *Darrach* can be reconciled with these subsequent authorities.

[421] I emphasize that, regardless of the methodology used, *no* case from this Court has held that protecting a complainant’s privacy interests always justifies limiting the accused’s right not to respond before the Crown has established the case to meet. Nor has any case from this Court found that access to, or the use of, evidence in which a complainant has a reasonable expectation of privacy never engages the

[418] De plus, dans l’arrêt *Darrach*, la Cour combine l’art. 7 et les al. 11c) et 11d). Au paragraphe 23, elle explique :

Dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, la Cour était saisie de l’argument selon lequel l’al. 11d) était violé conjointement avec l’art. 7, et elle a analysé les questions en litige au titre de l’art. 7 pour le motif que le procès équitable expressément garanti par l’al. 11d) était un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. Dans l’arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, aux par. 40 et 44, le juge Iacobucci a décrit l’al. 11c) comme une garantie procédurale sous-jacente au principe interdisant l’auto-incrimination, qui est lui aussi un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. Dans les deux cas, la Cour a analysé les droits en cause dans le contexte de l’art. 7. [Je souligne.]

[419] La Cour dans l’arrêt *Darrach* a ensuite transposé les limites de l’art. 7 aux al. 11c) et 11d) pour conclure qu’il n’y avait pas de violation constitutionnelle. Il n’était donc pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l’article premier (voir par. 30).

[420] Les juges majoritaires affirment qu’ils appliquent l’approche actuelle à l’analyse. Ils citent toutefois les arrêts *Mills* et *Darrach* et adoptent la méthode « combinée » que j’ai déjà décrite, passant ainsi par l’art. 7 pour définir la portée de l’art. 11. Cela est problématique pour deux raisons. Tout d’abord, l’approche quant à l’ordre dans lequel il faut aborder les art. 7 et 11 a été établie dans l’arrêt *Whaling*, par. 76. Ensuite, la Cour a confirmé, dans l’arrêt *Carter*, par. 79-80, et même encore plus récemment dans l’arrêt *Brown*, par. 70, qu’il ne fallait pas tenir compte des « intérêts de la société » dans l’exercice de mise en balance prévue à l’art. 7, mais que ceux-ci devaient plutôt être examinés selon l’article premier. Je ne vois pas comment on peut concilier la méthode suivie dans les arrêts *Mills* et *Darrach* avec ces décisions ultérieures.

[421] Je tiens à souligner que, indépendamment de la méthode employée, la Cour n’a déclaré dans *aucune* décision que la protection des intérêts d’une personne plaignante au respect de la vie privée justifie toujours de limiter le droit de la personne accusée de ne pas répondre tant que la Couronne n’a pas présenté sa preuve au complet. Il n’existe pas non plus de décision dans laquelle la Cour a conclu que la consultation ou

accused's fair trial rights (see *Seaboyer; O'Connor; Mills; Darrach; Osolin; R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33). To do so, the majority asserts that leading information to defend oneself is merely a tactical burden (see paras. 151-63 and 173-74) and appears to authorize compelled defence disclosure (see paras. 162-69). No judgment of this Court has undercut the accused's right to a fair trial in so serious a way.

E. *Section 7 Cannot Operate to Limit Section 11 Rights as This Is Inconsistent With the Architecture of the Charter*

[422] There is no basis in the Constitution for the approach whereby s. 7 can limit rights in ss. 8 to 14. This becomes evident when one examines the structure of the *Charter* and the places of ss. 7 and 11 within it.

(1) The Relationship Between Section 7 and Section 11 of the Charter

[423] Both ss. 7 and 11 appear under the heading “Legal Rights”. As explained by E. Colvin in his article “Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, at p. 574:

... “legal rights” cannot simply mean rights which are recognized in law. All Charter rights would be legal rights in this sense. The use of the term to describe a sub-category of Charter rights suggests that the included rights are of a special kind, different from the rights respecting the substantive content of law which are conferred in some other parts of the Charter.

[424] The grouping of ss. 7 and 11 into one subsection of the *Charter* suggests a relationship between their purposes and the purposes of other rights within that same grouping. Usually, “Legal Rights” are associated with the administration of justice (*Reference re*

l'utilisation d'éléments de preuve à l'égard desquels la personne plaignante a une attente raisonnable de protection de la vie privée ne fait jamais intervenir les droits de la personne accusée à un procès équitable (voir *Seaboyer; O'Connor; Mills; Darrach; Osolin; R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33). Pour ce faire, les juges majoritaires affirment que la présentation par la personne accusée de renseignements pour sa défense constitue un simple fardeau d'ordre tactique (par. 151-163 et 173-174), et semblent autoriser que la défense soit tenue de communiquer sa preuve (voir par. 162-169). Aucun jugement de la Cour n'a affaibli aussi gravement le droit de la personne accusée à un procès équitable.

E. *L'article 7 ne peut avoir pour effet de limiter les droits prévus à l'art. 11 car cela n'est pas conforme à l'architecture de la Charte*

[422] Rien dans la Constitution ne justifie une approche selon laquelle l'art. 7 peut limiter les droits prévus aux art. 8 à 14. Cette conclusion s'impose lorsque l'on examine la structure de la *Charte* et la place qu'y occupent les art. 7 et 11.

(1) Le rapport entre l'art. 7 et l'art. 11 de la Charte

[423] Les articles 7 et 11 figurent tous deux sous la rubrique « Garanties juridiques ». Comme l'explique E. Colvin dans son article « Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1989), 68 *R. du B. can.* 560, p. 574 :

[TRADUCTION] ... l'expression « garanties juridiques » ne peut viser tout simplement les droits juridiquement reconnus. Dans ce sens, tous les droits garantis par la Charte seraient des garanties juridiques. L'emploi de ces termes pour décrire une sous-catégorie de droits protégés par la Charte indique que les droits qui en font partie sont d'une sorte particulière, différents des droits tenant au fond du droit qui sont conférés dans d'autres parties de la Charte.

[424] Le fait que les art. 7 et 11 se retrouvent dans la même section de la *Charte* indique qu'il existe un rapport entre leurs objets et ceux des autres droits qui font partie de la même section. Habituellement, on associe les « garanties juridiques » à l'administration de la

ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1172-73, citing Colvin, at pp. 573-74).

[425] In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the Court concluded that ss. 8 to 14 “are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice” (p. 502). However, they are not exhaustive of s. 7, which is broader (p. 502; *Malmo-Levine*, at para. 169, referring to *Hebert*, and *Thomson Newspapers Ltd.*; see also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 311). Section 7 provides residual rights protections, where the specific rights in ss. 8 to 14 do not apply. However, the analysis cannot work in reverse to rely on any internal limits under s. 7 to limit the scope of the rights in s. 11. There is simply no basis in the Constitution for doing so.

(2) Limiting Section 11 on the Basis of Section 7 Is Inconsistent With the Structure of the Charter, the Purposes of Both Provisions and Section 1

[426] Limiting s. 11 on the basis of s. 7 is inconsistent with the text and structure of the “Legal Rights” section of the *Charter*, the purposes of both provisions and s. 1.

[427] Textually, there is an internal balancing using the principles of fundamental justice in s. 7, but there are no corresponding textual limits in ss. 11(c) and 11(d). The text of the sections is not the same.

[428] Structurally, s. 11 rights can only be limited if the outcome is justified following a proportionality assessment under s. 1.

[429] As a practical matter, balancing s. 7 internally and using the outcome to limit s. 11 leads to a reversal of the burden of proof and a dilution of *Charter* protections. Under s. 11, an accused alleging

justice (*Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1172-1173, citant Colvin, p. 573-574).

[425] Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, la Cour a conclu que les art. 8 à 14 « sont des exemples d’atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l’encontre des principes de justice fondamentale » (p. 502). Toutefois, ces exemples ne constituent pas une liste exhaustive des atteintes au droit protégé par l’art. 7, dont la portée est plus large (p. 502; *Malmo-Levine*, par. 169, citant *Hebert* et *Thomson Newspapers Ltd.*; voir aussi *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 311). L’article 7 offre des protections résiduelles lorsque les droits spécifiques prévus aux art. 8 à 14 ne s’appliquent pas. Cependant, on ne peut pas appliquer cette analyse à l’inverse en se fondant sur les limites internes de l’art. 7 pour limiter la portée des droits prévus à l’art. 11. Il n’y a tout simplement aucun fondement pour ce faire dans la Constitution.

(2) Limiter la portée de l’art. 11 en se fondant sur l’art. 7 n’est conforme ni à la structure de la Charte ni aux objets de ces deux dispositions ni à l’article premier.

[426] Limiter la portée de l’art. 11 en se fondant sur l’art. 7 n’est pas conforme au libellé et à la structure de la section de la *Charte* intitulée « Garanties juridiques », aux objets de ces deux dispositions et à l’article premier.

[427] Selon les termes employés, l’art. 7 prévoit une mise en balance interne au moyen des principes de justice fondamentale, mais le libellé des al. 11c) et 11d) ne comporte pas de limites correspondantes. La formulation de ces articles n’est pas la même.

[428] Structurellement, les droits prévus à l’art. 11 ne peuvent être limités que si le résultat est justifié à la suite d’une analyse de la proportionnalité fondée sur l’article premier.

[429] En pratique, la mise en balance interne de l’art. 7 et l’utilisation du résultat pour limiter la portée de l’art. 11 entraînent une inversion du fardeau de la preuve et un affaiblissement des protections prévues

a violation must prove it; if proven, the onus shifts to the state to justify the violation under s. 1 (*Oakes*, at pp. 136-37). By contrast, when there is a balancing of *Charter* rights, *Charter* values and societal interests under the principles of fundamental justice in s. 7, the burden is on the accused throughout. Accused persons must establish not only the content of the principle of fundamental justice that they allege is violated, but also that it is not outweighed by other considerations. Such an approach undermines the purpose of the broad protection of the right to a fair trial under s. 11 and the purpose of s. 1 to hold the state to the burden of proof to show that any limit is demonstrably justified in a free and democratic society.

[430] A further potentially anomalous result is that s. 11 may first be limited by s. 7 and then, when the usual s. 1 analysis is undertaken, s. 11 rights may be further limited. This implies that s. 11 rights may be limited once, importing limits from s. 7, and then again under s. 1. Yet does this result not follow logically from the majority's approach?

[431] Most fundamentally, limiting s. 11 protections through s. 7 is contrary to the purposes of both ss. 7 and 11. Sections 11(c) and 11(d) are cast broadly in order to provide strong protections for fair trial rights. Section 7 is meant to be a broad, rights-conferring provision that provides residual protection to fair trial rights that may not be captured by s. 11. Yet in these appeals, the Crown and various interveners urge on the Court an approach whereby s. 7 operates to limit the broad rights in s. 11. This is not the proper function of s. 7. It undermines the *Charter's* purpose as a counter-majoritarian instrument intended to protect accused persons from the excesses of state power. Rather than protecting the rights of accused

par la *Charte*. Aux termes de l'art. 11, la personne accusée qui allègue une violation de ses droits doit en faire la preuve; si elle y parvient, il appartiendra alors à l'État de justifier cette violation en application de l'article premier (*Oakes*, p. 136-137). En revanche, lorsque l'on met en balance les droits garantis par la *Charte*, les valeurs consacrées par la *Charte* et les intérêts de la société en fonction des principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7, le fardeau incombe à la personne accusée tout au long du processus. Celle-ci doit établir non seulement les paramètres du principe de justice fondamentale dont elle allègue la violation, mais aussi démontrer que d'autres considérations ne viennent pas le supplanter. Ce genre d'approche mine l'objet de la vaste protection du droit de la personne accusée à un procès équitable que garantit l'art. 11, ainsi que l'objectif de l'article premier d'imposer à l'État le fardeau de démontrer que la limite apportée à un droit peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[430] Une autre situation potentiellement anormale est celle où l'art. 11 serait d'abord limité par l'art. 7, et ensuite, dans le cadre de l'analyse usuelle fondée sur l'article premier, les droits prévus à l'art. 11 seraient limités davantage. Cela signifie que les droits protégés par l'art. 11 pourraient être limités une première fois par la transposition des limites de l'art. 7, puis une autre fois en vertu de l'article premier. Pourtant, ce résultat ne découle-t-il pas logiquement de l'approche des juges majoritaires?

[431] Plus fondamentalement, le fait de passer par l'art. 7 pour limiter les protections prévues à l'art. 11 va à l'encontre des objets des art. 7 et 11. Les alinéas 11c) et 11d) sont formulés de façon générale pour garantir de solides protections des droits à un procès équitable. L'article 7 se veut quant à lui une disposition qui confère des droits de portée étendue, assurant une protection résiduelle des droits à un procès équitable qui pourraient ne pas être couverts par l'art. 11. Pourtant, dans les présents pourvois, la Couronne et divers intervenants exhortent la Cour à opter pour une approche selon laquelle l'art. 7 a pour effet de limiter les vastes droits garantis par l'art. 11. Ce n'est pas le rôle de l'art. 7. Cela va à l'encontre de

persons, s. 7 is being used as the instrument to imperil that protection.

IV. Suggested Interpretive Approach

[432] In order to bring coherence to the application of s. 7 and ss. 8 to 14 when constitutional claims allege violations of s. 7 as well as other sections of the *Charter*, the Court should adopt and consistently apply an interpretive approach that is in line with the structure and purpose of the *Charter*. Doing so is a matter of constitutional imperative.

[433] Where a specific *Charter* guarantee is pleaded along with the broader guarantee in s. 7, the specific guarantee should be addressed first. Unless a right is not captured under the specific *Charter* guarantee, there is no reason to proceed to s. 7. There is nothing new to this proposition. The Court has previously set out this approach in *Whaling*, at para. 76, citing *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 13, and *Généreux*, at p. 310 (see also *Pearson*).

[434] In the present case, specific *Charter* guarantees — ss. 11(c) and 11(d) — are pleaded along with the broader guarantee in s. 7. The first step is therefore to determine whether there is a violation of ss. 11(c) and 11(d), and, if so, whether it is justified under s. 1. If there *is* a violation that is not justified under s. 1, then the analysis stops there.

[435] If, however, there is no violation of the specific provisions, or there is a violation but it is found to be justified, the courts *then* look to s. 7. As noted at para. 425 above, violations of ss. 8 to 14 are illustrative of deprivations of s. 7 rights, but s. 7 is broader. In these circumstances, the courts must examine whether the rights protected under s. 7 are *more extensive or different* from those protected under the specific provision. If the answer is *no*, then no analysis is required under s. 7, since the result under

l'objet de la *Charte* en tant qu'instrument contre-majitaire visant à protéger les personnes accusées des excès du pouvoir de l'État. Plutôt que de protéger les droits des personnes accusées, l'art. 7 est utilisé pour mettre en péril cette protection.

IV. Méthode d'interprétation suggérée

[432] Pour favoriser une application cohérente de l'art. 7 et des art. 8 à 14 lorsqu'il est allégué dans des demandes de nature constitutionnelle que l'art. 7 et d'autres articles de la *Charte* sont violés, la Cour devrait adopter et appliquer de façon uniforme une méthode d'interprétation qui est conforme à la structure et à l'objet de la *Charte*. Il s'agit là d'un impératif constitutionnel.

[433] Lorsqu'une garantie spécifique de la *Charte* est plaidée en même temps que la garantie plus générale prévue à l'art. 7, la garantie spécifique doit être examinée en premier. Sauf lorsqu'un droit n'est pas protégé par la garantie spécifique de la *Charte*, il n'y a aucune raison de passer à l'art. 7. Cette proposition n'a rien de nouveau. La Cour a déjà énoncé cette démarche dans l'arrêt *Whaling*, par. 76, citant *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 13, et *Généreux*, p. 310 (voir aussi *Pearson*).

[434] En l'espèce, les garanties spécifiques de la *Charte* — al. 11c) et 11d) — sont invoquées en même temps que la garantie plus générale de l'art. 7. La première étape consiste donc à déterminer s'il y a eu violation des al. 11c) et 11d) et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier. S'il y a *effectivement* violation, mais qu'elle n'est pas justifiée en vertu de l'article premier, l'analyse s'arrête là.

[435] Si, toutefois, il n'y a pas violation des dispositions spécifiques, ou s'il y a violation mais qu'elle est jugée justifiée, le tribunal doit *alors* se pencher sur l'art. 7. Comme je l'ai signalé au par. 425, les violations des art. 8 à 14 sont des exemples d'atteintes aux droits protégés par l'art. 7, mais l'art. 7 a une portée plus large. Dans ces circonstances, le tribunal doit examiner si les droits protégés par l'art. 7 sont *plus étendus ou différents* de ceux protégés par la disposition spécifique. Si la réponse est *non*, alors

s. 7 remains the same as the result under the specific provision. If the answer is *yes*, however, courts need to explain in what way it is more extensive or different. This analysis will define the scope of the right protected under s. 7 and the analysis that is required in order to find an infringement.

[436] When determining the scope of s. 7, courts should focus on the rights alleged by the rights claimant. For the reasons set out above, there is no place for values and societal interests in the internal balancing in s. 7. Such moral considerations should be weighed using the transparent proportionality analysis in s. 1 (*Carter*, at para. 79; *Brown*, at para. 70).

[437] This construction of s. 7, s. 11 and s. 1 conforms to the architecture of the *Charter*, provides for interpretation of the relevant provisions by reference to their own text and purposes, and offers clarity as to which party has the onus of proof at each stage of the analysis.

V. Conclusion

[438] The limitation on the fair trial right is unjustified in this case. I agree with Justice Brown on the merits and would therefore hold that ss. 278.92 to 278.94 of the *Criminal Code* are unconstitutional and, therefore, of no force or effect, except as they apply to the existing s. 276 regime.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting in part) —

I. Overview

[439] I have had the benefit of reading the majority's reasons as well as the dissenting reasons of Brown J. and Rowe J. I endorse the constitutional analyses of Brown J. and Rowe J. I agree with Brown J. that the

aucune analyse n'est requise en application de l'art. 7, puisque le résultat de l'analyse effectuée en application de l'art. 7 est le même que celui obtenu à la suite de l'analyse effectuée en application de la disposition particulière. Si la réponse est *oui*, toutefois, le tribunal doit expliquer en quoi la protection est plus étendue ou différente. Cette analyse définira la portée du droit protégé par l'art. 7 et déterminera l'analyse qui est requise pour conclure à une violation.

[436] Pour déterminer la portée de l'art. 7, les tribunaux devraient s'en tenir aux droits invoqués par la personne qui les revendique. Pour les motifs qui ont été exposés, les valeurs et les intérêts de la société n'ont pas leur place dans la mise en balance interne requise par l'art. 7. De telles considérations d'ordre moral devraient être soupesées au moyen de l'analyse transparente de la proportionnalité prévue à l'article premier (*Carter*, par. 79; *Brown*, par. 70).

[437] Cette interprétation des art. 7 et 11 et de l'article premier est conforme à l'architecture de la *Charte*; elle permet l'interprétation des dispositions pertinentes en fonction de leur libellé et de leurs objets, et elle précise sur quelle partie repose le fardeau de la preuve à chaque étape de l'analyse.

V. Conclusion

[438] La limite au droit à un procès équitable n'est pas justifiée en l'espèce. Je suis d'accord avec le juge Brown sur le fond du présent pourvoi et je suis donc d'avis de déclarer les art. 278.92 à 278.94 du *Code criminel* inconstitutionnels et par conséquent inopérants, sauf dans la mesure où ils s'appliquent au régime actuel de l'art. 276.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) —

I. Vue d'ensemble

[439] J'ai pris connaissance des motifs de la majorité ainsi que des motifs dissidents du juge Brown et du juge Rowe. Je souscris aux analyses constitutionnelles des juges Brown et Rowe. Je conviens avec le juge

record screening regime does not come close to passing constitutional muster. I am also in agreement with Rowe J.'s analytical approach in respect of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, I disagree with the analyses and the conclusions of both the majority and Brown J. on the interpretation of “record” and “adduce”.

[440] I readily concede that there are issues with any interpretation of both of these words. Unfortunately, this is an inevitable consequence of the “ham-fisted” nature of the record screening regime (Brown J.'s reasons, at paras. 204 and 311). But in my view there are strong reasons to prefer narrow interpretations of both words. Even with narrow interpretations, however, I am of the view that the record screening regime remains unconstitutional. It is simply *more* constitutionally defective if either the majority's interpretations or Brown J.'s interpretations are adopted.

[441] My reasons proceed in two parts. First, I explain why narrow interpretations of “record” and “adduce” should be adopted. Second, I briefly explain why, even if my narrower interpretations were adopted, Brown J.'s constitutional analysis remains overwhelmingly applicable.

II. Statutory Interpretation

A. *The Definition of “Record” Excludes Communications Between the Complainant and the Accused*

[442] In my view, a proper interpretation of “record” as defined in s. 278.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, excludes any communications — electronic or otherwise — between the accused and the complainant other than communications made in the context of a professional relationship in which there was an expectation of some degree of confidentiality. Such an interpretation is preferable because: (1) it better accords with the text of s. 278.1; (2) it better reflects the intention of Parliament; (3) it better aligns with the jurisprudence on the interpretation of the

Brown que le régime d'examen des dossiers est loin de résister à l'analyse constitutionnelle. Je suis en outre d'accord avec la démarche analytique du juge Rowe relative à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, je suis en désaccord avec les analyses et les conclusions de la majorité et du juge Brown en ce qui concerne l'interprétation des termes « dossier » et « présenter en preuve ».

[440] Je concède volontiers que toute interprétation de ces mots pose problème. Hélas, c'est là une conséquence inévitable du caractère « maladroit » du régime d'examen des dossiers (motifs du juge Brown, par. 204 et 311). J'estime toutefois qu'il y a de solides raisons de privilégier une interprétation étroite de ces mots. Cependant, même si des interprétations étroites sont retenues, je suis d'avis que le régime d'examen des dossiers demeure inconstitutionnel. Il est tout simplement *plus* déficient sur le plan constitutionnel suivant les interprétations de la majorité ou celles du juge Brown.

[441] Mes motifs se déclinent en deux parties. D'abord, j'explique pourquoi il convient d'adopter des interprétations étroites des termes « dossier » et « présenter en preuve ». Ensuite, j'explique brièvement pourquoi l'analyse constitutionnelle du juge Brown demeure essentiellement applicable, et ce, même si l'on retient mes interprétations étroites de ces deux termes.

II. Interprétation législative

A. *La définition de « dossier » exclut les communications échangées entre la personne plaignante et l'accusé*

[442] À mon avis, l'interprétation correcte de « dossier » au sens de l'art. 278.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, exclut toute communication — électronique ou autre — entre l'accusé et la personne plaignante, sauf les communications faites dans le contexte d'une relation professionnelle impliquant l'attente d'un certain niveau de confidentialité. Cette interprétation est préférable parce que : (1) elle s'accorde mieux avec le texte de l'art. 278.1; (2) elle correspond davantage à l'intention du Parlement; (3) elle est plus conforme à la jurisprudence sur

phrase “reasonable expectation of privacy”; and (4) it avoids many of the absurd results that inevitably follow from a broad interpretation.

(1) Text of Section 278.1

[443] I begin my analysis with the text. Section 278.1 does not refer to communications — electronic or otherwise — in defining “record”. Communications between the complainant and the accused are not specifically enumerated as records in that section. There is no dispute that communications between the complainant and the accused may be captured by the enumerated categories (e.g. communications between a physician and a patient). The main interpretive question at issue, however, is whether communications between the complainant and the accused are included among the types of records that are not enumerated in the definition. That is, are they covered by the definition of “record” because they nonetheless contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy? In my view, any communications between the accused and the complainant that were not exchanged in the context of a professional relationship in which there was an expectation of some degree of confidentiality would not constitute a record.

[444] I agree with the majority that the interpretive principle of *ejusdem generis* (“of the same kind”) applies (para. 55). However, and with respect, I believe that the majority does not apply this principle properly. The majority relies on it to conclude that “[t]he common thread weaving through the enumerated records is that they contain information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being”, explaining that this “could include, but is not limited to, discussions regarding mental health diagnoses, suicidal ideation, prior physical or sexual abuse, substance abuse or involvement in the child welfare system” (para. 55). With respect, the majority conflates the concept of “personal information” with that of a “reasonable expectation of privacy”. As Brown J. correctly notes at para. 233 of his reasons, although the diary in

l’interprétation de l’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée »; et (4) elle évite bon nombre des résultats absurdes qui découlent inévitablement d’une interprétation large.

(1) Texte de l’article 278.1

[443] Je commence mon analyse par le texte. L’article 278.1 ne mentionne pas de communications — électroniques ou autres — dans la définition de « dossier ». Les communications entre la personne plaignante et l’accusé ne sont pas expressément énumérées en tant que dossiers à cet article. Nul ne conteste que les communications entre la personne plaignante et l’accusé peuvent être visées par les catégories énumérées (p. ex. les communications entre un médecin et un patient). La principale question en litige est toutefois celle de savoir si ces communications font partie des types de dossier qui ne sont pas énumérés dans la définition. Autrement dit, sont-elles visées par la définition de « dossier » parce qu’elles contiennent néanmoins des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? À mon avis, toute communication entre l’accusé et la personne plaignante — et qui n’a pas été échangée dans le contexte d’une relation professionnelle impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité — ne constituerait pas un dossier.

[444] Je conviens avec la majorité que le principe d’interprétation *ejusdem generis* (« choses de même genre ») s’applique (par. 55). Cependant, et avec égards, je crois que la majorité n’applique pas bien ce principe. La majorité se fonde sur celle-ci pour conclure que « [l]e dénominateur commun liant les dossiers énumérés est le fait qu’ils contiennent des renseignements de nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel », expliquant que ce type de contenu « peut notamment comprendre des entretiens sur des diagnostics de santé mentale, des idées suicidaires, des sévices physiques ou sexuels antérieurs, des problèmes de toxicomanie ou des démêlés avec le système de protection de l’enfance » (par. 55). Avec égards, la majorité confond le concept de « renseignements personnels » avec celui de l’« attente raisonnable en

question in *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, contained only “mundane” entries, that did not eliminate the complainant’s privacy interest.

[445] In my view, a proper application of the *ejusdem generis* principle leads to the conclusion that communications between the complainant and the accused would not be included in the definition of “record”. All the enumerated records fall into one of two distinct categories: (1) records created in a professional context for which there is an expectation of some degree of confidentiality (i.e. medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption, and social services records); or (2) records that are intended for the complainant’s exclusive personal use and review (i.e. personal journals and diaries). The phrase “reasonable expectation of privacy” must be interpreted in this context.

[446] The common thread weaving through the enumerated records, therefore, is the complainant’s reasonable expectation that such records will not be publicly disclosed. In short, the defining feature of the enumerated records is not the “highly personal nature” of the information; rather it is the complainant’s reasonable expectation that the information will remain private. Accordingly, unenumerated records will be documents containing personal information (broadly defined) that the complainant expects not to be disclosed. These could be either (1) records created in a professional context for which there is an expectation of some degree of confidentiality, even if the relationship is not strictly confidential, or (2) records that are intended for the complainant’s exclusive personal use and review.

[447] This interpretation of “record” is consistent with *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, in which this Court held that the Court of Appeal

matière de protection de la vie privée ». Comme le fait remarquer avec justesse le juge Brown au par. 233 de ses motifs, bien que le journal intime en question dans l’affaire *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, contenait seulement des inscriptions « banales », cela n’a pas écarté le droit de la plaignante à la vie privée.

[445] À mon avis, une application juste du principe *ejusdem generis* porte à conclure que les communications entre la personne plaignante et l’accusé ne seraient pas visées par la définition de « dossier ». Tous les dossiers énumérés entrent dans l’une de deux catégories distinctes : (1) les dossiers créés dans un contexte professionnel impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité (c.-à-d. 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); ou (2) les dossiers destinés à l’usage personnel et à la révision exclusifs de la personne plaignante (c.-à-d. le journal intime). L’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » doit être interprétée dans ce contexte.

[446] Le dénominateur commun aux dossiers énumérés est donc l’attente raisonnable de la personne plaignante à ce que ces dossiers ne soient pas divulgués publiquement. Bref, la caractéristique déterminante des dossiers énumérés n’est pas la « nature très personnelle » de l’information; c’est plutôt l’attente raisonnable de la personne plaignante que les renseignements demeurent privés. Par conséquent, les dossiers non énumérés sont des documents qui contiennent des renseignements personnels (définis largement) dont la personne plaignante s’attend à ce qu’ils ne soient pas divulgués. Il peut s’agir soit (1) de dossiers créés dans un contexte professionnel impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité, même si la relation n’est pas strictement confidentielle, soit (2) de dossiers destinés à l’usage personnel et à la révision exclusifs de la personne plaignante.

[447] Cette interprétation du mot « dossier » concorde avec l’arrêt *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, où notre Cour a statué que

had erred “in concluding that the complainant could not have a reasonable expectation of privacy because the information was disclosed outside the context of a ‘trust-like, confidential or therapeutic relationship’” (para. 38). Karakatsanis J., writing for the Court, emphasized the principle that a person may reveal information to an individual or an organization on the understanding that it will be used only for a specific purpose, commenting that “[w]hether a person is entitled to expect that their information will be kept private is a contextual inquiry” (para. 38).

[448] The relationship between the police and individuals reporting information to the police cannot be strictly classified as a “trust-like, confidential or therapeutic relationship”. Nevertheless, Karakatsanis J. rightly stressed that, given the context in which the information had been divulged in that case, there was in effect an expectation of some degree of confidentiality. She stated the following:

People provide information to police in order to protect themselves and others. They are entitled to do so with confidence that the police will only disclose it for good reason. The fact that the information is in the hands of the police should not nullify their interest in keeping that information private from other individuals. [Emphasis added; para. 43.]

Ultimately, a strictly confidential relationship is not required; however, in *Quesnelle*, it was the relationship between the complainant and the police that grounded the expectation of some degree of confidentiality. That relationship formed the basis of a reasonable expectation that the police would only disclose the information for a good reason, and the complainant retained an interest in keeping the information private from others.

(2) Legislative Context

[449] In addition to being consistent with the text of s. 278.1, a narrower interpretation of “record” is more consistent with other contextual factors — such as the

la Cour d’appel avait eu tort « de conclure que la plaignante ne pouvait avoir d’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée parce que les renseignements n’ont pas été communiqués dans le contexte d’une [TRADUCTION] “relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance” » (par. 38). S’exprimant au nom de la Cour, la juge Karakatsanis a souligné le principe voulant qu’une personne puisse révéler des renseignements à un particulier ou à une organisation, étant entendu qu’ils ne serviront qu’à une fin précise, et elle a fait remarquer que : « L’analyse qui permet de déterminer si une personne est en droit de s’attendre à ce que des renseignements la concernant demeurent privés est de nature contextuelle » (par. 38).

[448] La relation entre la police et les personnes qui lui transmettent des renseignements ne saurait être considérée au sens strict comme une « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance ». La juge Karakatsanis a néanmoins insisté à juste titre sur le fait qu’étant donné le contexte dans lequel les renseignements avaient été divulgués dans cette affaire, il existait de fait une attente d’un certain niveau de confidentialité. Elle s’est exprimée ainsi :

Les gens fournissent des renseignements à la police dans le but d’assurer leur propre protection et celle d’autrui. Ils sont en droit de s’attendre à ce que la police ne les communique que pour un motif valable. La possession des renseignements par la police ne saurait écarter le droit à ce que leur confidentialité soit assurée. [Je souligne; par. 43.]

En définitive, l’existence d’une relation strictement confidentielle n’est pas nécessaire; or, dans *Quesnelle*, c’est la relation entre la plaignante et la police qui a fondé l’attente d’un certain niveau de confidentialité. Cette relation constituait l’assise d’une attente raisonnable que la police ne communique les renseignements que pour un motif valable, et la plaignante avait toujours intérêt à garder ces renseignements privés.

(2) Contexte législatif

[449] En plus d’être conforme au texte de l’art. 278.1, une interprétation plus étroite du mot « dossier » cadre également davantage avec d’autres

section’s legislative evolution and legislative history. Legislative evolution “consists of the successive enacted versions of [a] provision from its inception to the version in place when the relevant facts occur” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at § 23.18). Legislative history, on the other hand, can be more narrowly construed as “the range of extrinsic materials relating to the conception, preparation and passage of a provision, from the earliest proposals for legislative change to royal assent” (Sullivan, at § 23.19).

[450] With respect to the section’s legislative evolution, the definition of “record” remains largely unchanged from the original definition that applied to the regime for the production of records by third parties.² This weighs heavily in favour of an interpretation that would exclude communications — electronic or otherwise — between a complainant and an accused. Given the absence of an explicit modification, the record screening regime introduced by the *Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, S.C. 2018, c. 29 (“Bill C-51”), cannot have changed the meaning of “record” as defined in s. 278.1. Prior to the enactment of Bill C-51, communications between the accused and the complainant were not contemplated as falling within the meaning of “record” under the regime for third party records. Such communications were already in the possession of the accused. In my view, by importing a definition of “record” from the regime for the production of third party records, which did not contemplate or include communications between the accused and the complainant, Parliament signaled an intention that such communications do not constitute records for the purposes of the record screening regime.

² With the enactment of Bill C-51, there were some minor, non-substantive changes to the text of s. 278.1. The statutory definition of “record” was modified to the extent that the phrase “without limiting the generality of the foregoing” was removed. As was noted in *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670, at paras. 33-36 (CanLII), this was not a substantive change.

facteurs contextuels — comme l’évolution législative et l’historique législatif de cet article. L’évolution législative [TRADUCTION] « s’entend des versions adoptées successives d’une disposition, de sa création à la version en vigueur lorsque surviennent les faits pertinents » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), § 23.18). L’historique législatif, pour sa part, peut être interprété plus étroitement comme [TRADUCTION] « la gamme de documents extrinsèques relatifs à la conception, à la préparation et à l’adoption d’une disposition, des premières propositions de changement législatif à la sanction royale » (Sullivan, § 23.19).

[450] Pour ce qui est de l’évolution législative de l’article, la définition de « dossier » reste essentiellement inchangée par rapport à la définition initiale qui s’appliquait au régime de production des dossiers en la possession de tiers³. Cela milite fortement en faveur d’une interprétation qui exclurait les communications — électroniques ou autres — entre la personne plaignante et l’accusé. En l’absence d’une modification explicite, le régime d’examen des dossiers instauré par la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2018, c. 29 (« projet de loi C-51 »), ne saurait avoir modifié le sens du mot « dossier » tel que défini à l’art. 278.1. Avant l’édiction du projet de loi C-51, les communications entre l’accusé et la personne plaignante n’étaient pas considérées comme entrant dans la définition de « dossier » sous le régime de production des dossiers en la possession de tiers. Ces communications étaient déjà en la possession de l’accusé. À mon avis, en important du régime de production des dossiers en la possession de tiers une définition de « dossier » qui ne visait ni ne comprenait les communications entre l’accusé et la personne plaignante, le Parlement a manifesté l’intention que ces communications ne constituent pas des dossiers pour l’application du régime d’examen des dossiers.

³ L’adoption du projet de loi C-51 a apporté quelques changements mineurs de forme au texte de l’art. 278.1. La définition légale de « dossier » a été modifiée dans la mesure où les mots « *without limiting the generality of the foregoing* » ont été supprimés de la version anglaise. Comme l’indique la décision *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670, par. 33-36 (CanLII), il ne s’agissait pas d’un changement de fond.

[451] With respect to legislative history, it is important to consider the mischief Bill C-51 was intended to remedy. The majority mentions that Bill C-51 was “Parliament’s response” to a 2012 report of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs (para. 9). The report acknowledged the existence of a legislative gap apparent after this Court’s decision in *Shearing*. The report included the following recommendation: “That the Government of Canada consider amending the *Criminal Code* to set out a procedure governing the admissibility and use during trial of a complainant’s private records, as defined in section 278.1 of the *Criminal Code*, which are not wrongfully in the hands of the accused” (*Statutory Review on the Provisions and Operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings): Final Report*, at p. 20 (emphasis added)).

[452] Ultimately, Bill C-51 was enacted to address a gap in the law that arose where an accused legally came into possession of a record such as a diary or a counselling record. This was the mischief Parliament sought to address. The mischief to be remedied was *not* the admission at trial of voluntary communications — such as text messages or emails — between the complainant and the accused. This again weighs heavily in favour of an interpretation of “record” that excludes electronic communications between an accused and a complainant.

[453] I acknowledge that there is other evidence regarding the legislative history, from the legislative proceedings, for example, that “suggest[s] that Parliament did indeed intend to capture digital conversations between the accused and [the] complainant” (Brown J.’s reasons, at para. 237). This includes references in the Parliamentary debate to the trial in *R. v. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17, and a proposal from defence lawyers to *explicitly* exclude electronic communications between the complainant and the accused from the record screening regime.

[454] Although this other evidence of Parliament’s intent is relevant, I would not give much weight to

[451] Quant à l’historique législatif, il importe d’examiner le mal auquel le projet de loi C-51 visait à remédier. La majorité mentionne que ce projet de loi était la « réponse du Parlement » à un rapport de 2012 du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (par. 9). Le rapport reconnaissait l’existence d’une lacune législative évidente après l’arrêt *Shearing* de notre Cour. Ce rapport contenait la recommandation suivante : « Que le gouvernement du Canada envisage de modifier le *Code criminel* afin d’établir une procédure régissant l’admissibilité et l’utilisation à un procès des dossiers privés de plaignants, selon l’article 278.1 du *Code criminel*, que l’accusé ne détient pas illégalement » (*Examen législatif des dispositions et de l’application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d’infraction d’ordre sexuel) : Rapport final*, p. 21 (je souligne)).

[452] En définitive, le projet de loi C-51 a été édicté pour combler une lacune dans le droit qui apparaissait lorsque l’accusé entraînait légalement en possession d’un dossier — comme un journal intime ou un dossier de consultation. Voilà le mal auquel le Parlement voulait s’attaquer. Le mal auquel il fallait remédier n’était *pas* l’admission au procès des communications échangées volontairement — tels des messages textes ou des courriels — entre la personne plaignante et l’accusé. Là encore, cela milite fortement en faveur d’une interprétation du mot « dossier » qui exclut les communications électroniques entre l’accusé et la personne plaignante.

[453] Je reconnais qu’il existe d’autres preuves concernant l’historique législatif, comme les débats législatifs, qui « donnent à penser que le Parlement avait effectivement l’intention d’inclure les conversations numériques entre l’accusé et la plaignante » (motifs du juge Brown, par. 237). Il s’agit notamment des renvois, dans les débats parlementaires, au procès tenu dans l’affaire *R. c. Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 C.R. (7th) 17, et d’une proposition d’avocats de la défense d’exclure *explicitement* du régime d’examen des dossiers les communications électroniques entre la personne plaignante et l’accusé.

[454] Bien que cette autre preuve de l’intention du Parlement soit pertinente, je ne lui attache pas

it. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35, this Court stated: “Although the frailties of Hansard evidence are many, this Court has recognized that it can play a limited role in the interpretation of legislation.” In my view, the frailties of this evidence of Parliament’s intent are apparent in the case at bar. Notwithstanding the stray and marginal remarks about the *Ghomeshi* trial and submissions made to Parliament by defence lawyers on the *potential* implications of language in a draft bill and how it *could* be improved, I am unconvinced that Parliament intended the record screening regime to apply to communications — electronic or otherwise — between the complainant and the accused. The countervailing evidence of Parliament’s intent that I have discussed — such as the section’s legislative evolution and the 2012 Senate Report — is quite simply more conclusive.

(3) Jurisprudence on the Phrase “Reasonable Expectation of Privacy”

[455] The definition of “record” must also be interpreted in light of this Court’s jurisprudence on the meaning of “reasonable expectation of privacy”, a phrase that has been of particular significance in the jurisprudence relating to s. 8 of the *Charter*. In *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, the Court concluded that the s. 8 jurisprudence may be instructive when it comes to interpreting privacy interests in non-*Charter* contexts (paras. 58-59). In my view, the interpretations of “record” by both the majority and Brown J. are less consistent with this Court’s jurisprudence and with the common law meaning of the phrase “reasonable expectation of privacy”. The balance of this Court’s jurisprudence favours a narrow interpretation.

[456] To be clear, I do not dispute that “[e]xpectations of privacy are contextual and must be assessed in light of the ‘totality of the circumstances’” (majority reasons, at para. 57, citing *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26, and *R. v. Edwards*,

beaucoup d’importance. Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 35, notre Cour a dit : « Malgré les nombreuses lacunes de la preuve des débats parlementaires, notre Cour a reconnu qu’elle peut jouer un rôle limité en matière d’interprétation législative. » À mon avis, les faiblesses de cette preuve de l’intention du Parlement sont évidentes dans l’affaire qui nous occupe. Malgré les remarques isolées et marginales concernant l’affaire *Ghomeshi* et les observations faites au Parlement par les avocats de la défense sur les répercussions *potentielles* du texte d’un avant-projet de loi et sur la manière dont on *pourrait* l’améliorer, je ne suis pas convaincue que le Parlement souhaitait que le régime d’examen des dossiers s’applique aux communications — électroniques ou autres — entre la personne plaignante et l’accusé. La preuve contraire de l’intention du Parlement dont j’ai traité — comme l’évolution législative de l’article et le rapport sénatorial de 2012 — est tout simplement plus concluante.

(3) Jurisprudence sur l’« attente raisonnable en matière de protection de la vie privée »

[455] La définition du mot « dossier » doit aussi être interprétée à la lumière de la jurisprudence de notre Cour sur le sens d’« attente raisonnable en matière de protection de la vie privée », une expression qui a revêtu une importance particulière dans la jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, la Cour a conclu que la jurisprudence relative à l’art. 8 peut se révéler instructive lorsqu’il s’agit d’interpréter les droits à la vie privée dans des contextes où la *Charte* n’entre pas en jeu (par. 58-59). D’après moi, les interprétations que donnent à la fois la majorité et le juge Brown au mot « dossier » sont moins compatibles avec la jurisprudence de notre Cour et le sens que donne la common law à l’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ». La plus grande partie de la jurisprudence de notre Cour appuie une interprétation étroite.

[456] En clair, je ne conteste pas que « [l]es attentes en matière de protection de la vie privée dépendent du contexte, et [qu’elles] doivent être évaluées en fonction de l’“ensemble des circonstances” » (motifs de la majorité, par. 57, citant *R. c. Patrick*, 2009 CSC

[1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45). However, the key contextual factor is this: An individual does not have an objectively reasonable expectation of privacy in communications *vis-à-vis* the recipient of the message. In the context of a trial in which the accused's liberty is at stake, a complainant therefore does not have an objectively reasonable expectation of privacy in their communications with the accused. As a result, communications between the accused and the complainant — including communications relating to the subject matter of the charge — do not constitute records for the purposes of the record screening regime. The only exception to this category-based approach relates to messages exchanged in the context of a professional relationship in which there is an expectation of some degree of confidentiality.

(a) *Meaning of “Reasonable Expectation of Privacy”*

[457] In *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, a majority of this Court held that individuals can retain a reasonable expectation of privacy over the contents of their electronic communications. However, McLachlin C.J. distinguished the risk of dissemination to a private citizen from the risk of dissemination to the state (paras. 40-41). As she mentioned, “[t]he issue is not who owns the device through which the electronic conversation is accessed, but rather whether the claimant exercised control over the *information* reflected therein” (para. 43 (emphasis in original)). McLachlin C.J. acknowledged that by sharing information, Mr. Marakah had accepted the risk that the information might then be shared with third parties, but she concluded that, “by accepting this risk, Mr. Marakah did not give up control over the information or his right to protection under s. 8” (para. 41).

[458] In my view, this Court's decision in *Marakah* must be read in light of s. 8 of the *Charter*. As McLachlin C.J. explicitly stated: “The risk that the recipient could have disclosed it, if he chose to, does

17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26, et *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45). Le facteur contextuel décisif est toutefois le suivant : une personne ne possède pas une attente objectivement raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard des communications *vis-à-vis* le destinataire du message. Dans un procès où la liberté de l'accusé est en jeu, la personne plaignante n'a donc pas d'attente objectivement raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard de ses communications avec l'accusé. Ainsi, les communications entre l'accusé et la personne plaignante — notamment celles à propos de l'activité à l'origine de l'accusation — ne constituent pas des dossiers pour l'application du régime d'examen des dossiers. La seule exception à cette approche catégorielle concerne les messages échangés dans le contexte d'une relation professionnelle impliquant l'attente d'un certain niveau de confidentialité.

a) *Le sens d'une « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée »*

[457] Dans l'arrêt *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, les juges majoritaires de notre Cour ont statué que des personnes peuvent conserver une attente raisonnable au respect de leur vie privée à l'égard du contenu de leurs communications électroniques. La juge en chef McLachlin a toutefois distingué le risque que le message soit communiqué à un simple citoyen du risque que le message soit communiqué à l'État (par. 40-41). Comme elle l'a mentionné, « [i]l s'agit non pas de savoir qui est le propriétaire de l'appareil par lequel on accède à la conversation électronique, mais plutôt de savoir si le demandeur exerçait un contrôle sur l'*information* qui s'y trouvait » (par. 43 (en italique dans l'original)). La juge en chef McLachlin a reconnu qu'en communiquant des renseignements, M. Marakah avait accepté le risque que ceux-ci soient communiqués à des tiers, mais elle a conclu qu'« en acceptant de courir ce risque, M. Marakah n'a pas renoncé au contrôle sur les renseignements ni à son droit à la protection de l'art. 8 » (par. 41).

[458] J'estime qu'il faut interpréter l'arrêt *Marakah* de notre Cour à la lumière de l'art. 8 de la *Charte*. Comme l'a affirmé explicitement la juge en chef McLachlin : « Le risque que le destinataire l'ait

not negate the reasonableness of Mr. Marakah’s expectation of privacy against state intrusion” (para. 45 (emphasis added)). Moreover, by acknowledging that the recipient *could* have disclosed the information, McLachlin C.J. implicitly recognized that *some* control over the information had effectively been ceded to the recipient. This is a natural consequence of sharing information with others.

[459] This Court’s decision in *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320, likewise supports my narrower interpretation of “record”. The issue in *Mills* was whether the police had breached the accused’s right under s. 8 of the *Charter* by posing online as a 14-year-old girl and capturing the accused’s messages to the fictional child. Brown J. concluded that the accused’s expectation of privacy was objectively unreasonable, noting that the police were “simply responding to messages sent directly to them” (para. 29). In concurring reasons, Karakatsanis J. wrote: “. . . an individual cannot reasonably expect their words to be kept private from the person with whom they are communicating” (para. 42; see also para. 51). Moldaver J. concurred with the reasons of both Brown J. and Karakatsanis J., stating that they were both “sound in law” (para. 66). Martin J., in separate concurring reasons, did not dispute the general proposition that an individual cannot reasonably expect their words to be kept private from the person with whom they are communicating, but she instead held: “That general proposition does not and cannot apply when the state has secretly set itself up as the intended recipient” (para. 101).

[460] Both *Marakah* and *Mills* support my narrower interpretation of “record”. Although my interpretation is more category-based, it nonetheless remains consistent with the fundamental premise in the jurisprudence that expectations of privacy are contextual. To reiterate, the key contextual factor is that an individual does not have an objectively reasonable expectation

divulguée, s’il avait décidé de le faire, ne rend pas déraisonnable l’attente de M. Marakah à la protection contre l’intrusion de l’État dans sa vie privée » (par. 45 (je souligne)). De plus, en reconnaissant que le destinataire aurait *pu* divulguer les renseignements, la juge en chef McLachlin a reconnu implicitement qu’on avait effectivement cédé au destinataire un *certain* contrôle sur les renseignements. Il s’agit là d’une conséquence naturelle de la communication de renseignements à autrui.

[459] L’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Mills*, 2019 CSC 22, [2019] 2 R.C.S. 320, étaye lui aussi mon interprétation plus étroite du mot « dossier ». Dans cette affaire, il fallait déterminer si un policier avait porté atteinte au droit garanti à l’accusé par l’art. 8 de la *Charte* en se faisant passer en ligne pour une fille de 14 ans et en interceptant les messages de l’accusé à l’enfant fictive. Le juge Brown a conclu que l’attente de l’accusé au respect de sa vie privée était objectivement déraisonnable, signalant que les policiers « répond[ai]ent simplement aux messages qui leur étaient directement envoyés » (par. 29). Dans des motifs concordants, la juge Karakatsanis a écrit : « . . . un individu ne peut raisonnablement s’attendre à ce que la personne avec laquelle il communique ne prenne pas connaissance de ses propos » (par. 42; voir aussi par. 51). Le juge Moldaver a souscrit tant aux motifs du juge Brown qu’à ceux de la juge Karakatsanis, affirmant qu’ils étaient tous deux « fondé[s] en droit » (par. 66). La juge Martin, dans des motifs concordants distincts, n’a pas non plus contesté la proposition générale selon laquelle un individu ne peut raisonnablement s’attendre à ce que la personne avec laquelle il communique ne prenne pas connaissance de ses propos. Elle a plutôt conclu que « [c]ette proposition générale ne s’applique pas, et ne peut s’appliquer, lorsque l’État a secrètement fait en sorte d’être le destinataire visé » (par. 101).

[460] Tant l’arrêt *Marakah* que l’arrêt *Mills* étaient mon interprétation plus étroite du mot « dossier ». Bien que mon interprétation du mot « dossier » soit plus catégorielle, elle reste néanmoins compatible avec la prémisse fondamentale de la jurisprudence selon laquelle les attentes en matière de protection de la vie privée sont contextuelles. Pour récapituler, le

of privacy in communications *vis-à-vis* the recipient of the message.

[461] The only exception to this category-based approach relates to messages exchanged in the context of a professional relationship in which there is an expectation of some degree of confidentiality. It is reasonable to conclude that a complainant has a reasonable expectation of privacy — *vis-à-vis* an accused psychologist or doctor, for example — in communications exchanged in the context of such a relationship. In such circumstances, the professional relationship and the corresponding expectation of some degree of confidentiality ground a reasonable expectation of privacy. This approach is therefore consistent with the principle that privacy interests include a “reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged” (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 108).

[462] In any event, I note that communications exchanged in the context of a professional relationship (e.g. emails with a psychologist) are clearly included in s. 278.1 as enumerated records. They would therefore automatically be subject to the record screening regime.

[463] I recognize that a distinction can be made between a complainant sharing private information with an accused and the accused disseminating that information in the context of a public trial. However, in the context of a trial for a sexual offence, it is difficult to see how — based on an objective assessment — a complainant can reasonably expect the accused not to rely on information the complainant had freely shared with the accused if the information is relevant to an issue at trial. Context matters. Where the accused’s liberty is at stake, a complainant’s expectation of privacy in communications with the accused is objectively unreasonable unless the information was disclosed in the context of a professional relationship

facteur contextuel décisif est le fait qu’un individu ne conserve pas une attente objectivement raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de communications *vis-à-vis* le destinataire du message.

[461] La seule exception à cette approche catégorielle concerne les messages échangés dans le contexte d’une relation professionnelle impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité. Il est raisonnable de conclure que la personne plaignante a une attente raisonnable au respect de sa vie privée — *vis-à-vis* un psychologue ou médecin accusé, par exemple — à l’égard des communications échangées dans le contexte de cette relation. Dans une telle situation, la relation professionnelle et l’attente correspondante à une certaine confidentialité fondent l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Cette approche s’accorde donc avec le principe suivant lequel 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 » (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 108).

[462] Quoi qu’il en soit, je constate que les communications échangées dans le contexte d’une relation professionnelle (p. ex. les courriels avec un psychologue) sont clairement visés par l’art. 278.1 en tant que dossiers énumérés. Ces dossiers seraient donc automatiquement assujettis au régime d’examen des dossiers.

[463] Je reconnais que l’on peut faire la distinction entre la personne plaignante qui divulgue à l’accusé des renseignements privés et l’accusé qui dévoile ces renseignements dans le contexte d’un procès public. Cependant, dans un procès concernant une infraction d’ordre sexuel, je vois mal comment — au terme d’un examen objectif — la personne plaignante peut raisonnablement s’attendre à ce que l’accusé ne se fie pas aux renseignements qu’elle lui a librement donnés, si les renseignements sont pertinents pour un enjeu au procès. Le contexte compte. Lorsque la liberté de l’accusé est en jeu, l’attente de la personne plaignante au respect de sa vie privée à l’égard des communications avec l’accusé est objectivement

in which there was an expectation of some degree of confidentiality.

[464] It is helpful, in my view, to highlight the implications of the majority’s approach to the complainant’s privacy interests, specifically as it relates to communications with the accused that pertain to the subject matter of the charge. According to the majority, a complainant “will often”, but not always, have a reasonable expectation of privacy in records of an explicit sexual nature, including communications with the accused relating to the subject matter of the charge (para. 65). The majority’s “content and context framework” (para. 67) is equivocal and indeterminate, as “evidence of an explicit sexual nature that relates to the subject matter of the charge may be caught by the record screening regime even if it is not s. 276 evidence” (para. 66 (emphasis added)).

[465] With respect, the majority’s approach fails fundamentally to assess whether the complainant’s expectation of privacy is *objectively* reasonable in the circumstances. It gives undue weight to the content of the communications, while simultaneously disregarding or minimizing other significant contextual factors, such as the fact that the accused is a party to the communications, the fact that the communications in question may relate to the subject matter of the charge and the fact that the accused’s liberty is at stake. In this way, the majority conflates the assessment of the complainant’s (possible) subjective expectation of privacy with the assessment of whether that expectation of privacy is objectively reasonable in the circumstances. The result of the majority’s confounding approach is twofold.

[466] First, no meaningful guidance is provided to counsel or to trial judges. Counsel for the accused must simply discern — with reference to the majority’s ill-defined “type of content” (para. 55) and other “non-exhaustive” contextual factors (para. 57) — whether a message relating to the subject matter of the charge may or may not be subject to the record screening regime. Contrary to the majority’s statement,

déraisonnable à moins que les renseignements n’aient été divulgués dans le contexte d’une relation professionnelle impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité.

[464] Il m’apparaît utile de souligner les répercussions de l’approche de la majorité sur les droits de la personne plaignante à la vie privée, plus particulièrement en ce qui a trait aux communications entre l’accusé au sujet des actes à l’origine de l’accusation. Selon la majorité, la personne plaignante « [aura] souvent » une attente raisonnable à l’égard des dossiers de nature sexuelle explicite, y compris des communications avec l’accusé qui se rapportent aux actes à l’origine de l’accusation (par. 65). Le « cadre d’analyse relatif au contenu et au contexte » de la majorité (par. 67) est équivoque et indéterminé, car « la preuve de nature sexuelle explicite qui se rapporte aux actes à l’origine de l’accusation peut être visée par le régime d’examen des dossiers, même si elle ne constitue pas une preuve relevant de l’art. 276 » (par. 66 (je souligne)).

[465] Avec égards, l’approche de la majorité ne permet pas, fondamentalement, de déterminer si l’attente de la personne plaignante au respect de sa vie privée est *objectivement* raisonnable dans les circonstances. Elle accorde un poids indu au contenu des communications, tout en négligeant ou en minimisant d’autres facteurs contextuels importants comme le fait que l’accusé est partie aux communications, le fait que les communications en question peuvent se rapporter aux actes à l’origine de l’accusation et le fait que la liberté de l’accusé est en jeu. Ainsi, la majorité confond l’évaluation de l’attente subjective que pourrait avoir la personne plaignante au respect de sa vie privée et l’évaluation du caractère raisonnable de l’attente dans les circonstances. Le résultat de cette approche confuse est double.

[466] En premier lieu, aucune indication valable n’est donnée aux avocats ou aux juges de première instance. L’avocat de l’accusé doit simplement établir — en se référant au « type de contenu » mal défini par la majorité (par. 55) ainsi qu’à d’autres facteurs contextuels « qui ne sont pas exhaustifs » (par. 57) — si un message lié aux actes à l’origine de l’accusation peut ou non être visé par le régime d’examen des dossiers.

the test they have articulated for interpreting s. 278.1 will not “reduc[e] the need for motions for directions” (para. 104).

[467] Second, the majority’s conception of and approach to privacy is inconsistent with the idea that a reasonable expectation of privacy standard is normative rather than simply descriptive (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 18; *Jarvis*, at para. 68). Subject to the single exception I have discussed above, I fail to see how a complainant can have an *objectively* reasonable expectation of privacy in *any* messages exchanged with the accused that include information — whether explicit or implicit — pertaining to the subject matter of the charge. The trial context is determinative: the complainant has stepped forward with an accusation against the accused; the accused is being prosecuted in open court; the accused faces a loss of liberty; the accused has the right to make full answer and defence; the communications at issue were between the complainant and the accused; and the communications at issue contain information that directly pertains to the criminal accusation (i.e. the subject matter of the charge) against the accused. In these circumstances, the complainant does not have an *objectively* reasonable expectation of privacy in the communications. The mere statement by the majority that its approach “take[s] into account the trial context” does not make it so (para. 62).

(b) *Content-Neutral Analysis*

[468] With respect, I am of the view that the majority is wrong to abandon the content-neutral approach from the s. 8 jurisprudence. I say this for five reasons.

[469] First, there is nothing in the text of s. 278.1 that suggests that doing so is necessary. There is quite simply no reason to depart from the common law meaning of the phrase “reasonable expectation

Contrairement à l’affirmation de la majorité, le test qu’elle a formulé pour interpréter l’art. 278.1 ne « rédui[ra pas le nombre de] requêtes visant à obtenir des directives » (par. 104).

[467] En deuxième lieu, la conception que la majorité se fait du droit à la vie privée et la façon dont elle l’aborde sont incompatibles avec l’idée que l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est de nature normative, plutôt que simplement descriptive (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 18; *Jarvis*, par. 68). Sous réserve de la seule exception que j’ai déjà expliquée, je ne vois pas en quoi la personne plaignante peut avoir une attente *objectivement* raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de *tout* message échangé avec l’accusé qui contient des renseignements — explicites ou non — au sujet des actes à l’origine de l’accusation. Le contexte du procès est déterminant : la personne plaignante a porté une accusation contre l’accusé; l’accusé est jugé lors d’une audience publique; l’accusé risque de perdre sa liberté; l’accusé a droit à une défense pleine et entière; les communications en litige se sont faites entre la personne plaignante et l’accusé; les communications en litige contiennent des détails qui se rapportent directement à l’accusation criminelle (c.-à-d. l’activité à l’origine de l’accusation) portée contre l’accusé. Dans ces circonstances, la personne plaignante n’a pas d’attente *objectivement* raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des communications. La seule affirmation de la majorité voulant que son approche « t[ienne] compte du contexte du procès » ne signifie pas qu’elle le fait réellement (par. 62).

b) *L’analyse neutre sur le plan du contenu*

[468] Avec égards, j’estime que la majorité a tort d’abandonner l’approche neutre sur le plan du contenu qui se dégage de la jurisprudence relative à l’art. 8, et ce, pour cinq raisons.

[469] Premièrement, le texte de l’art. 278.1 ne porte aucunement à croire que cela est nécessaire. Il n’y a tout simplement aucune raison de s’écarter du sens donné par la common law à l’expression « attente

of privacy” and the content-neutral approach that has been developed in relation to it.

[470] Second, a content-neutral approach facilitates the operation of the record screening regime: it allows lawyers and judges to more easily assess whether a document is a “record” on its face. This would render the majority’s convoluted approach to records unnecessary and would have the significant benefit of largely averting the need for motions for directions.

[471] Third, the majority’s justification for jettisoning the content-neutral approach is unpersuasive. The majority states that “it would be difficult to meaningfully assess or protect” (para. 49) a complainant’s privacy interests using a content-neutral approach. However, as I explained above, the common thread weaving through the records enumerated in s. 278.1 is not the sensitivity of their content, but the expectation that they will not be publicly disclosed. All of the enumerated records are either (1) records created in a professional context for which there is an expectation of some degree of confidentiality or (2) records that are intended for the complainant’s exclusive personal use and review. The content of such records can vary dramatically — from information that is mundane to information that is deeply personal. Yet all of them are included in the record screening regime because the complainant’s expectation that they will not be disclosed is reasonable. The focus should therefore be on the expectation of privacy rather than on the content of the information.

[472] Fourth, the majority’s justification for jettisoning the content-neutral approach is internally inconsistent with their own reasons as well as being inconsistent with *Shearing*. The majority states: “Records do not attract a reasonable expectation of privacy simply because of the medium used to convey them” (para. 49). The majority also notes, however, that “mundane information such as general emotional states, everyday occurrences or general biographical information would typically not give

raisonnable en matière de protection de la vie privée » ainsi que de l’approche neutre sur le plan du contenu s’y rapportant.

[470] Deuxièmement, l’approche neutre sur le plan du contenu facilite le fonctionnement du régime d’examen des dossiers; elle permettrait aux avocats et aux juges de déterminer plus facilement si un document est ou non un « dossier » à première vue. Cela rendrait inutile la manière alambiquée dont la majorité aborde les dossiers, et aurait l’avantage significatif d’éviter, dans une large mesure, le besoin de demander des directives par voie de requête.

[471] Troisièmement, la raison pour laquelle la majorité court-circuite l’approche neutre sur le plan du contenu n’est pas convaincante. La majorité affirme qu’« il serait difficile de bien évaluer ou protéger » (par. 49) le droit de la personne plaignante à la vie privée au moyen d’une telle démarche. Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, le dénominateur commun aux dossiers énumérés à l’art. 278.1 est non pas le caractère sensible de leur contenu, mais l’attente qu’ils ne soient pas rendus publics. Tous les dossiers énumérés sont soit (1) des dossiers créés dans un contexte professionnel impliquant l’attente d’un certain niveau de confidentialité, soit (2) des dossiers destinés à l’usage personnel et à la révision exclusifs de la personne plaignante. Le contenu de ces dossiers peut varier considérablement — allant de renseignements banals à des renseignements très personnels. Pourtant, ils sont tous visés par le régime d’examen des dossiers parce que l’attente de la personne plaignante qu’ils ne soient pas divulgués est raisonnable. L’analyse devrait donc toujours porter sur l’attente en matière de protection de la vie privée plutôt que sur le contenu des renseignements.

[472] Quatrièmement, la raison pour laquelle la majorité court-circuite l’approche neutre sur le plan du contenu est intrinsèquement incompatible avec ses propres motifs en plus de ne pas s’accorder avec l’arrêt *Shearing*. La majorité affirme : « Les dossiers ne suscitent pas une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée simplement en raison du moyen utilisé pour les transmettre » (par. 49). Cependant, la majorité ajoute plus loin que « les renseignements banals comme l’état émotionnel

rise to a reasonable expectation of privacy” (para. 56). This is clearly inconsistent with *Shearing*. The diary in *Shearing* contained only “very mundane” entries, yet this did not extinguish the complainant’s privacy interest (*Shearing*, at paras. 87 and 112). As well, the majority in the case at bar later emphasizes that “courts may consider where the record was shared and how it was created or obtained”, juxtaposing mediums like text messages that “may attract an enhanced reasonable expectation of privacy” with other mediums like social media that would attract a lower expectation of privacy (para. 60 (emphasis added)). Clearly, records *can* attract a reasonable expectation of privacy — regardless of their content — based on the medium used to convey the information.

[473] Fifth, the majority’s justification for abandoning the content-neutral approach is inconsistent with the fundamental premise of the record screening regime. This regime specifically concerns records. It does not, contrary to the majority’s conclusion, concern “information of an intimate and highly personal nature that is integral to the complainant’s overall physical, psychological or emotional well-being” (para. 54). If, for example, the accused learns that the complainant is dealing with “suicidal ideation” or “substance abuse” (para. 55) in the course of an oral conversation in which no record was created, the record screening regime would not apply. This entirely undermines the majority’s rationale for abandoning the content-neutral approach to assessing whether there is a reasonable expectation of privacy. In the record screening regime, the medium — and the expectation of privacy that exists in the context of that medium — is determinative.

général, les faits quotidiens ou les renseignements biographiques généraux ne susciteraient normalement pas d’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (par. 56). Cette affirmation est clairement incompatible avec l’arrêt *Shearing*. Le journal intime dans l’arrêt *Shearing* ne contenait que des inscriptions « très banales », mais cela n’a pas éteint le droit de la plaignante à la vie privée (*Shearing*, par. 87 et 112). En outre, la majorité dans la présente affaire a souligné plus loin que « le tribunal peut prendre en considération l’endroit où le dossier a été communiqué et la façon dont il a été créé ou obtenu », juxtaposant des moyens de communication comme le message texte qui « peuvent faire l’objet d’une attente raisonnable accrue en matière de protection de la vie privée » et d’autres moyens de communication comme les médias sociaux qui susciteraient une attente plus faible en la matière (par. 60 (je souligne)). De toute évidence, les dossiers *peuvent* donner lieu à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée — peu importe leur contenu — reposant sur le moyen utilisé pour transmettre l’information.

[473] Cinquièmement, la raison pour laquelle la majorité délaisse l’approche neutre sur le plan du contenu n’est pas conforme à la prémisses fondamentale sur laquelle se fonde le régime d’examen des dossiers. Ce régime vise expressément les dossiers. Contrairement à la conclusion de la majorité, il ne concerne pas « des renseignements de nature intime et très personnelle, qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel » (par. 54). Si, par exemple, l’accusé apprend que la personne plaignante a eu des « idées suicidaires » ou des « problèmes de toxicomanie » (par. 55) durant une conversation au cours de laquelle aucun dossier n’a été créé, le régime d’examen des dossiers ne s’appliquerait pas. Cela sape entièrement la raison pour laquelle la majorité délaisse l’approche neutre sur le plan du contenu afin de déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Dans le régime d’examen des dossiers, le moyen de communication — et l’attente en matière de protection de la vie privée qui existe eu égard à ce moyen de communication — est déterminant.

(4) Absurd Results

[474] As this Court observed in *Rizzo & Rizzo Shoes*, “[i]t is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences” (para. 27). There are three absurd results that would be averted by adopting a narrow category-based approach to the interpretation of “record”.

[475] First, a category-based approach would have significant practical benefits in terms of trial efficiency. If electronic communications between an accused and a complainant fall within the ambit of the record screening regime, an accused seeking to adduce hundreds of electronic communications into evidence will be required to contextually assess each message in order to determine whether it constitutes a “record”. Some of these messages may meet the majority’s threshold for “record” and some may not. The status of many messages, however, will remain ambiguous. Continual recourse to motions for directions — not contemplated in the regime — will be necessary. This added procedure will inevitably have an adverse impact on trial efficiency, thereby making trials for sexual offences even more unwieldy and complicated.

[476] Second, the majority’s interpretation of “record” will result in an absurd two-tiered system of admissibility that favours the Crown: the Crown can adduce any communications provided to it by the complainant, while the accused cannot adduce communications in its possession that were freely exchanged with the complainant. The majority purports to draw on the common law meaning of the phrase “reasonable expectation of privacy”. However, the majority interprets the phrase in a manner that affords the complainant greater protection than the accused in their electronic communications with each other, despite the fact that the accused’s communications will have been disclosed to the state. This is an absurd, and needless, consequence of the majority’s interpretation.

(4) Résultats absurdes

[474] Comme l’a fait observer notre Cour dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes*, « [s]elon un principe bien établi en matière d’interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes » (par. 27). On éviterait trois résultats absurdes en interprétant le mot « dossier » de manière étroite et catégorielle.

[475] En premier lieu, une approche catégorielle procurerait des avantages pratiques significatifs au chapitre de l’efficacité du procès. Si les communications électroniques entre l’accusé et la personne plaignante sont visées par le régime d’examen des dossiers, l’accusé qui cherche à présenter en preuve des centaines de communications électroniques sera obligé d’évaluer contextuellement chaque message pour établir s’il constitue un « dossier ». Certains de ces messages peuvent répondre au critère établi par la majorité pour le mot « dossier », d’autres pas. Le statut de bon nombre d’entre eux restera toutefois ambigu. Le recours continu à des requêtes pour obtenir des directives — non envisagé par le régime — demeurera nécessaire. Cette procédure additionnelle nuira inévitablement à l’efficacité du procès, ce qui rendra les procès pour infractions d’ordre sexuel encore plus lourds et complexes.

[476] En deuxième lieu, l’interprétation donnée par la majorité au mot « dossier » entraînera la création d’un régime d’admissibilité à deux vitesses favorable à la Couronne, ce qui est absurde : la Couronne peut présenter en preuve toute communication que lui transmet la personne plaignante, tandis que l’accusé ne peut présenter en preuve les communications en sa possession qui ont été librement échangées avec la personne plaignante. La majorité dit s’inspirer du sens donné par la common law à l’expression « attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ». Elle interprète toutefois l’expression d’une façon qui accorde à la personne plaignante une plus grande protection qu’à l’accusé dans leurs communications électroniques entre eux, et ce, même si les renseignements de l’accusé auront été divulgués à l’État. Il s’agit là d’une conséquence absurde et inutile de l’interprétation de la majorité.

[477] Third, a broad interpretation of “record” will lead to the absurd consequence of having the record screening regime — needlessly and without a principled justification — create a distinction between information exchanged orally and information exchanged through electronic means. In *Marakah*, McLachlin C.J. characterized text messages as “part of an electronic conversation”, which, she observed, “reflects the technological reality of text messaging” (para. 17). The majority’s broad interpretation of “record” will now result in the record screening regime treating electronic communications differently than oral conversations merely because the electronic conversations were recorded. This is absurd. It is unclear how an individual retains *more* control (or why they should do so) over information shared *with an accused individual* via electronic means than they would over information shared orally.

(5) Conclusion on the Interpretation of “Record”

[478] For the foregoing reasons, a narrow interpretation of “record” should be adopted. With respect, the majority’s approach to the interpretation of “record” is needlessly ambiguous, complicated and confusing. It is neither principled nor pragmatic.

B. *Plain Meaning of “Adduce” Should Be Adopted*

[479] Sections 278.92 and 278.93 of the *Criminal Code* together are clear: they require an application only where an accused intends to introduce a copy of the actual record into evidence — “adduce” simply means adduce. An application is not required where an accused intends only to ask questions about the information contained in the record, and not to adduce the record in evidence. There are three reasons to prefer a narrow interpretation of “adduce”.

[477] En troisième lieu, une interprétation large du mot « dossier » aura pour conséquence absurde que le régime d’examen des dossiers établi — inutilement et sans justification de principe — une distinction entre les renseignements communiqués de vive voix et ceux communiqués électroniquement. Dans l’arrêt *Marakah*, la juge en chef McLachlin a qualifié les messages textes d’« éléments d’une conversation électronique », ce qui, fait-elle remarquer, « tient [. . .] compte de la réalité technologique de la messagerie texte » (par. 17). L’interprétation large par la majorité du mot « dossier » fait maintenant en sorte que le régime d’examen des dossiers traite les communications électroniques différemment des conversations orales simplement parce que les conversations électroniques ont été enregistrées. Cela est absurde. Il n’apparaît pas clairement en quoi un individu conserve un *plus grand* contrôle (ni pourquoi il devrait conserver un *plus grand* contrôle) sur l’information communiquée électroniquement à *un accusé* que sur l’information communiquée de vive voix.

(5) Conclusion sur l’interprétation du mot « dossier »

[478] Pour les motifs qui précèdent, il convient de retenir une interprétation étroite du mot « dossier ». Avec égards, l’interprétation donnée par la majorité à ce mot est inutilement ambiguë, complexe et confuse. Elle n’est ni rationnelle ni pragmatique.

B. *Il convient de retenir le sens clair de « présenter en preuve »*

[479] Les articles 278.92 et 278.93 du *Code criminel* pris ensemble sont clairs : ils n’exigent une demande que si l’accusé entend déposer en preuve un exemplaire du dossier en question — « présenter en preuve » (« *adduce* » dans la version anglaise) signifie simplement « présenter en preuve » au sens courant du terme en droit de la preuve. Une demande n’est pas nécessaire lorsque l’accusé compte uniquement poser des questions au sujet des renseignements contenus dans le dossier, sans toutefois présenter le dossier en preuve. Trois raisons justifient de privilégier une interprétation étroite du terme « présenter en preuve ».

[480] First, the record screening regime is ultimately about the admissibility of “records”, in contrast to other statutory or common law schemes that govern the admissibility of a category of evidence (such as evidence under s. 276 of the *Criminal Code* or *Scopelliti* character evidence). Given that the record screening regime is focused on physical records rather than on a category of evidence, the plain meaning of “adduce” should be adopted, as it relates directly to the physical record. It is incongruous for the record screening regime to make all personal information presumptively inadmissible merely because the information happens to be documented in a record, and regardless of whether there was ever an intention to introduce — that is, adduce — that record in evidence.

[481] Second, interpreting “adduce” more broadly to include using the information contained in the record means that an accused who kept a record will be subject to the regime, whereas an accused who forgot about the existence of a record, lost the record, destroyed the record or learned about the information contained in it through an oral conversation will not be subject to the regime. There is an inherent incongruity in an interpretation of “adduce” that prevents one accused from using relevant information contained in a record merely because this accused possesses the best evidence of the information in question, whereas another accused will be permitted to use the same information (e.g. by asking questions during cross-examination of the complainant) because the second accused does not possess a record containing the information.

[482] Third, the majority’s interpretation of “adduce” is, in my respectful view, highly problematic given their broad interpretation of “record”. Witnesses are generally permitted to give evidence about things said to them in conversations, provided the evidence is relevant and otherwise admissible. Given McLachlin C.J.’s description of text messaging as an “electronic conversation” (*Marakah*, at para. 17), it follows that an accused should be permitted to

[480] Premièrement, le régime d’examen des dossiers porte en fin de compte sur l’admissibilité des « dossiers », à la différence des autres régimes d’origine législative ou jurisprudentielle qui régissent l’admissibilité d’une catégorie d’éléments de preuve (comme la preuve visée à l’art. 276 du *Code criminel* ou la preuve de moralité dont il était question dans l’arrêt *Scopelliti*). Puisque le régime d’examen des dossiers est axé sur les dossiers physiques plutôt que sur une catégorie d’éléments de preuve, il y a lieu de retenir le sens clair de « présenter en preuve » en droit de la preuve, car le régime se rapporte directement au dossier physique. Il est illogique que le régime d’examen des dossiers crée une présomption d’inadmissibilité de tous les renseignements personnels, du seul fait que l’information se trouve à être consignée dans un dossier, et sans égard au fait que ce dossier ait été destiné ou non à être déposé — c’est-à-dire présenté — en preuve.

[481] Deuxièmement, l’interprétation plus large du terme « présenter en preuve », laquelle inclut l’utilisation des renseignements contenus dans le dossier, signifie que l’accusé qui a tenu un dossier sera assujéti au régime — contrairement à l’accusé qui a oublié, perdu ou détruit un tel dossier, ou à celui qui a entendu parler des renseignements contenus dans un dossier lors d’une conversation orale. Il est intrinsèquement illogique de donner au terme « présenter en preuve » une interprétation qui empêche un accusé d’utiliser des renseignements pertinents contenus dans un dossier seulement parce qu’il a en sa possession la meilleure preuve de cette information, tandis qu’un autre accusé serait autorisé à utiliser ces renseignements (p. ex. en posant des questions lors du contre-interrogatoire de la personne plaignante) pourvu que l’accusé n’ait pas en sa possession un dossier contenant les renseignements.

[482] Troisièmement, je suis d’avis que l’interprétation donnée par la majorité au terme « présenter en preuve » pose de sérieux problèmes compte tenu de son interprétation du mot « dossier ». Les témoins sont généralement autorisés à parler de choses qu’on leur a dites lors de conversations, pour autant que la preuve soit pertinente et par ailleurs admissible. Puisque la juge en chef McLachlin a qualifié la messagerie texte de « conversation électronique » (*Marakah*, par. 17),

ask the complainant questions about any electronic conversations between them that are relevant to an issue at trial. Barring an evidentiary rule (like the one in s. 276) that prohibits the accused from producing certain types of evidence, an accused should also be permitted to testify about electronic conversations with the complainant. In *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535, this Court held that the jury was entitled to hear from a police officer about a conversation with the accused, and that the officer was entitled to refresh his memory by any means, including a stimulus that would constitute inadmissible evidence (para. 8, per Arbour J.; paras. 43-45, per Binnie J.). Similarly, in *Mills* (2019), Karakatsanis J. explained that, even if screenshots of messages between an accused and an undercover police officer could not be tendered as evidence, “the Crown could still call the officer to testify about what the accused said and the written record could be used to refresh the officer’s memory” (para. 54). In my view, the same approach must be taken with the record screening regime.

III. Record Screening Regime Remains Unconstitutional

[483] Brown J. concludes that the record screening regime limits the accused’s rights under ss. 11(c), 11(d) and 7 of the *Charter* in four ways: (1) it forces accused persons to reveal their defence before the Crown has made out a case to meet, contrary to the principle against self-incrimination, the right to silence, and the presumption of innocence; (2) it restricts the accused’s ability to cross-examine Crown witnesses by giving the complainant a role in pre-trial admissibility determinations; (3) it makes private records presumptively inadmissible when tendered *by the defence*, but presumptively admissible when tendered *by the Crown*; and (4) it sets a stricter test for admitting defence evidence than is warranted or constitutionally permissible (para. 203).

il s’ensuit qu’il faut permettre à l’accusé d’interroger la personne plaignante sur toute conversation électronique entre eux qui se rapporte à une question en litige. Faute d’une règle de preuve (comme celle prévue à l’art. 276) qui interdit à l’accusé de produire certains types de preuve, l’accusé devrait également être autorisé à témoigner à propos de conversations électroniques avec la personne plaignante. Dans l’arrêt *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535, notre Cour a conclu que le jury avait le droit d’entendre un policier parler d’une conversation avec l’accusé, et que le policier avait le droit de se rafraîchir la mémoire par quelque moyen que ce soit, notamment un stimulus qui constituerait une preuve inadmissible (par. 8, la juge Arbour; par. 43-45, le juge Binnie). De même, dans *Mills* (2019), la juge Karakatsanis a expliqué que, même si des captures d’écran de messages entre l’accusé et un agent d’infiltration ne pouvaient pas être produites en preuve, « la Couronne pourrait toujours faire témoigner l’agent au sujet de ce qu’a dit l’accusé et le relevé écrit pourrait servir à rafraîchir la mémoire de ce témoin » (par. 54). À mon avis, il faut adopter la même approche dans le cas du régime d’examen des dossiers.

III. Le régime d’examen des dossiers reste inconstitutionnel

[483] Le juge Brown conclut que le régime d’examen des dossiers limite de quatre manières les droits garantis à l’accusé par les al. 11c) et d) et l’art. 7 de la *Charte* : (1) il oblige l’accusé à dévoiler sa défense avant que la Couronne n’ait présenté une preuve complète contre lui, ce qui viole le principe interdisant l’auto-incrimination, le droit de garder le silence et la présomption d’innocence; (2) il restreint la capacité de l’accusé de contre-interroger les témoins à charge en confiant à la personne plaignante un rôle dans les décisions prises avant le procès en matière d’admissibilité; (3) il crée une présomption d’inadmissibilité à l’égard des dossiers privés produits *par la défense*, tout en présumant admissibles ces mêmes dossiers lorsqu’ils sont produits *par la Couronne*; et (4) il établit un critère d’admission des éléments de preuve de la défense plus strict que ce qui est justifié ou autorisé par la Constitution (par. 203).

[484] Even with my narrower interpretations, Brown J.'s constitutional analysis remains overwhelmingly applicable. The record screening regime is simply *more* constitutionally defective based on the broader interpretations adopted by the majority. I briefly explain why Brown J.'s analysis remains applicable.

[485] First, the record screening regime continues to force accused persons to reveal their defence before the Crown has made out a case to meet even if my narrow interpretations of “record” and “adduce” were adopted. Thus, the regime continues to require pre-trial disclosure — before the Crown has made out a case to meet — for various records and it continues to apply to “a broad swathe of evidence that is not inherently prejudicial or irrelevant” (Brown J.'s reasons, at para. 254).

[486] Second, it remains the case that the record screening regime restricts the accused's ability to cross-examine Crown witnesses by giving the complainant a role in pre-trial admissibility determinations. Once again, Brown J.'s analysis applies even if my narrower interpretations were adopted. The record screening regime operates to give advance notice to the complainant and the Crown, providing them with detailed particulars of the evidence the accused wishes to adduce. Accordingly, the record screening regime limits “the accused's ability to effectively cross-examine the complainant, contrary to the presumption of innocence, the right to make full answer and defence and the right to a fair trial” (Brown J.'s reasons, at para. 263).

[487] Third, the record screening regime still makes private records presumptively inadmissible when tendered *by the defence*, but presumptively admissible when tendered *by the Crown*. My narrower interpretations of “record” and “adduce” do not affect this glaring issue with the regime. The record screening regime therefore continues to limit “the accused's

[484] L'analyse constitutionnelle du juge Brown demeure essentiellement applicable, même si l'on retient mes interprétations plus étroites. Le régime d'examen des dossiers est tout simplement *plus* déficient sur le plan constitutionnel compte tenu des interprétations plus larges adoptées par la majorité. J'explique brièvement en quoi l'analyse du juge Brown demeure applicable.

[485] Premièrement, le régime d'examen des dossiers oblige toujours l'accusé à dévoiler sa défense avant que la Couronne n'ait présenté une preuve complète contre ce dernier, suivant mes interprétations étroites des termes « dossier » et « présenter en preuve ». Le régime continue donc d'exiger la communication préalable au procès de divers dossiers — avant que la Couronne n'ait présenté une preuve complète contre lui —, et il continue de s'appliquer à « un large éventail d'éléments de preuve qui ne sont pas préjudiciables en soi ou non pertinents » (motifs du juge Brown, par. 254).

[486] Deuxièmement, il demeure que le régime d'examen des dossiers restreint la capacité de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge en confiant à la personne plaignante un rôle dans les décisions prises avant le procès en matière d'admissibilité. Là encore, l'analyse du juge Brown s'applique même si mes interprétations plus étroites étaient retenues. Le régime d'examen des dossiers a pour effet de donner un préavis à la personne plaignante et à la Couronne en leur fournissant des précisions au sujet de la preuve que l'accusé souhaite présenter. En conséquence, le régime d'examen des dossiers limite « la capacité de l'accusé de contre-interroger efficacement la plaignante, ce qui va à l'encontre de la présomption d'innocence, du droit de présenter une défense pleine et entière et du droit à un procès équitable » (motifs du juge Brown, par. 263).

[487] Troisièmement, le régime d'examen des dossiers fait toujours en sorte que les dossiers privés sont présumés inadmissibles quand ils sont présentés en preuve *par la défense*, mais présumés admissibles quand ils sont présentés en preuve *par la Couronne*. Mes interprétations plus étroites des termes « dossier » et « présenter en preuve » n'ont pas d'incidence sur

right to a fair trial under ss. 7 and 11(d)” (Brown J.’s reasons, at para. 290).

[488] Fourth, nothing in my interpretations of “record” and “adduce” affects how the record screening regime sets a stricter test for admitting defence evidence than is warranted or constitutionally permissible. Brown J.’s constitutional analysis on the heightened standard of “significant probative value” continues to apply (Brown J.’s reasons, at paras. 291-97).

[489] None of these limits on the accused’s *Charter* rights can be justified under s. 1 of the *Charter*. I agree that the objective of the record screening regime is pressing and substantial. However, even with my narrower interpretations of “record” and “adduce”, the regime is not rationally connected to its objective, it is not minimally impairing, and its salutary effects do not outweigh its deleterious effects. I acknowledge that Brown J.’s analysis under s. 1 is not entirely applicable, as my narrower interpretations render the regime less broad and mitigate some of its deleterious consequences. Nevertheless, the bulk of Brown J.’s s. 1 analysis continues to apply.

[490] In conclusion, I concur with Brown J.’s constitutional analysis. I also concur with Brown J.’s analysis on the features a record screening regime might include in order to minimally impair the rights of accused persons and, therefore, be constitutional (Brown J.’s reasons, at para. 311).

IV. Disposition

[491] In light of the foregoing reasons, I agree with the disposition of the appeals proposed by Brown J. and by Rowe J. (Brown J.’s reasons, at para. 320; Rowe J.’s reasons, at para. 438).

cette lacune flagrante du régime. Celui-ci limite donc toujours « [l]e droit à un procès équitable garanti à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) » (motifs du juge Brown, par. 290).

[488] Quatrièmement, mes interprétations des termes « dossier » et « présenter en preuve » n’influent aucunement sur le fait que le régime d’examen des dossiers établit un critère d’admission des éléments de preuve de la défense plus strict que ce qui est justifié ou autorisé par la Constitution. L’analyse constitutionnelle du juge Brown portant sur la norme plus exigeante au titre de la valeur probante s’applique toujours (motifs du juge Brown, par. 291-297).

[489] Aucune de ces limites des droits garantis à l’accusé par la *Charte* ne peut se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*. Je conviens que l’objectif du régime d’examen des dossiers est urgent et réel. Cependant, même d’après mes interprétations plus étroites des termes « dossier » et « présenter en preuve », le régime n’a pas de lien rationnel avec son objectif, il ne constitue pas une atteinte minimale, et ses effets bénéfiques ne l’emportent pas sur ses effets préjudiciables. Je reconnais que l’analyse du juge Brown fondée sur l’article premier de la *Charte* ne s’applique pas entièrement, car mes interprétations plus étroites réduisent la portée du régime et atténuent une partie de ses conséquences préjudiciables. Néanmoins, la plus grande partie de l’analyse du juge Brown fondée sur l’article premier trouve toujours application.

[490] En conclusion, je souscris à l’analyse constitutionnelle du juge Brown. Je souscris également à son analyse des caractéristiques que pourrait comporter un régime d’examen des dossiers constitutionnel afin de porter une atteinte minimale aux droits des accusés et d’être donc constitutionnel (motifs du juge Brown, par. 311).

IV. Dispositif

[491] Au vu des motifs qui précèdent, je suis d’accord avec la manière dont les juges Brown et Rowe proposent de trancher les pourvois (motifs du juge Brown, par. 320; motifs du juge Rowe, par. 438).

Appeal of Her Majesty The Queen allowed, cross-appeal of J.J. dismissed and appeal of A.S. allowed, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal Her Majesty The Queen: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal J.J.: Peck and Company, Vancouver; Savard Foy, Toronto.

Solicitors for the appellant A.S.: Dawne Way, Toronto; David Butt, Toronto; David M. Reeve, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Shane Reddick: Edward H. Royle & Partners, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli, pourvoi incident de J.J. rejeté et pourvoi de A.S. accueilli, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident Sa Majesté la Reine : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident J.J. : Peck and Company, Vancouver; Savard Foy, Toronto.

Procureurs de l'appelante A.S. : Dawne Way, Toronto; David Butt, Toronto; David M. Reeve, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé Shane Reddick : Edward H. Royle & Partners, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund and the Women Against Violence Against Women Rape Crisis Centre: Gloria Ng Law, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Birenbaum Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Bottos Law Group, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Stockwoods, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: Gerrand Rath Johnson, Regina.

Solicitor for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Greg DelBigio, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Perez Bryan Procope, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba: Simmonds and Associates, Winnipeg.

Procureurs des intervenants West Coast Legal Education and Action Fund et Women Against Violence Against Women Rape Crisis Centre : Gloria Ng Law, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Birenbaum Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Bottos Law Group, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Stockwoods, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Procureur de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Greg DelBigio, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : Perez Bryan Procope, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Defence Lawyers Association of Manitoba : Simmonds and Associates, Winnipeg.