

**Hubert Patrick O'Connor** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. O'CONNOR

File No.: 24114.

1995: February 1; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Disclosure — Accused charged with sexual offences — Defence counsel obtaining pre-trial order requiring Crown to disclose complainants' entire medical, counselling and school records — Trial judge ordering stay of proceedings owing to non-disclosure and late disclosure by Crown — Court of Appeal allowing Crown's appeal and ordering new trial — Whether stay of proceedings appropriate remedy for non-disclosure by Crown of information in its possession.*

*Criminal law — Evidence — Medical and counselling records — Procedure to be followed where accused seeks production of records in hands of third parties.*

**Hubert Patrick O'Connor** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne de la santé mentale et la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. O'CONNOR

N° du greffe: 24114.

1995: 1<sup>er</sup> février; 1995: 14 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Preuve — Divulgence — Accusé inculpé d'agressions sexuelles — Obtention par l'avocat de la défense préalablement au procès d'une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès en raison de la non-divulgence et de la divulgation tardive par le ministère public — Appel du ministère public accueilli par la Cour d'appel et tenue d'un nouveau procès ordonnée — L'arrêt des procédures est-il la réparation convenable pour la non-divulgence par le ministère public de renseignements en sa possession?*

*Droit criminel — Preuve — Dossiers médicaux et socio-psychologiques — Procédure à suivre lorsque l'accusé demande la production de dossiers en la possession de tiers.*

The accused was charged with a number of sexual offences. Defence counsel obtained a pre-trial order requiring that the Crown disclose the complainants' entire medical, counselling and school records and that the complainants authorize production of such records. The Crown applied to a different judge for directions regarding the disclosure order and for the early appointment of a trial judge. After a trial judge had been appointed, the Crown again sought directions regarding the disclosure order. By this time many of the impugned records had come into its possession. The trial judge made it clear that he was to be provided promptly with therapy records relating to all four complainants. The accused later applied for a judicial stay of proceedings based on non-disclosure of several items. Crown counsel submitted that the two Crown prosecutors were handling the case from different cities, and that there were difficulties concerning communication and organization. She asserted that the non-disclosure of some of the medical records was due to inadvertence on her part, and that she had "dreamt" the transcripts of certain interviews had been disclosed. She submitted that uninhibited disclosure of medical and therapeutic records would revictimize the victims, and suggested that the disclosure order exhibited gender bias. The trial judge dismissed the application for a stay, finding that the failure to disclose certain medical records had been an oversight. He noted, however, that the letters written by Crown counsel to the counsellors had unacceptably limited the scope of the disclosure to only those portions of the records which related directly to the incidents involving the accused. This resulted in the full therapy records not being disclosed to the defence until just before the trial. He concluded that while the conduct of the Crown was "disturbing", he did not believe that there was a "grand design" to conceal evidence, nor any "deliberate plan to subvert justice". In light of the difficulties encountered during discovery, Crown counsel then agreed to waive any privilege with respect to the contents of the Crown's file and to prepare a binder in relation to each of the complainants containing all information in the Crown's possession relating to each of them. On the second day of the trial, counsel for the accused made another application for a judicial stay of proceedings based largely on the fact that the Crown was still unable to guarantee to the accused that full disclosure had been made. The trial judge stayed proceedings on all four counts. He noted the constant intervention required by the court to ensure full compliance with the disclosure order and found that the Crown's earlier conduct had created "an aura" that had pervaded and ultimately destroyed the case. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed a new trial.

L'accusé a été inculpé d'infractions d'ordre sexuel. L'avocat de la défense a obtenu préalablement au procès une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes et à ces dernières d'autoriser la production de ces dossiers. Le ministère public s'est adressé à un autre juge afin d'obtenir des directives concernant l'ordonnance de divulgation et de faire désigner promptement un juge pour la tenue du procès. Après la désignation d'un juge pour présider le procès, le ministère public a de nouveau sollicité des directives concernant l'ordonnance de divulgation. À ce stade, bon nombre des dossiers en question étaient déjà en sa possession. Le juge du procès a été clair: les dossiers médicaux concernant les quatre plaignantes devaient lui être fournis rapidement. L'accusé a ensuite présenté une requête en arrêt des procédures en se fondant sur la non-divulgation de plusieurs documents. Le substitut du procureur général a soutenu que deux substituts du procureur général agissaient pour la poursuite à partir de villes différentes et que cela posait des difficultés sur le plan de la communication et de l'organisation. Elle a affirmé que la non-divulgation de quelques-uns des dossiers médicaux était due à une inadvertance de sa part et qu'elle avait «rêvé» que la transcription de certaines entrevues avaient été divulguée. Elle a plaidé que la divulgation sans restriction des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques victimiserait à nouveau les victimes et elle a soutenu que l'ordonnance de divulgation relevait de la discrimination fondée sur le sexe. Le juge du procès a rejeté la requête en arrêt des procédures, concluant que le défaut de divulguer certains dossiers médicaux était une inadvertance. Il a toutefois noté que les lettres écrites par le substitut du procureur général aux conseillers socio-psychologiques avaient limité de façon inacceptable la portée de la divulgation aux seules parties des dossiers se rapportant directement aux incidents impliquant l'accusé, avec le résultat que les dossiers thérapeutiques complets n'ont été divulgués à la défense que juste avant le procès. Le juge a conclu que, bien que la conduite du ministère public fût «troublante», il ne croyait pas en l'existence d'un «grand projet» visant à dissimuler des éléments de preuve ni en celui d'un «plan délibéré de subversion de la justice». Compte tenu des difficultés rencontrées à l'étape de la divulgation, le substitut du procureur général a alors consenti à renoncer à tout privilège quant au contenu du dossier du ministère public et à préparer, dans le cas de chacune des plaignantes, un cahier qui contiendrait tous les renseignements en la possession du ministère public relativement à chacune d'entre elles. Le deuxième jour du procès, le procureur de l'accusé a présenté une autre requête en arrêt des procédures en se fondant principale-

This appeal raises the issues of (1) when non-disclosure by the Crown justifies an order that the proceedings be stayed and (2) the appropriate procedure to be followed when an accused seeks production of documents such as medical or therapeutic records that are in the hands of third parties.

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Stay of Proceedings*

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: There is no need to maintain any type of distinction between the common law doctrine of abuse of process and *Charter* requirements regarding abusive conduct. Where an accused seeks to establish that non-disclosure by the Crown has violated s. 7, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. Such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the trial. Once a violation is made out, the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Where the adverse impact upon the accused's ability to make full answer and defence is curable by a disclosure order, then such a remedy, combined with an adjournment where necessary to enable defence counsel to review the disclosed information, will generally be appropriate. There may, however, be exceptional situations where, given the advanced state of the proceedings, it is simply not possible to remedy the prejudice. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate. When choosing a remedy for a non-disclosure that has violated s. 7, the court should also consider whether the Crown's breach of its disclosure obligations has violated fundamental principles underlying the community's

ment sur le fait que le ministère public ne pouvait toujours pas garantir à l'accusé qu'il y avait eu divulgation complète. Le juge du procès a arrêté les procédures relativement aux quatre chefs d'accusation. Il a constaté que la cour avait dû intervenir constamment pour faire respecter intégralement l'ordonnance de divulgation et il a conclu que la conduite antérieure du ministère public avait créé «un climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi soulève les questions de savoir (1) quand la non-divulgation de documents par le ministère public justifie une ordonnance d'arrêt des procédures et (2) quelle est la procédure appropriée lorsqu'un accusé demande la production de documents tels les dossiers médicaux ou thérapeutiques en la possession de tiers.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'arrêt des procédures*

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il n'y a pas lieu de maintenir quelque genre de distinction que ce soit entre la doctrine de l'abus de procédures reconnue en common law et les exigences de la *Charte* en ce qui concerne la conduite abusive. Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la prépondérance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès. Une fois la violation prouvée, la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Lorsqu'il est possible, au moyen d'une ordonnance de divulgation, de pallier l'impact néfaste que peut avoir la non-divulgation sur la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une telle réparation sera généralement convenable, accompagnée d'un ajournement si nécessaire afin de permettre à l'avocat de la défense d'examiner les renseignements divulgués. Il peut cependant exister des cas exceptionnels où, vu le stade avancé de l'instance, il n'est tout simplement pas possible de remédier au préjudice. Dans ces «cas les

sense of decency and fair play and thereby caused prejudice to the integrity of the judicial system. If so, it should be asked whether this prejudice is remediable, having regard to the seriousness of the violation and to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence.

While the Crown's conduct in this case was shoddy and inappropriate, the non-disclosure cannot be said to have violated the accused's right to full answer and defence. The whole issue of disclosure in this case arose out of the order requiring that the Crown "disclose" records in the hands of third parties and that the complainants authorize production of such records. This order was issued without any form of inquiry into their relevance, let alone a balancing of the privacy rights of the complainants and the accused's right to a fair trial, and was thus wrong. The Crown was ultimately right in trying to protect the interests of justice, and the fact that it did so in such a clumsy way should not result in a stay of proceedings, particularly when no prejudice was demonstrated to the fairness of the accused's trial or to his ability to make full answer and defence. Even had a violation of s. 7 been found, this cannot be said to be one of the "clearest of cases" which would mandate a stay of proceedings.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* While the actions of Crown counsel originally responsible for the prosecution of this case were extremely high-handed and thoroughly reprehensible, the Crown's misdeeds were not such that, upon a consideration of all the circumstances, the drastic remedy of a stay was merited.

*Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. (dissenting on this issue):* A stay of proceedings was appropriate here. The Crown's conduct impaired the accused's ability to make full answer and defence. The impropriety of the disclosure order if any does not excuse the Crown's failure to comply with it until immediately before the trial. The Crown never took proper action regarding the objections it had. If it could not appeal the order it should have returned to the issuing judge to request

plus manifestes», l'arrêt des procédures sera approprié. Lorsque la cour se penchera sur les mesures réparatrices relatives à une non-divulgaration portant atteinte à l'art. 7, elle devrait examiner également si le manquement par le ministère public à ses obligations en matière de divulgation a également porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens de la décence et du franc-jeu de la collectivité et, en conséquence, a porté préjudice à l'intégrité du système judiciaire. Si tel est le cas, la cour devrait s'interroger à savoir si ce préjudice est réparable, compte tenu de la gravité de la violation et des intérêts communautaires et individuels dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence.

Bien que la conduite du ministère public en l'espèce ait été inappropriée et inopportune, on ne peut dire que la non-divulgaration a constitué une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Toute la question de la divulgation en l'espèce découle de l'ordonnance qui enjoignait au ministère public de «divulguer» des dossiers se trouvant en la possession de tiers et aux plaignantes d'autoriser la production de ces dossiers. Cette ordonnance a été rendue sans aucun examen de la pertinence de ces dossiers, ni aucune pondération des droits à la vie privée des plaignantes et du droit de l'accusé à un procès équitable et elle était donc erronée. En fin de compte, le ministère public a eu raison de tenter de protéger les intérêts de la justice et, même s'il l'a fait d'une façon très maladroite, cela ne devrait pas donner lieu à un arrêt des procédures, tout particulièrement lorsque l'on n'a pas prouvé d'atteinte à l'équité du procès de l'accusé ou à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière. Même s'il avait été conclu à une violation de l'art. 7, on ne peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'un des «cas les plus manifestes» qui justifieraient un arrêt des procédures.

*Les juges Cory et Iacobucci:* Bien que les actes du substitut du procureur général initialement chargé de la poursuite en l'espèce aient été extrêmement arrogants et tout à fait répréhensibles, les méfaits du ministère public n'étaient pas tels que, après examen de toutes les circonstances, le tribunal était justifié de recourir à la réparation draconienne qu'est l'arrêt des procédures.

*Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major (dissidents sur cette question):* Un arrêt des procédures était approprié en l'espèce. La conduite du ministère public a nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire, le cas échéant, n'excuse pas le ministère public d'avoir omis, jusqu'à immédiatement avant le procès, de la respecter. Le ministère public n'a jamais pris les mesures appropriées en ce qui concerne

variation or rescission. The letters from the Crown prosecutor to the therapists narrowed the scope of the order. As soon as the order was clarified for the therapists, complete records were disclosed, suggesting that had the letters contained an accurate description of the order, compliance would have occurred at a much earlier time. The Crown also breached its general duty to disclose all relevant information. Each time disclosure was made in this case it was the result of the defence having to raise the matter in court. The conduct of the Crown was such that trust was lost, first by the defence, and finally by the trial judge. It is of little consequence that a considerable amount of the non-disclosed material was ultimately released piecemeal to the defence prior to the trial. The effect of continual discovery of more non-disclosed evidence, coupled with the Crown's admission that disclosure was possibly incomplete, created an atmosphere in which the defence's ability to prepare was impaired. The Crown's delay in making disclosure and its inability to assure the trial judge that full disclosure had been made even after commencement of the trial were fatal to the proceedings. The continual breaches by the Crown made a stay the appropriate remedy. Proceedings had become unworkable and unfair. Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are properly in the discretion of the trial judge. This discretion should not be interfered with unless the decision was clearly unreasonable.

The same breaches of the disclosure order, the general duty of disclosure and the undertaking to disclose files to the defence which impaired the accused's right to make full answer and defence also violated fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The trial judge showed admirable tolerance for the behaviour of the Crown but in the end had no choice but to order a stay. When a criminal trial gains notoriety because of the nature of the offence, the parties charged or any other reason, there is an added burden in the paramount interest of ensuring fairness in the process. In this case, the fact that the offences alleged were many years in the past and that the accused had a high profile in the community called for a careful prosecution to ensure fairness and the maintenance of integrity in the process. The conduct of the Crown during the time the trial judge was

les objections qu'il avait. S'il ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance, il aurait dû s'adresser de nouveau au juge ayant rendu l'ordonnance pour en demander la modification ou l'annulation. Les lettres du substitut du procureur général aux thérapeutes limitaient la portée de l'ordonnance. Aussitôt que la portée de l'ordonnance eut été communiquée aux thérapeutes, les dossiers complets ont été divulgués, ce qui laisse entendre que, si les lettres avaient donné une description exacte de l'ordonnance, elle aurait été respectée beaucoup plus tôt. Le ministère public a également manqué à son obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. Chaque divulgation en l'espèce est le fruit d'une question de la défense devant le tribunal. Le comportement du ministère public était tel que la défense d'abord et le juge du procès ensuite ont perdu confiance. Il importe peu qu'un grand nombre des documents non divulgués aient en fin de compte été remis petit à petit à la défense avant le procès. La découverte répétée d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués et l'admission par le ministère public que la divulgation n'avait peut-être pas été complète ont eu pour effet de créer un climat qui nuisait à la capacité de la défense de se préparer. Le temps mis par le ministère public à divulguer les renseignements et son incapacité de garantir au juge du procès que tous les renseignements avaient été divulgués même après le début du procès ont porté un coup fatal à l'instance. Les manquements répétés du ministère public ont fait que l'arrêt des procédures était la réparation convenable. Il était devenu impossible et injuste de poursuivre l'instance. Les réparations visées au par. 24(1) de la *Charte* relèvent à bon droit du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On ne devrait pas toucher à ce pouvoir discrétionnaire à moins que la décision ne soit nettement déraisonnable.

Les mêmes manquements à l'ordonnance de divulgation, à l'obligation générale de divulguer et à l'engagement de divulguer les dossiers à la défense qui ont porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ont également violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge du procès a fait preuve d'une tolérance remarquable à l'égard du comportement du ministère public, mais, à la fin, il n'avait pas d'autre choix que de prononcer l'arrêt des procédures. Lorsqu'un procès criminel devient célèbre en raison de la nature de l'infraction, des accusés en cause ou pour toute autre raison, cela ajoute à l'importance de garantir l'équité du processus. En l'espèce, le fait que les infractions reprochées remontaient à bien des années et que l'accusé était une personne en vue dans la société exigeait que la poursuite soit très sensible aux exigences de

involved, as well as in the months before his appointment, was negligent, incompetent and unfair. The trial judge was in the best position to observe the conduct of the Crown and its effect on the proceedings. He found that the trial had become so tainted that it violated fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and that the accused was impaired in his ability to make full answer and defence.

(2) *Production of Records in the Possession of the Crown*

*Per Lamer C.J. and Sopinka J.:* The Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records when the records are in the possession of the Crown. The complainant's privacy interests in therapeutic records need not be balanced against the right of the accused to make full answer and defence in the context of disclosure, since concerns relating to privacy or privilege disappear where the documents in question have fallen into the Crown's possession. The complainant's lack of a privacy interest in records that are possessed by the Crown counsels against a finding of privilege in such records. Fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence. Moreover, any form of privilege may be forced to yield where such a privilege would preclude the accused's right to make full answer and defence. Information in the possession of the Crown which is clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence must be disclosed to the accused, regardless of any potential claim of privilege that might arise. While the mere existence of therapeutic records is insufficient to establish the relevance of those records to the defence, their relevance must be presumed where the records are in the Crown's possession.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The principles set out in the *Stinchcombe* decision, affirmed in *Egger*, pertaining to the Crown's duty to disclose must apply to therapeutic

l'équité et du maintien de l'intégrité du processus. La conduite du ministère public pendant que le juge du procès était saisi de l'affaire, ainsi que durant les mois précédant son affectation au dossier, a été négligente, inéquitable et entachée d'incompétence. Le juge du procès était le mieux placé pour observer la conduite du ministère public et son effet sur le déroulement de l'instance. Il a estimé que le procès était devenu entaché de vice au point de violer les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et de nuire à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

(2) *La production de dossiers en la possession du ministère public*

*Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka:* Le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe* lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public. Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la divulgation, de pondérer les intérêts privés du plaignant dans les dossiers thérapeutiques et le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, car la protection de la vie privée ou l'existence d'un privilège ne suscitent plus d'inquiétudes lorsque les documents en question sont en la possession du ministère public. L'absence de droit à la protection de la vie privée du plaignant relativement aux dossiers détenus par le ministère public nous empêche de conclure à l'existence d'un privilège à l'égard de ces dossiers. L'équité exige que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense. De plus, toute forme de privilège doit céder le pas lorsqu'un tel privilège porterait atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir. Bien que la simple existence de dossiers thérapeutiques ne suffise pas à établir leur pertinence par rapport à la défense, la pertinence de ces dossiers doit se présumer lorsqu'ils se trouvent en la possession du ministère public.

*Les juges Cory et Iacobucci:* Les principes concernant l'obligation de divulguer du ministère public, énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* et confirmés dans l'arrêt

tic records in the Crown's possession, as found by Lamer C.J. and Sopinka J.

*Per* Major J.: The Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records in its possession, as found by Lamer C.J. and Sopinka J.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: This appeal does not concern the extent of the Crown's obligation to disclose private records in its possession, or the question whether privacy and equality interests may militate against such disclosure by the Crown. These issues do not arise in this appeal and were not argued before the Court. Any comment on these questions would be strictly *obiter*.

### (3) *Production of Records in the Possession of Third Parties*

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J.: When the defence seeks information in the hands of a third party (as compared to the state), the onus should be on the accused to satisfy a judge that the information is likely to be relevant. In order to initiate the production procedure, the accused must bring a formal written application supported by an affidavit setting out the specific grounds for production. However, the court should be able, in the interests of justice, to waive the need for a formal application in some cases. In either event, notice must be given to third parties in possession of the documents as well as to those persons who have a privacy interest in the records. The accused must also ensure that the custodian and the records are subpoenaed to ensure their attendance in the court. The initial application for disclosure should be made to the judge seized of the trial, but may be brought before the trial judge prior to the empanelling of the jury, at the same time that other motions are heard. In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence. In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. While "likely relevance" is the appropriate threshold for the first stage of the two-step procedure, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused. A relevance threshold, at this stage, is simply a

*Egger*, doivent s'appliquer aux dossiers thérapeutiques en sa possession, comme l'ont conclu le juge en chef Lamer et le juge Sopinka.

*Le* juge Major: Le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe* lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public, ainsi que l'ont conclu le juge en chef Lamer et le juge Sopinka.

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il ne s'agit pas en l'espèce d'examiner l'étendue de l'obligation du ministère public en matière de divulgation de dossiers privés en sa possession, ni de déterminer si les droits à l'égalité et à la protection de la vie privée peuvent militer contre une telle divulgation. Ces questions ne sont pas soulevées dans le cadre du présent pourvoi et elles n'ont pas été plaidées devant la Cour. Tout commentaire à ce sujet serait strictement incident.

### (3) *La production de dossiers en la possession de tiers*

*Le* juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Lorsque la défense demande des renseignements qui sont entre les mains d'un tiers (par comparaison à celles de l'État), il devrait incomber à l'accusé de convaincre le juge que les renseignements sont d'une pertinence probable. Pour entamer la procédure de production, l'accusé doit présenter par écrit une demande formelle appuyée d'un affidavit exposant les motifs précis de la production. Toutefois, dans l'intérêt de la justice, le tribunal devrait pouvoir exempter l'accusé de la nécessité de présenter une demande formelle dans certains cas. Quelle que soit la procédure retenue, les tiers en possession des documents et les personnes qui ont un intérêt de nature privée dans les dossiers doivent être avisés de la demande de production. L'accusé doit également veiller à ce que le gardien soit assigné à comparaître et à produire les dossiers. La demande initiale de divulgation devrait être adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être présentée devant le juge du procès avant la formation du jury, au moment de l'audition des autres requêtes. Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense. Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge présidant le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Si la «pertinence probable» est le critère approprié à la pre-

requirement to prevent the defence from engaging in speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming requests for production.

Upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. In making that determination, the judge must examine and weigh the salutary and deleterious effects of a production order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. In balancing the competing rights in question, the following factors should be considered: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in the record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; and (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record. The effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome, is more appropriately dealt with at the admissibility stage and not in deciding whether the information should be produced. As for society's interest in the reporting of sexual crimes, there are other avenues available to the judge to ensure that production does not frustrate the societal interests that may be implicated by the production of the records to the defence. In applying these factors, it is also appropriate to bear in mind that production of third party records is always available to the Crown provided it can obtain a search warrant.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The procedure suggested by Lamer C.J. and Sopinka J. for determining whether records in the possession of third parties are likely to be relevant was agreed with, as were their reasons pertaining to the nature of the onus resting upon the accused and the nature of the balancing process which must be undertaken by the trial judge.

*Per Major J.:* The substantive law and the procedure recommended by Lamer C.J. and Sopinka J. in

mière étape de la procédure à deux volets, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé. À cette étape, un critère de pertinence vise simplement à empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires.

Au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devrait les examiner pour déterminer s'ils devraient être divulgués à l'accusé et dans quelle mesure. Pour arriver à cette conclusion, le juge doit examiner et soupeser les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour équilibrer les droits contradictoires en question, il faudrait prendre en considération les facteurs suivants: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires, et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne du plaignant que pourrait causer la production du dossier en question. Il conviendrait mieux de traiter de l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la détermination, à l'étape de l'admissibilité et non pas au moment de décider si les renseignements devraient être produits. Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que les crimes sexuels soient signalés, le juge dispose d'autres moyens pour s'assurer que la production ne contrecarre pas les intérêts de la société qui peuvent être touchés par la production des dossiers à la défense. Dans l'application de ces facteurs, il convient également de se rappeler que le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers pourvu qu'il obtienne un mandat de perquisition.

*Les juges Cory et Iacobucci:* La procédure que le juge en chef Lamer et le juge Sopinka proposent pour déterminer si les dossiers en la possession de tiers sont susceptibles d'être pertinents est acceptée, tout comme leurs motifs relativement à la nature du fardeau incombant à l'accusé et à la nature du processus de pondération auquel le juge du procès doit recourir.

*Le juge Major:* Le droit substantiel et la procédure recommandée par le juge en chef Lamer et le juge



obtaining therapeutic records from third persons were agreed with.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.* (dissenting on this issue): Private records, or records in which a reasonable expectation of privacy lies, may include medical or therapeutic records, school records, private diaries and social worker activity logs. An order for production of private records held by third parties does not arise as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* since, at the moment of the request for production, the accused's rights under the *Charter* have not been violated. Nonetheless, when deciding whether to order production of private records, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values. The constitutional values involved here are the right to full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality without discrimination.

Witnesses have a right to privacy in relation to private documents and records which are not part of the Crown's "case to meet" against the accused. They are entitled not to be deprived of their reasonable expectation of privacy except in accordance with the principles of fundamental justice. Since an applicant seeking production of private records from third parties is seeking to invoke the power of the State to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the State power to compel production is justified in a free and democratic society. The use of State power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are met: (1) it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonable means; (2) production that infringes privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence; (3) the arguments urging production rest on permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes; and (4) there is proportionality between the salutary and deleterious effects of production. The measure of proportionality must reflect the extent to which a reasonable expectation of privacy vests in the particular records, on the one hand, and the importance of the issue to which the evidence relates, on the other. Moreover, courts must remain alive to the fact that, in certain cases, the deleterious effects of production may demonstrably include negative effects on the complainant's course of therapy, threatening psychological harm to the individual concerned and thereby resulting in a concom-

Sopinka pour obtenir les dossiers thérapeutiques de tiers sont acceptés.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier* (dissidents sur cette question): Les dossiers privés ou les dossiers qui devraient normalement être protégés en raison de leur caractère privé peuvent comprendre des dossiers de nature médicale ou thérapeutique, des dossiers scolaires, des journaux intimes et des carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux. Une ordonnance de production de dossiers privés détenus par des tiers n'est pas une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* car, au moment de la demande de production, il n'y a pas eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Néanmoins, lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les valeurs de la *Charte*. Les valeurs constitutionnelles visées en l'espèce sont le droit à une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

Les témoins ont droit à la protection de leur vie privée en ce qui a trait aux documents et aux dossiers privés qui ne font pas partie de la «preuve complète» que le ministère public doit présenter contre l'accusé. Il ne peut être porté atteinte à leur attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Étant donné que c'est le requérant qui demande la production de dossiers privés en la possession de tiers et qui, à cette fin, tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique. L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront appliqués: (1) il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnables; (2) la production qui viole la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière; (3) les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires, et (4) il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables. La mesure de proportionnalité doit refléter l'étendue de l'attente raisonnable en matière de protection du caractère privé des dossiers particuliers, d'une part, et l'importance de la question à laquelle a trait la preuve, d'autre part. En outre, les tribunaux doivent res-

itant deprivation of the individual's security of the person.

The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. When the subpoena is served, the accused should notify the Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records that the accused will ask the trial judge for an order for their production. Then, at the trial, the accused must bring an application supported by appropriate affidavit evidence showing that the records are likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records. If the records are relevant, the court must balance the salutary and deleterious effects of ordering that the records be produced to determine whether, and to what extent, production should be ordered.

The records at issue here are not within the possession or control of the Crown, do not form part of the Crown's "case to meet", and were created by a third party for a purpose unrelated to the investigation or prosecution of the offence. It cannot be assumed that such records are likely to be relevant, and if the accused is unable to show that they are, then the application for production must be rejected as it amounts to nothing more than a fishing expedition. The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. It would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly, the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Similarly, the mere fact that a witness has a medical or psychiatric record cannot be taken as indicative of the potential unreliability of the evidence. Any suggestion that a particular treatment, therapy, illness, or disability implies unreliability must be informed by

ter sensibles au fait que, dans certains cas, les effets préjudiciables de la production peuvent visiblement comporter des effets négatifs sur le déroulement de la thérapie de la plaignante, ce qui menacerait de nuire psychologiquement à la personne concernée et entraînerait pour elle une privation concomitante du droit à la sécurité de sa personne.

L'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit d'abord obtenir un *subpoena duces tecum* et le lui signifier. Après la signification de l'assignation, l'accusé doit aviser le ministère public, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers, que l'accusé demandera au juge du procès d'en ordonner la production. Ensuite, au procès, l'accusé doit présenter une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les dossiers sont pertinents, le tribunal doit alors pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables qu'entraînerait la délivrance en faveur de la défense de l'ordonnance de production de ces dossiers pour déterminer si la production devrait être ordonnée et dans quelle mesure.

Les dossiers visés en l'espèce ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public, ne font pas partie de sa «preuve complète» et ont été créés par un tiers à une fin non reliée à l'enquête ou à la poursuite de l'infraction. On ne peut présumer que ces dossiers seront vraisemblablement pertinents et, si l'accusé est incapable d'en démontrer la pertinence, alors la demande de production doit être rejetée comme n'équivalant à rien d'autre qu'une recherche à l'aveuglette. La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influencer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De même, le simple fait qu'un témoin ait des

cogent evidence, rather than stereotype, myth or prejudice. Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth, therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place.

If the trial judge decides that the records are likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, the trial judge must balance the salutary and deleterious effects of ordering the production of the records to the court for inspection, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records. If the judge concludes that production to the court is warranted, he or she should so order. Next, upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. Production should only be ordered in respect of those records, or parts of records, that have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice or by the harm to the privacy rights of the witness or to the privileged relation. The following factors should be considered in this determination: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in the record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record; (6) the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims; and (7) the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the

antécédents médicaux ou psychiatriques ne peut pas être considéré comme indiquant que son témoignage pourrait manquer de crédibilité. Toute suggestion selon laquelle un traitement, une thérapie, une maladie ou un handicap entraînent un manque de crédibilité doit reposer sur une preuve convaincante plutôt que sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique, la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle a eu lieu.

Si le juge du procès décide que les dossiers seront vraisemblablement pertinents, il doit alors passer à la deuxième étape, qui comporte deux volets. Premièrement, le juge doit soupeser les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînerait la production des dossiers aux fins d'examen par le tribunal, au regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, et l'effet d'une telle production sur le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité de la personne visée par les dossiers. Si le juge conclut que la production est justifiée, il ou elle devrait l'ordonner. Ensuite, au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer s'ils devraient être divulgués à l'accusé et dans quelle mesure. La production ne devrait être ordonnée que pour les dossiers ou les parties de dossiers qui ont une valeur probante importante qui n'est pas substantiellement contrebalancée par le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit à la vie privée du témoin ou à la relation privilégiée. Les facteurs suivants devraient être pris en considération dans cette détermination: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions

record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome. Where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective.

A preliminary inquiry judge is without jurisdiction to order the production of private records held by third parties. The disclosure order in the present case did not emanate from a preliminary inquiry judge, but was issued in response to a pre-trial application by the defence. Even a superior court judge, however, should not, in advance of the trial, entertain an application for production of private third party records. Such applications should be heard by the judge seized of the trial, rather than a pre-trial judge. In addition, it is desirable for the judge hearing an application for production to have had the benefit of hearing, and pronouncing upon, the defence's earlier applications, so as to minimize the possibility of inconsistency in the treatment of two similar applications. More generally, applications for production of third party records should not be entertained before the commencement of the trial, even by the judge who is seized of the trial. First, the concept of pre-trial applications for production of documents held by third parties is alien to criminal proceedings. Second, if pre-trial applications for production from third parties were permitted, it would invite fishing expeditions, create unnecessary delays, and inconvenience witnesses by requiring them to attend court on multiple occasions. Moreover, a judge is not in a position, before the beginning of the trial, to determine whether the records in question are relevant, much less whether they are admissible, and will be unable to balance effectively the constitutional rights affected by a production order.

Since the right of the accused to a fair trial has not been balanced with the competing rights of the complainant to privacy and to equality without discrimination in this case, a new trial should be ordered.

*Per* McLachlin J. (dissenting on this issue): L'Heureux-Dubé J.'s reasons were concurred in entirely. The test proposed strikes the appropriate balance between the desire of the accused for complete disclosure from everyone of everything that could conceiv-

sexuelles et suivent des traitements, et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision. Lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif.

Un juge président une enquête préliminaire n'a pas compétence pour ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers. En l'espèce, l'ordonnance de divulgation n'émanait pas d'un juge président une enquête préliminaire, mais elle a plutôt été rendue à la suite d'une requête préalable au procès présentée par la défense. Toutefois, même un juge d'une cour supérieure ne devrait pas, avant le procès, entendre une demande de divulgation de dossiers privés en la possession d'un tiers. De telles demandes devraient être entendues par le juge du procès plutôt que par un juge chargé d'entendre les requêtes préalables au procès. De plus, il est souhaitable que le juge qui entend une demande de production ait eu l'avantage d'entendre et de trancher les demandes antérieures de la défense, de façon à minimiser la possibilité de contradiction dans le traitement de deux requêtes semblables. De façon plus générale, les demandes de production de dossiers de tiers ne devraient pas être entendues avant le début du procès, même par le juge du procès. Premièrement, le concept de demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers est étranger aux procédures criminelles. Deuxièmement, encourager la demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers favoriserait les recherches à l'aveuglette, entraînerait des délais inutiles et causerait un préjudice aux témoins en les obligeant à se présenter devant le tribunal à plusieurs reprises. Qui plus est, un juge n'est pas en position, avant le début du procès, de déterminer si les dossiers en question sont pertinents, encore moins s'ils sont admissibles, et il sera incapable de soupeser de manière efficace les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production.

Comme on n'a pas soupesé le droit d'un accusé à être jugé équitablement en regard des droits d'une plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Le* juge McLachlin (dissidente sur cette question): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés entièrement. Le critère proposé trouve le juste équilibre entre le désir de l'accusé de se voir divulguer par chacun tout ce qui en théorie pourrait servir à sa défense, d'une part,

ably be helpful to his defence, on the one hand, and the constraints imposed by the trial process and privacy interests of third parties who find themselves caught up in the justice system, on the other, all without compromising the constitutional guarantee of a trial which is fundamentally fair. The *Charter* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair. What 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, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, aff'g (1986), 28 C.C.C. (3d) 553; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Roe v.*

et les contraintes imposées par le processus judiciaire et le droit à la protection de la vie privée des tiers qui se trouvent pris dans le système de justice, d'autre part, le tout sans mettre en péril la garantie constitutionnelle d'un procès qui soit fondamentalement équitable. La *Charte* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable. Le 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, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.

### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, conf. (1986), 28 C.C.C. (3d) 553; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *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. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Board of Regents*

*Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (QL); *R. v. Callaghan*, [1993] O.J. No. 2013 (QL); *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (QL); *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240, leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. viii; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Cory J.

**Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451.

By Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting)

*A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253; *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153; *R. v. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261; *Toohy v. Metropolitan*

*of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (QL); *R. c. Callaghan*, [1993] O.J. No. 2013 (QL); *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467; *R. c. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (QL); *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240, autorisation de pourvoi refusée, [1983] 2 R.C.S. viii; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt mentionné:** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents)

*A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253; *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153; *R. c. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261; *Toohy c. Metropolitan*

*Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506; *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226.

By Major J. (dissenting)

*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

### Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8 to 14, 11(b), (d), 15, 24(1), (2).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 5.  
*Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(3) [rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 487(1)(b) [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 68(1); repl. 1994, c. 44, s. 36], 545, 548(1), 581, 698, 700(1), Part XXII.  
*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, Art. 8.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, Art. 17.  
 United States Constitution, Fourteenth Amendment.  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 12.

### Authors Cited

- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.  
 Choo, Andrew L.-T. "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864.  
 Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.  
 Firsten, Temi. "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.  
 Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.  
 Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 *C.R.* (4th) 92.  
 Stuesser, Lee. "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 *C.R.* (4th) 67.

*Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506; *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226.

Citée par le juge Major (dissident)

*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8 à 14, 11b), d), 15, 24(1), (2).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 5.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(3) [abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 487(1)(b) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 68(1); abr. 1994, ch. 44, art. 36], 545, 548(1), 581, 698, 700(1), Partie XXII.  
 Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.  
*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 8.  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 17.

### Doctrine citée

- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, vol. 1. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.  
 Choo, Andrew L.-T. «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864.  
 Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.  
 Firsten, Temi. «An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women» (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.  
 Paciocco, David M. «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.  
 Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 *C.R.* (4th) 92.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Stuesser, Lee. «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1992), 18 C.R. (4th) 98, ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Major J.J. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1992), 18 C.R. (4th) 98, qui avait ordonné l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

*Christopher M. Considine, Daniel R. McDonagh and David M. Paciocco*, for the appellant.

*Christopher M. Considine, Daniel R. McDonagh et David M. Paciocco*, pour l'appellant.

*Malcolm D. Macaulay, Q.C., and Andrea Miller*, for the respondent.

*Malcolm D. Macaulay, c.r., et Andrea Miller*, pour l'intimée.

*Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Susan Chapman and Miriam Bloomenfeld*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Susan Chapman et Miriam Bloomenfeld*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Sharon D. McIvor and Elizabeth J. Shilton*, for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada and the Women's Legal Education and Action Fund.

*Sharon D. McIvor et Elizabeth J. Shilton*, pour les intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Frances M. Kelly*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

*Frances M. Kelly*, pour l'intervenante l'Association canadienne de la santé mentale.

*Brian Weagant and Sheena Scott*, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

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

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par



LAMER C.J. AND SOPINKA J. (dissenting) —

## I. Introduction

This case, along with the companion decision in *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, raises the issue of whether and under what circumstances an accused is entitled to obtain production of sexual assault counselling records in the possession of third parties. It also raises the issue of when a stay of proceedings is the appropriate remedy for non-disclosure by the Crown of information in its possession which is neither clearly irrelevant nor privileged. On the latter issue, we agree with the reasons of Justice Major.

As for the issue of the production of therapeutic records, we have had the benefit of reading the reasons of our colleague Justice L'Heureux-Dubé, and we are in general agreement with her reasons on the issues of privacy and privilege. We wish, however, to make the following comments regarding the procedure to be followed for the disclosure and production of therapeutic records.

## II. Analysis

### 1. Introduction

The issues raised in the present appeal relate primarily to the production of therapeutic records beyond the possession or the control of the Crown. Generally speaking, this issue concerns the manner in which the accused can obtain production of therapeutic records from the third party custodian of the documents in question. Although issues relating to the disclosure of private records in the possession of the Crown are not directly engaged in this appeal, we nevertheless feel that some preliminary comments on that issue would provide a useful background to a discussion of therapeutic records in the possession of third parties. As a result, we begin our analysis with a brief consideration of the disclosure obligations of the Crown where therapeutic counselling records are in the

LE JUGE EN CHEF LAMER ET LE JUGE SOPINKA (dissidents) —

## I. Introduction

Le présent pourvoi, tout comme le pourvoi connexe *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, soulève la question de savoir si un accusé a le droit d'obtenir la production de dossiers socio-psychologiques concernant une agression sexuelle qui sont en la possession de tiers et dans quelles circonstances. Il soulève également la question de savoir quand l'arrêt des procédures est la réparation convenable dans le cas de non-divulgaration par le ministère public de renseignements en sa possession qui ne sont pas manifestement sans pertinence et ne sont pas privilégiés. Nous sommes d'accord avec les motifs du juge Major en ce qui a trait à la dernière question.

Quant à la question de la production des dossiers thérapeutiques, nous avons eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de notre collègue le juge L'Heureux-Dubé et nous sommes d'accord en général pour ce qui est de la protection de la vie privée et de l'existence d'un privilège. Nous désirons toutefois formuler les remarques suivantes au sujet de la procédure à suivre pour la divulgaration et la production des dossiers thérapeutiques.

## II. Analyse

### 1. Introduction

Les questions soulevées dans le présent pourvoi se rapportent principalement à la production de dossiers thérapeutiques qui ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public. En général, cette question concerne la manière dont l'accusé peut obtenir la production de dossiers thérapeutiques de la part du tiers gardien des documents en question. Bien que le présent pourvoi ne porte pas directement sur des questions de divulgaration de dossiers privés en la possession du ministère public, nous estimons néanmoins que certaines remarques préliminaires sur cette question pourraient être utiles pour une analyse des dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. Par conséquent, nous commençons notre analyse par un bref examen des obligations de divulgation du

Crown's possession or control. From there, we will move on to consider the case where such records remain in the hands of third parties and the production of those records is sought by the accused.

## 2. *Records in the Possession of the Crown*

### (a) The Application of *Stinchcombe*

4 The principles regarding the disclosure of information in the possession of the Crown were developed by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. In that case, it was determined that the Crown has an ethical and constitutional obligation to the defence to disclose all information in its possession or control, unless the information in question is clearly irrelevant or protected by a recognized form of privilege.

5 The Crown's duty to disclose information in its possession is triggered when a request for disclosure is made by the accused. When such a request is made, the Crown has a discretion to refuse to make disclosure on the grounds that the information sought is clearly irrelevant or privileged. Where the Crown chooses to exercise this discretion, the Crown bears the burden of satisfying the trial judge that withholding the information is justified on the grounds of privilege or irrelevance.

6 The foregoing principles were settled by this Court's decision in *Stinchcombe* and affirmed in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, and are not subject to challenge in this appeal. However, it is important to consider whether therapeutic records of the kind at issue in this appeal should be subject to a different disclosure regime than other kinds of information in the possession of the Crown. In answering this question, the Court must consider whether the Crown's disclosure obligations should be tempered by a balancing of the complainant's privacy interests in therapeutic records against the right of the accused to make full answer and defence. In our

ministère public lorsque des dossiers socio-psychologiques sont en sa possession ou sous son contrôle. Ensuite, nous examinerons le cas où ces dossiers restent en la possession de tiers et où l'accusé en demande la production.

## 2. *Les dossiers en la possession du ministère public*

### a) L'application de l'arrêt *Stinchcombe*

Les principes régissant la divulgation de renseignements en la possession du ministère public ont été énoncés par notre Cour dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Il y a été jugé que le ministère public a envers la défense l'obligation morale et constitutionnelle de divulguer tous les renseignements en sa possession ou sous son contrôle, à moins que les renseignements en question soient manifestement sans pertinence ou protégés par une forme reconnue de privilège.

L'obligation du ministère public de divulguer les renseignements en sa possession est enclenchée lorsque l'accusé présente une demande de divulgation. Le ministère public a alors le pouvoir discrétionnaire de refuser la divulgation pour le motif que les renseignements demandés sont manifestement sans pertinence ou sont privilégiés. Lorsque le ministère public choisit d'exercer ce pouvoir discrétionnaire, il lui incombe de convaincre le juge du procès que la rétention des renseignements se justifie par l'existence d'un privilège à leur égard ou l'absence de pertinence.

Les principes susmentionnés ont été établis par notre Cour dans *Stinchcombe* et confirmés dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, et ne sont pas contestés dans le présent pourvoi. Il importe toutefois d'examiner si les dossiers thérapeutiques du genre de ceux qui sont ici en cause devraient être assujettis à un régime de divulgation différent de celui qui s'applique aux autres genres de renseignements en la possession du ministère public. Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si les obligations de divulguer du ministère public devraient être tempérées par la pondération des intérêts privés du plaignant ou de la plaignante (ci-après le «plaignant») dans les dossiers thérapeutiques et du

view, a balancing of these competing interests is unnecessary in the context of disclosure.

(b) Privacy and Privilege

As our colleague L'Heureux-Dubé J. points out, sexual assault counselling records relate to intimate aspects of the life of the complainant. As a result, therapeutic records attract a stronger privacy interest than many other forms of information that may be in the Crown's possession. One could accordingly argue that the intensely private nature of therapeutic records affects the Crown's obligation to disclose such material to the defence, or that disclosure by the Crown is not required owing to some form of privilege that may attach to the information contained in the records. In our view, however, concerns relating to privacy or privilege disappear where the documents in question have fallen into the possession of the Crown. We are accordingly of the opinion that the Crown's well-established duty to disclose all information in its possession is not affected by the confidential nature of therapeutic records.

In our view, it would be difficult to argue that the complainant enjoys an expectation of privacy in records that are held by the Crown. In discussing the nature of a complainant's privacy interest in therapeutic records, L'Heureux-Dubé J. points out that such records often relate to "intensely private aspects" of the complainant's personal life, and describe thoughts and feelings "which have never even been shared with the closest of friends or family" (para. 112). With respect, we agree that important privacy interests attach to counselling records in the situation described by our colleague. However, where the documents in question have been shared with an agent of the state (namely, the Crown), it is apparent that the complainant's privacy interest in those records has disappeared. Clearly, where the records are in the possession of

droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. À notre avis, la pondération de ces intérêts divergents n'est pas nécessaire dans le contexte de la divulgation.

b) La protection de la vie privée et l'existence d'un privilège

Comme le signale notre collègue le juge L'Heureux-Dubé, les dossiers socio-psychologiques concernant une agression sexuelle touchent à des aspects intimes de la vie du plaignant. Par conséquent, les dossiers thérapeutiques commandent une plus grande protection de la vie privée que bien d'autres formes de renseignements qui peuvent être en la possession du ministère public. On pourrait donc soutenir que la nature éminemment privée des dossiers thérapeutiques a un effet sur l'obligation du ministère public de divulguer de tels documents à la défense ou que le ministère public n'est pas tenu de les divulguer en raison d'une certaine forme de privilège afférent aux renseignements contenus dans les dossiers. À notre avis, la protection de la vie privée ou l'existence d'un privilège ne suscitent cependant plus d'inquiétudes lorsque les documents en question sont en la possession du ministère public. En conséquence, nous sommes d'avis que le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession.

Il serait difficile, selon nous, de soutenir que le plaignant a des attentes en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers détenus par le ministère public. Pour étudier la nature du droit d'un plaignant à la protection de sa vie privée relativement à des dossiers thérapeutiques, le juge L'Heureux-Dubé indique que ces dossiers concernent souvent des «aspects totalement privés» de la vie personnelle du plaignant et contiennent des pensées et des déclarations «qui n'ont jamais été partagées avec [ses] amis les plus intimes ou [sa] famille» (par. 112). En toute déférence, nous sommes d'accord pour dire que d'importants droits à la protection de la vie privée sont associés aux dossiers socio-psychologiques dans la situation décrite par notre collègue. Toutefois, lorsque les documents en question ont été partagés avec un

the Crown, they have become "the property of the public to be used to ensure that justice is done" (*Stinchcombe, supra*, at p. 333). As a form of "public property", records in the possession of the Crown are simply incapable of supporting any expectation of privacy. As a result, there is no "privacy interest" to be balanced against the right of the accused to make full answer and defence.

représentant de l'État (à savoir le ministère public), il est évident que le droit à la protection de la vie privée que le plaignant avait relativement à ces dossiers n'existe plus. Il est évident que, lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public, ils sont devenus «la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue» (*Stinchcombe*, précité, à la p. 333). Si les dossiers en la possession du ministère public revêtent la forme d'une «propriété publique», il ne peut tout simplement pas y avoir d'attentes en matière de protection de la vie privée à leur égard. Par conséquent, il n'existe aucun «droit à la protection de la vie privée» qui puisse être pondéré en regard du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

9 The complainant's lack of a privacy interest in records that are possessed by the Crown counsels against a finding of privilege in such records. As stated above, it is somewhat inconsistent to claim that therapeutic records are sufficiently confidential to warrant a claim of privilege even after this confidentiality has been waived for the purpose of proceeding against the accused. Obviously, fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence.

L'absence de droit à la protection de la vie privée du plaignant relativement aux dossiers détenus par le ministère public nous empêche de conclure à l'existence d'un privilège à l'égard de ces dossiers. Comme nous l'avons déjà mentionné, il est quelque peu illogique de prétendre que des dossiers thérapeutiques sont suffisamment confidentiels pour justifier la revendication d'un privilège même après que l'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé. L'équité exige de toute évidence que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense.

10 In deciding that the complainant waives any potential claim of privilege where therapeutic records are provided to the Crown, we recognize that any such waiver must be "fully informed" in order to defeat an attempted claim of privilege. Clearly, one could make the argument that the complainant would not have turned the documents over to the Crown had he or she been aware that the accused could be given access to the records. However, this problem is easily solved by placing an onus upon the Crown to inform the complainant of the potential for disclosure. Where the Crown seeks to obtain the records in question for the purpose of proceeding against the accused, the Crown must explain to the complainant that the records, if

En décidant que le plaignant renonce à toute revendication éventuelle de privilège lorsque les dossiers thérapeutiques sont transmis au ministère public, nous reconnaissons que, pour qu'elle fasse échec à une revendication de privilège, une telle renonciation doit être faite de façon «entièrement éclairée». On pourrait manifestement alléguer que le plaignant n'aurait pas remis les documents au ministère public s'il avait su que l'accusé aurait pu avoir accès aux dossiers. Cependant, le problème se résout facilement si on impose au ministère public l'obligation d'informer le plaignant de la possibilité de divulgation. Lorsqu'il cherche à obtenir les dossiers en question en vue de poursuivre l'accusé, le ministère public doit expliquer au

relevant, will have to be disclosed to the defence. As a result, the complainant will be given the opportunity to decide whether or not to waive any potential claim of privilege prior to releasing the records in question to the agents of the state.

Finally, it must be recognized that any form of privilege may be forced to yield where such a privilege would preclude the accused's right to make full answer and defence. As this Court held in *Stinchcombe* (at p. 340), a trial judge may require disclosure "in spite of the law of privilege" (emphasis added) where the recognition of the asserted privilege unduly limits the right of the accused to make full answer and defence. As a result, information in the possession of the Crown which is clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence must be disclosed to the accused, regardless of any potential claim of privilege that might arise.

### (c) Relevance

In commenting on the nature of therapeutic records, L'Heureux-Dubé J. has made it clear that the relevance of such records to the preparation of the defence cannot be presumed. As L'Heureux-Dubé J. states in her decision (at para. 144):

... it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial.

With respect, we agree with the proposition that the mere existence of therapeutic records is insufficient to establish the relevance of those records to the defence. However, we are of the opinion that the relevance of such records must be presumed where the records are in the possession of the Crown. Generally speaking, the Crown would not obtain possession or control of therapeutic records

plaignant que, s'ils sont pertinents, ils devront être divulgués à la défense. En conséquence, le plaignant aura la possibilité de décider s'il renonce ou non à toute revendication éventuelle de privilège avant de communiquer les dossiers en question aux représentants de l'État.

En dernier lieu, il faut reconnaître que toute forme de privilège doit céder le pas lorsqu'un tel privilège porterait atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Comme notre Cour l'a conclu dans *Stinchcombe* (à la p. 340), le juge du procès peut exiger la divulgation «malgré le droit au secret» (je souligne) lorsque la reconnaissance du privilège revendiqué restreint indûment le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir.

### c) La pertinence

Dans ses remarques sur la nature des dossiers thérapeutiques, le juge L'Heureux-Dubé a précisé que leur pertinence par rapport à la préparation de la défense ne peut pas se présumer. Comme elle le dit dans ses motifs (au par. 144):

... il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès.

En toute déférence, nous sommes d'accord pour dire que la simple existence de dossiers thérapeutiques ne suffit pas à établir leur pertinence par rapport à la défense. Toutefois, nous estimons que la pertinence de ces dossiers doit se présumer lorsqu'ils se trouvent en la possession du ministère public. En règle générale, celui-ci n'obtiendrait pas la possession ou le contrôle des dossiers thérapeu-

unless the information the records contained was somehow relevant to the case against the accused. While one could make the argument that the Crown simply wished to peruse the records in question in order to ensure that they contained no relevant information, this cannot affect the Crown's obligation to disclose. If indeed the Crown merely surveyed the records and found them to contain no relevant material, the Crown would retain the opportunity to prove the irrelevance of the records on a *Stinchcombe* application by the defence. Clearly, the Crown is in a better position than the accused to discharge any onus regarding the relevance of the records, as the Crown retains possession and control of the information.

(d) Conclusion

13 For each of the foregoing reasons, we are of the view that the Crown's disclosure obligations established in the *Stinchcombe* decision are unaffected by the confidential nature of therapeutic records. Where the Crown has possession or control of therapeutic records, there is simply no compelling reason to depart from the reasoning in *Stinchcombe*: unless the Crown can prove that the records in question are clearly irrelevant or subject to some form of public interest privilege, the therapeutic records must be disclosed to the defence.

14 Having concluded that the principles of *Stinchcombe* are applicable in the context of therapeutic records within the Crown's possession, it remains to be determined what procedures for production will apply where the counselling records in question are possessed by third parties. Our views as to the appropriate procedure in that situation are discussed below.

tiques à moins que les renseignements qu'ils contiennent n'aient quelque pertinence relativement à la poursuite engagée contre l'accusé. Même si l'on pouvait soutenir que le ministère public désirait simplement parcourir les dossiers en question pour s'assurer qu'ils ne contenaient aucun renseignement pertinent, cela ne peut pas influencer sur l'obligation de divulguer du ministère public. Si, en fait, le ministère public a simplement parcouru les dossiers et conclu qu'ils ne contenaient aucun document pertinent, il conserverait la possibilité de prouver la non-pertinence des dossiers dans le cas d'une demande de type *Stinchcombe* présentée par la défense. Le ministère public est nettement mieux placé que l'accusé pour s'acquitter d'un fardeau en ce qui concerne la pertinence des dossiers, car les renseignements restent en sa possession et sous son contrôle.

d) Conclusion

Pour chacune des raisons qui précèdent, nous sommes d'avis que le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*. Lorsque de tels dossiers sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, il n'y a tout simplement aucune raison impérieuse de s'écarter du raisonnement suivi dans *Stinchcombe*: à moins que le ministère public puisse prouver qu'ils sont manifestement non pertinents ou sont assujettis à une certaine forme de privilège d'intérêt public, les dossiers thérapeutiques en question doivent être divulgués à la défense.

Après avoir conclu que les principes énoncés dans *Stinchcombe* s'appliquent dans le contexte des dossiers thérapeutiques en la possession du ministère public, il reste à déterminer quelles procédures s'appliqueront à leur production lorsque les dossiers socio-psychologiques en question sont détenus par des tiers. Nous commentons ci-dessous notre point de vue sur la procédure appropriée dans ce cas.

1995 CanLII 51 (SCC)

3. *Records in the Hands of Third Parties*(a) The Application of *Stinchcombe*

As stated earlier, this Court's decision in *Stinchcombe* set out the general principle that an accused's ability to access information necessary to make full answer and defence is now constitutionally protected under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The rationale for this constitutional protection stems from the basic proposition that the right to make full answer and defence is "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted": *Stinchcombe*, at p. 336.

*Stinchcombe* and its progeny were decided in the context of disclosure, where the information in question was in the possession of the Crown or the police. In that context, we held that an accused was entitled to obtain all of the information in the possession of the Crown, unless the information in question was clearly irrelevant. However, *Stinchcombe* recognized that, even in the context of disclosure, there are limits on the right of an accused to access information. For example, when the Crown asserts that the information is privileged, the trial judge must then balance the competing claims at issue. In such cases, the information will only be disclosed where the trial judge concludes that the asserted privilege "does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence" (*Stinchcombe*, at p. 340).

In our opinion, the balancing approach we established in *Stinchcombe* can apply with equal force in the context of production, where the information sought is in the hands of a third party. Of course, the balancing process must be modified to fit the context in which it is applied. In cases involving production, for example, we are concerned with the competing claims of a constitu-

3. *Les dossiers entre les mains de tiers*a) L'application de l'arrêt *Stinchcombe*

Ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, l'arrêt *Stinchcombe* a énoncé le principe général selon lequel la possibilité pour l'accusé d'avoir accès aux renseignements nécessaires afin de présenter une défense pleine et entière est maintenant protégée sur le plan constitutionnel en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La raison d'être de cette protection constitutionnelle découle de la proposition fondamentale selon laquelle le droit de présenter une défense pleine et entière constitue «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables»: *Stinchcombe*, à la p. 336.

L'arrêt *Stinchcombe* et ceux qui l'ont suivi ont été rendus dans le contexte de la divulgaration, lorsque les renseignements en question étaient en la possession du ministère public ou de la police. Dans ce contexte, nous avons conclu qu'un accusé a le droit d'obtenir tous les renseignements qui sont en la possession du ministère public, à moins que les renseignements en question soient manifestement sans pertinence. Cependant, l'arrêt *Stinchcombe* a reconnu que, même dans le contexte de la divulgation, il existe des limites au droit d'un accusé d'avoir accès à des renseignements. Par exemple, lorsque le ministère public affirme que les renseignements font l'objet d'un privilège, le juge du procès doit alors pondérer les revendications contradictoires en cause. Les renseignements ne seront alors divulgués que lorsque le juge du procès conclut que le privilège revendiqué «ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340).

À notre avis, la méthode de la pondération que nous avons préconisée dans *Stinchcombe* peut s'appliquer tout autant dans le contexte de la production, lorsque les renseignements demandés sont entre les mains d'un tiers. Naturellement, le processus de pondération doit être modifié pour s'adapter au contexte dans lequel il s'applique. Dans les cas de production, par exemple, nous

tional right to privacy in the information on the one hand, and the right to full answer and defence on the other. We agree with L'Heureux-Dubé J. that a constitutional right to privacy extends to information contained in many forms of third party records.

nous intéressons aux revendications contradictoires d'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée en matière de renseignements d'une part et du droit de présenter une défense pleine et entière d'autre part. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire qu'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée s'étend aux renseignements contenus dans plusieurs sortes de dossiers entre les mains de tiers.

18 In recognizing that all individuals have a right to privacy which should be protected as much as is reasonably possible, we should not lose sight of the possibility of occasioning a miscarriage of justice by establishing a procedure which unduly restricts an accused's ability to access information which may be necessary for meaningful full answer and defence. In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611, we recognized that:

En reconnaissant que tous les individus jouissent d'un droit à la protection de leur vie privée, qui devrait être protégé autant que raisonnablement possible, nous ne devrions pas perdre de vue qu'on peut commettre une erreur judiciaire en établissant une procédure qui restreint indûment la capacité pour un accusé d'avoir accès aux renseignements qui peuvent être nécessaires à une défense pleine et entière qui soit significative. Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611, nous avons reconnu:

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

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

Indeed, so important is the societal interest in preventing a miscarriage of justice that our law requires the state to disclose the identity of an informer in certain circumstances, despite the fact that the revelation may jeopardize the informer's safety.

En fait, l'intérêt de la société à ce que soit évitée toute erreur judiciaire est tellement important que notre droit exige de l'État qu'il divulgue l'identité d'un indicateur dans certaines circonstances, même si la révélation de son identité risque de mettre sa sécurité en danger.

(b) The First Stage: Establishing "Likely Relevance"

b) La première étape: démontrer la «pertinence probable»

19 When the defence seeks information in the hands of a third party (as compared to the state), the following considerations operate so as to require a shifting of the onus and a higher threshold of relevance:

Lorsque la défense demande des renseignements qui sont entre les mains d'un tiers (par comparaison à celles de l'État), les considérations suivantes interviennent et exigent un déplacement du fardeau et un critère de pertinence plus élevé:

- (1) the information is not part of the state's "case to meet" nor has the state been granted access to the information in preparing its case; and

- (1) les renseignements ne font pas partie de la «preuve complète» que l'État doit présenter et l'État n'a pas eu accès aux renseignements lors de la préparation de sa preuve;



(2) third parties have no obligation to assist the defence.

In light of these considerations, we agree with L'Heureux-Dubé J. that, at the first stage in the production procedure, the onus should be on the accused to satisfy a judge that the information is likely to be relevant. The onus we place on the accused should not be interpreted as an evidential burden requiring evidence and a *voir dire* in every case. It is simply an initial threshold to provide a basis for production which can be satisfied by oral submissions of counsel. It is important to recognize that the accused will be in a very poor position to call evidence given that he has never had access to the records. *Viva voce* evidence and a *voir dire* may, however, be required in situations in which the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of the submissions of counsel. (See *Chaplin, supra*, at p. 744.)

In order to initiate the production procedure, the accused must bring a formal written application supported by an affidavit setting out the specific grounds for production. However, the court should be able, in the interests of justice, to waive the need for a formal application in some cases. In either event, however, notice must be given to third parties in possession of the documents as well as to those persons who have a privacy interest in the records. The accused must also ensure that the custodian and the records are subpoenaed to ensure their attendance in the court. The initial application for disclosure should be made to the judge seized of the trial, but may be brought before the trial judge prior to the empanelling of the jury, at the same time that other motions are heard. In this way, disruption of the jury will be minimized and both the Crown and the defence will be provided with adequate time to prepare their cases based on any evidence that may be produced as a result of the application.

According to L'Heureux-Dubé J., once the accused meets the "likely relevance" threshold, he or she must then satisfy the judge that the salutary

(2) les tiers ne sont nullement tenus de prêter leur assistance à la défense.

Compte tenu de ces considérations, nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que, à la première étape de la demande de production de documents, il devrait incomber à l'accusé de convaincre le juge que les renseignements sont d'une pertinence probable. Il ne faudrait pas interpréter le fardeau que nous imputons à l'accusé comme exigeant la présentation d'éléments de preuve et la tenue d'un *voir-dire* dans chaque cas. Il s'agit simplement d'un critère initial visant à établir un fondement pour la production, auquel l'avocat pourra satisfaire par sa plaidoirie. Il est important de reconnaître que l'accusé sera très mal placé pour produire une preuve étant donné qu'il n'a jamais eu accès aux dossiers. La production d'une preuve de vive voix ainsi que la tenue d'un *voir-dire* peuvent toutefois s'imposer lorsque le juge qui préside est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les prétentions de l'avocat. (Voir *Chaplin*, précité, à la p. 744.)

Pour entamer la procédure de production, l'accusé doit présenter par écrit une demande formelle appuyée d'un affidavit exposant les motifs précis de la production. Toutefois, dans l'intérêt de la justice, le tribunal devrait pouvoir exempter l'accusé de la nécessité de présenter une demande formelle dans certains cas. Quelle que soit la procédure retenue, les tiers en possession des documents et les personnes qui ont un intérêt de nature privée dans les dossiers doivent être avisés de la demande de production. L'accusé doit également veiller à ce que le gardien soit assigné à comparaître et à produire les dossiers. La demande initiale de divulgation devrait être adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être présentée devant le juge du procès avant la formation du jury, au moment de l'audition des autres requêtes. Cela évitera de déranger le jury et laissera au ministère public et à la défense tout le temps nécessaire pour préparer leur preuve en se fondant sur tout élément de preuve qui sera produit à la suite de la demande.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, une fois que l'accusé a satisfait au critère de la «pertinence probable», il lui faudra convaincre le juge que les

effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production. We are of the view that this balancing should be undertaken at the second stage of the procedure. The "likely relevance" stage should be confined to a question of whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records. Moreover, a judge will only be in an informed position to engage in the required balancing analysis once he or she has had an opportunity to review the records in question.

### (c) The Meaning of "Likely" Relevance

In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence (see *Egger, supra*, at p. 467, and *Chaplin, supra*, at p. 740). In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. When we speak of relevance to "an issue at trial", we are referring not only to evidence that may be probative to the material issues in the case (i.e. the unfolding of events) but also to evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case. See *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (Ont. C.A.), at p. 398.

This higher threshold of relevance is appropriate because it reflects the context in which the information is being sought. Generally speaking, records in the hands of third parties find their way into court proceedings by one of two procedures. First, under s. 698(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a party may apply for a subpoena requiring a person to attend where that person is likely to give material evidence in a proceedings. Pursuant to s. 700(1) of the *Code*, the subpoena is only available for those records in the custodian's possession "relating to the subject-

effets bénéfiques qu'entraînerait l'ordonnance de production des documents à la cour pour inspection l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle production. Nous estimons que cette pondération devrait être entreprise à la seconde étape de la demande. L'étape de la «pertinence probable» devrait se limiter à la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière. De plus, le juge ne sera en mesure de procéder à la pondération requise que lorsqu'il aura eu l'occasion d'examiner les dossiers en question.

### c) Le sens de pertinence «probable»

Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense (voir *Egger, précité*, à la p. 467, et *Chaplin, précité*, à la p. 740). Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge président le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque nous parlons de pertinence par rapport à «une question en litige», nous faisons allusion non seulement à la preuve qui peut avoir une valeur probante relativement aux questions substantielles (c'est-à-dire le déroulement des événements), mais également à la preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l'affaire. Voir *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (C.A. Ont.), à la p. 398.

Ce critère plus élevé de pertinence est approprié parce qu'il reflète le contexte dans lequel sont demandés les renseignements. En règle générale, les dossiers qui sont entre les mains de tiers apparaissent dans le déroulement des procédures judiciaires de l'une des deux façons suivantes. Premièrement, en vertu du par. 698(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une des parties au procès peut demander que soit lancée une assignation enjoignant à une personne de comparaître lorsque cette personne est susceptible de fournir quelque preuve substantielle dans une procédure. Confor-

matter of the proceedings". The second method of obtaining production of documents is to apply for a search warrant pursuant to s. 487(1) of the *Code*. Under s. 487(1)(b) a search warrant will be issued where a justice is satisfied that there is in a building, receptacle or place "anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence . . .". Consequently, under either of these schemes the individual seeking access to third party records must satisfy a neutral arbiter that the records are relevant to the proceedings in question. We agree with L'Heureux-Dubé J. that the appropriate procedure to follow is via the *subpoena duces tecum* route.

While we agree that "likely relevance" is the appropriate threshold for the first stage of the two-step procedure, we wish to emphasize that, while this is a significant burden, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused. There are several reasons for holding that the onus upon the accused should be a low one. First, at this stage of the inquiry, the only issue is whether the information is "likely" relevant. We agree with L'Heureux-Dubé J. that considerations of privacy should not enter into the analysis at this stage. We should also not be concerned with whether the evidence would be admissible, for example as a matter of policy, as that is a different query (*Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). As the House of Lords recognized in *R. v. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638, at p. 664:

. . . the fact that an item of information cannot be put in evidence by a party does not mean that it is worthless. Often, the train of inquiry which leads to the discovery

mément au par. 700(1) du *Code*, l'assignation n'est valable que pour les dossiers en la possession du gardien qui se rapportent «à l'objet des procédures». La seconde façon d'obtenir la production de documents est de demander un mandat de perquisition conformément au par. 487(1) du *Code*. Aux termes de l'al. 487(1)b), un mandat de perquisition sera délivré lorsqu'un juge de paix est convaincu que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, «une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction . . .». Par conséquent, sous l'un ou l'autre de ces régimes, l'individu qui demande à avoir accès à des dossiers en la possession de tiers doit convaincre un arbitre neutre que les dossiers sont pertinents relativement aux procédures en question. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que la procédure appropriée à suivre est l'assignation *duces tecum*.

Si nous admettons que la «pertinence probable» est le critère approprié à la première étape de la procédure à deux volets, nous désirons toutefois souligner que, bien qu'il s'agisse d'un fardeau important, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé. Il y a plusieurs raisons qui peuvent nous amener à conclure que le fardeau qui incombe à l'accusé devrait être léger. Premièrement, à cette étape de l'enquête, il s'agit uniquement de savoir si les renseignements sont «probablement» pertinents. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse effectuée à cette étape. Nous ne devrions pas non plus nous préoccuper de savoir si les éléments de preuve seraient admissibles, comme question de principe par exemple, car il s'agit là d'une question différente (*Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Comme la Chambre des lords l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638, à la p. 664:

[TRADUCTION] . . . le fait qu'un renseignement ne puisse pas être produit en preuve par l'une des parties ne signifie pas qu'il est sans valeur. Souvent, le déroulement de

of evidence which is admissible at a trial may include an item which is not admissible . . . .

A relevance threshold, at this stage, is simply a requirement to prevent the defence from engaging in "speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming" requests for production. See *Chaplin, supra*, at p. 744.

Second, by placing an onus on the accused to show "likely relevance", we put the accused in the difficult situation of having to make submissions to the judge without precisely knowing what is contained in the records. This Court has recognized on a number of occasions the danger of placing the accused in a "Catch-22" situation as a condition of making full answer and defence (see, for example, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at pp. 1513-14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1463-64; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469). In *Durette*, at p. 499, Sopinka J., for a majority of the Court, held:

The appellants should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen.

Similarly, La Forest J. in *Carey*, at p. 678, held in commenting on the lower court's decision which denied the applicant access to cabinet documents because his submissions, according to that court, were no more than "a bare unsupported assertion . . . that something to help him may be found":

What troubles me about this approach is that it puts on a plaintiff [the] burden of proving how the documents, which are admittedly relevant, can be of assistance. How can he do that? He has never seen them; they are confidential and so unavailable. To some extent, then, what the documents contain must be a matter of speculation.

We are of the view that the concern expressed in these cases applies with equal force in the case at

l'enquête qui mène à la découverte d'éléments de preuve qui sont admissibles au procès peut comprendre un élément qui ne l'est pas . . . .

À cette étape, un critère de pertinence vise simplement à empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production «qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires». Voir *Chaplin*, précité, à la p. 744.

Deuxièmement, en imposant à l'accusé le fardeau de prouver la «pertinence probable», nous le plaçons dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers. Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises qu'il est dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière (voir, par exemple, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469). Dans *Durette*, à la p. 499, le juge Sopinka a conclu, au nom de la Cour à la majorité:

Les appelants ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus.

De la même façon, le juge La Forest a dit dans *Carey*, à la p. 678, à l'occasion de remarques sur la décision de la cour de juridiction inférieure de refuser au requérant l'accès à des documents du Cabinet parce que ses arguments, selon cette cour, n'étaient rien d'autre qu'une [TRADUCTION] «simple affirmation, sans rien à l'appui [. . .] que quelque chose d'utile pourrait se trouver» dans les documents:

Ce qui me gêne dans cette façon de voir est qu'elle impose à un demandeur l'obligation de prouver en quoi des documents, reconnus pertinents, peuvent l'aider. Mais comment peut-il s'y prendre? Il ne les a jamais vus; ils sont confidentiels et ne peuvent être consultés. Dans une certaine mesure donc la teneur des documents doit relever de la conjecture.

Nous estimons que la préoccupation exprimée dans ces arrêts s'applique tout autant en l'espèce, où le

bar, where the ultimate goal is the search for truth rather than the suppression of potentially relevant evidence.

L'Heureux-Dubé J. questions the "Catch-22" analogy in the context of production. In her view, there is no presumption of materiality because the records are not created nor sought by the state as part of its investigation. However, it should be remembered that in most cases, an accused will not be privy to the existence of third party records which are maintained under strict rules of confidentiality. Generally speaking, an accused will only become aware of the existence of records because of something which arises in the course of the criminal case. For example, the complainant's psychiatrist, therapist or social worker may come forward and reveal his or her concerns about the complainant (as occurred in *R. v. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253 (N.S.C.A.), and *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (N.S.C.A.)). In other cases, the complainant may reveal at the preliminary inquiry or in his or her statement to the police that he or she decided to lay a criminal charge against the accused following a visit with a particular therapist. There is a possibility of materiality where there is a "reasonably close temporal connection between" the creation of the records and the date of the alleged commission of the offence (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 673) or in cases of historical events, as in this case, a close temporal connection between the creation of the records and the decision to bring charges against the accused.

In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 370, we recognized that "[i]t is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence". Consequently, while we will not attempt to set out categories of relevance, we feel compelled to respond to some of the statements expressed by our colleague. L'Heureux-Dubé J. suggests in her reasons that "the assumption that private therapeutic or counselling records are relevant to full answer and defence is often highly questionable" (para. 109) and that "the vast majority of information noted during therapy ses-

but ultime est la recherche de la vérité plutôt que la suppression d'éléments de preuve potentiellement pertinents.

Le juge L'Heureux-Dubé met en doute l'analogie avec la situation sans issue dans le contexte de la production. À son avis, il n'y a aucune présomption du caractère substantiel des dossiers parce qu'ils ne sont ni créés ni demandés par l'État comme faisant partie intégrante de son enquête. Toutefois, il faut se rappeler que, dans la plupart des cas, un accusé ne connaîtra pas l'existence de dossiers de tiers qui sont conservés selon des règles de confidentialité strictes. En général, un accusé ne connaîtra l'existence de dossiers que parce qu'il est survenu quelque chose au cours de l'instance criminelle. Par exemple, le psychiatre, le thérapeute ou le travailleur social du plaignant peut se présenter et faire part de ses préoccupations au sujet du plaignant (comme cela s'est produit dans *R. c. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253 (C.A.N.-É.), et *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (C.A.N.-É.)). Dans d'autres cas, le plaignant peut révéler à l'enquête préliminaire ou dans sa déclaration aux policiers qu'il a décidé de porter plainte au criminel contre l'accusé à la suite d'une visite qu'il a faite à un thérapeute donné. Il est possible que les documents soient substantiels lorsqu'il y a un «rapport temporel suffisamment étroit entre» la création des dossiers et la date à laquelle l'infraction aurait été commise (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 673) ou, dans le cas d'événements survenus il y a longtemps, comme en l'es-  
pèce, un rapport temporel étroit entre la création des dossiers et la décision de déposer des plaintes contre l'accusé.

Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 370, nous avons reconnu qu'«[i]l est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve». En conséquence, bien que nous n'ayons pas l'intention d'établir des catégories de pertinence, nous nous sentons obligés de répondre à certains des énoncés de notre collègue. Le juge L'Heureux-Dubé dit dans ses motifs que «l'affirmation selon laquelle les dossiers thérapeutiques ou socio-psychologiques sont nécessaires pour assurer une défense pleine et entière est souvent grandement

sions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial" (para. 144). With respect, we disagree. L'Heureux-Dubé J.'s observation as to the likelihood of relevance belies the reality that in many criminal cases, trial judges have ordered the production of third party records often applying the same principles we have enunciated in this case. The sheer number of decisions in which such evidence has been produced supports the potential relevance of therapeutic records.

discutable» (par. 109) et que «la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige» (par. 144). En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. L'observation du juge L'Heureux-Dubé au sujet de la probabilité de la pertinence donne une fausse idée de la réalité selon laquelle, dans bon nombre de poursuites criminelles, les juges du procès ont ordonné la production de dossiers de tiers souvent en appliquant les mêmes principes que ceux que nous avons énoncés en l'espèce. Le nombre même de décisions dans lesquelles a été produite une telle preuve vient étayer la pertinence potentielle des dossiers thérapeutiques.

1995 CanLII 51 (SCC)

28 Moreover, in *Osolin, supra*, this Court recognized the importance of ensuring access to the kind of information at issue in this appeal. In *Osolin*, we ordered a new trial where the accused had been denied an opportunity to cross-examine regarding the psychiatric records of the complainant. Those records contained the following entry (at p. 661):

She is concerned that her attitude and behaviour may have influenced the man to some extent and is having second thoughts about the entire case.

Cory J., for the majority, held, at p. 674, that:

... what the complainant said to her counsellor ... could well reflect a victim's unfortunate and unwarranted feelings of guilt and shame for actions and events that were in no way her fault. Feelings of guilt, shame and lowered self-esteem are often the result of the trauma of a sexual assault. If this is indeed the basis for her statement to the counsellor, then they could not in any way lend an air of reality to the accused's proposed defence of mistaken belief in the complainant's consent. However, in the absence of cross-examination it is impossible to know what the result might have been.

En outre, dans *Osolin*, précité, notre Cour a reconnu l'importance de permettre l'accès au genre de renseignements dont il est question en l'espèce. Dans cet arrêt, nous avons ordonné la tenue d'un nouveau procès là où l'accusé s'était vu refuser la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire relativement aux dossiers psychiatriques de la plaignante. Ces dossiers contenaient l'inscription suivante (à la p. 661):

[TRADUCTION] Elle craint que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré et elle commence à avoir des doutes quant à toute l'affaire.

Le juge Cory a conclu, au nom de la majorité, à la p. 674:

... les propos tenus par la plaignante devant son conseiller [...] pourraient fort bien refléter les sentiments malheureux et non fondés de culpabilité et de honte pour des actes et des événements survenus sans qu'elle soit fautive. Les sentiments de culpabilité, de honte et de perte d'estime de soi sont souvent le résultat de l'expérience traumatisante de l'agression sexuelle. S'ils étaient effectivement le fondement de sa déclaration à son conseiller, ils ne pourraient aucunement donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante qu'invoque l'appelant. Faute de contre-interrogatoire toutefois, il est impossible de savoir quel aurait pu en être le résultat.

29 By way of illustration only, we are of the view that there are a number of ways in which informa-

En guise d'illustration seulement, nous sommes d'avis que les renseignements figurant dans les

tion contained in third party records may be relevant, for example, in sexual assault cases:

- (1) they may contain information concerning the unfolding of events underlying the criminal complaint. See *Osolin, supra*, and *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115 (Ont. C.A.).
- (2) they may reveal the use of a therapy which influenced the complainant's memory of the alleged events. For example, in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 447, L'Heureux-Dubé J. recognized the problem of contamination when she stated, in the context of the sexual abuse of children, that "the fear of contaminating required testimony has forced the delay of needed therapy and counselling". See too *R. v. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153 (Ont. C.A.).
- (3) they may contain information that bears on the complainant's "credibility, including testimonial factors such as the quality of their perception of events at the time of the offence, and their memory since". See *R. v. R. (L.)*, *supra*, at p. 398; *R. v. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261 (B.C.C.A.); *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (N.S.C.A.); *Toohey v. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All. E.R. 506 (H.L.).

As a result, we disagree with L'Heureux-Dubé J.'s assertion that therapeutic records will only be relevant to the defence in rare cases.

(d) The Role of the Judge at the Second Stage: Balancing Full Answer and Defence and Privacy

We agree with L'Heureux-Dubé J. that "upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused" (para. 153). We also agree that in making that determination, the judge must examine and weigh the salutary and deleterious effects of a pro-

dossiers de tiers peuvent être pertinents d'un certain nombre de façons, par exemple, dans les affaires d'agression sexuelle:

- (1) ils peuvent contenir des renseignements concernant le déroulement des événements qui sont à la base de la plainte au criminel. Voir *Osolin*, précité, et *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115 (C.A. Ont.).
- (2) ils peuvent révéler le recours à une thérapie qui a influé sur le souvenir que le plaignant a des faits allégués. Par exemple, dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 447, le juge L'Heureux-Dubé a admis le problème de la contamination lorsqu'elle a déclaré, dans le contexte des agressions sexuelles contre les enfants, qu'«on a dû, par crainte de contaminer le témoignage requis, retarder la thérapie et le counseling». Voir également *R. c. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153 (C.A. Ont.).
- (3) ils peuvent contenir des renseignements qui ont trait à [TRADUCTION] «la crédibilité [des plaignants], y compris des éléments des témoignages comme la qualité de la perception qu'ils avaient des faits au moment où l'infraction a été commise et le souvenir qu'ils en ont depuis». Voir *R. c. R. (L.)*, précité, à la p. 398; *R. c. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261 (C.A.C.-B.); *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (C.A.N.-É.); *Toohey c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All. E.R. 506 (H.L.).

Par conséquent, nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation du juge L'Heureux-Dubé selon laquelle les dossiers thérapeutiques ne seront pertinents pour la défense que dans de rares cas.

d) Le rôle du juge à la seconde étape: pondération de la défense pleine et entière et de la protection de la vie privée

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que, «au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer si et dans quelle mesure ils devraient être divulgués à l'accusé» (par. 153). Nous admettons également que, pour arriver à cette conclusion, le juge doit examiner et soupeser

duction order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. In some cases, it may be possible for the presiding judge to provide a judicial summary of the records to counsel to enable them to assist in determining whether the material should be produced. This, of course, would depend on the specific facts of each particular case.

les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans certains cas, le juge qui préside le procès peut avoir la possibilité de fournir un résumé judiciaire des dossiers aux avocats pour leur permettre d'aider à déterminer si les documents devraient être produits. Cela dépend naturellement des faits précis de chaque cas particulier.

31

We also agree that, in balancing the competing rights in question, the following factors should be considered: "(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias" and "(5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question" (para. 156).

Nous admettons également que, pour équilibrer les droits contradictoires en question, il faudrait prendre en considération les facteurs suivants: «(1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires» et «(5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question» (par. 156).

32

However, L'Heureux-Dubé J. also refers to two other factors that she believes must be considered. She suggests that the judge should take account of "the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims" as well as "the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome" (para. 156). This last factor is more appropriately dealt with at the admissibility stage and not in deciding whether the information should be produced. As for society's interest in the reporting of sexual crimes, we are of the opinion that there are other avenues available to the judge to ensure that production does not frustrate the societal interests that may be implicated by the production of the records to the defence. A number of these avenues are discussed by the Nova Scotia Court of

Toutefois, le juge L'Heureux-Dubé mentionne également deux autres facteurs qui, d'après elle, doivent être pris en considération. Elle dit que le juge devrait tenir compte de «la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies» ainsi que de «l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision» (par. 156). Il conviendrait mieux de traiter de ce dernier facteur à l'étape de l'admissibilité et non pas au moment de décider si les renseignements devraient être produits. Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que les crimes sexuels soient signalés, nous sommes d'avis que le juge dispose d'autres moyens pour s'assurer que la production ne contrecarre pas les intérêts de la société qui peuvent être touchés par la production



Appeal in *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226, at p. 230:

As the trials of these two charges proceed, there are a number of protective devices to allay the concerns of the caseworkers over the contents of their files. The trial judge has considerable discretion in these matters. It is for the trial judge to determine whether a ban shall be placed on publication. It is for the trial judge to decide whether spectators shall be barred when evidence is given on matters that the trial judge deems to be extremely sensitive and worth excluding from the information available to the public. High on the list is, of course, the matter of relevance. Unless the evidence sought from the witness meets the test of relevancy, it will be excluded. The trial judge is able to apply the well-established rules and tests to determine whether any given piece of evidence is relevant.

We are also of the view that these options are available to the judge to further protect the privacy interests of witnesses if the production of private records is ordered.

Consequently, the societal interest is not a paramount consideration in deciding whether the information should be provided. It is, however, a relevant factor which should be taken into account in weighing the competing interests.

In applying these factors, it is also appropriate to bear in mind that production of third party records is always available to the Crown provided it can obtain a search warrant. It can do so if it satisfies a justice that there is in a place, which includes a private dwelling, anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence of the commission of an offence. Fairness requires that the accused be treated on an equal footing.

### III. Conclusion and Disposition

Although the parties have obviously failed to observe the above procedures for the production of

des dossiers à la défense. Certains de ces moyens ont été examinés par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226, à la p. 230:

[TRADUCTION] À mesure que se déroulent les procès relatifs à ces deux accusations, il y a un certain nombre de mécanismes de protection pour apaiser les inquiétudes des travailleurs en service social au sujet du contenu de leurs dossiers. Le juge du procès jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire dans ces domaines. Il lui appartient de déterminer s'il faut en interdire la publication. Il lui appartient de décider si la salle d'audience sera interdite aux spectateurs lors de la présentation de la preuve sur des questions qu'il estime extrêmement délicates et qui méritent d'être écartées des renseignements disponibles au public. Naturellement, la question de la pertinence est au début de la liste. À moins que la preuve demandée au témoin réponde au critère de la pertinence, elle sera exclue. Le juge du procès peut appliquer les règles et les critères reconnus pour déterminer si un élément de preuve particulier est pertinent.

Nous sommes également d'avis que le juge dispose de ces options pour protéger davantage le droit à la vie privée des témoins si la production de dossiers privés est ordonnée.

Par conséquent, l'intérêt de la société n'est pas une considération primordiale lorsqu'il s'agit de décider si les renseignements devraient être fournis. Par contre, c'est un facteur pertinent qui devrait être pris en considération dans la pondération des intérêts opposés.

Dans l'application de ces facteurs, il convient également de se rappeler que le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers pourvu qu'il obtienne un mandat de perquisition. Il peut le faire s'il convainc un juge de paix que se trouve dans un endroit, ce qui comprend une habitation privée, une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction. L'équité exige que l'accusé bénéficie d'un traitement égal.

### III. Conclusion et dispositif

Bien que les parties n'aient manifestement pas suivi les procédures susmentionnées pour la pro-

third party records, it is unnecessary to determine whether or not a production order was warranted in this case. In our view, Major J. is correct in holding that the impropriety of the production order at issue in this appeal “does not excuse the conduct of the Crown after the order was made” (para. 222). As a result, whether or not production was warranted in this case, the conduct of the Crown in refusing to comply with the production order is inexcusable, and warrants a stay of the proceedings against the accused. We are therefore in complete agreement with the reasoning and conclusions of Major J., and would accordingly hold that this appeal should be allowed.

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

36 L'HEUREUX-DUBÉ J. — Two issues are raised by this appeal. First, when does non-disclosure by the Crown justify an order that the proceedings which are the subject matter of the non-disclosure be stayed? Second, what is the appropriate procedure to be followed when an accused seeks production of documents such as medical and/or therapeutic records that are in the hands of third parties?

37 Strictly speaking, leave has only been sought to this Court from the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, which addressed the question of the appropriateness of a stay. However, much of the non-disclosure and late disclosure that formed the basis for the stay of proceedings that is the subject of this appeal related directly to disagreement over the appropriateness of the pre-trial disclosure order made by Campbell A.C.J. As a result, those reasons must be read together as a whole with *R. v. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257 (“*O'Connor* (No. 2)”), in which the Court of Appeal provided guidelines for future applications for production of medical records held by third parties. Given the national importance of establishing guidelines for such production (in light of the absence of legislative intervention), and the fact that this matter was fully argued before us, it is appropriate for this Court to provide some assistance to lower courts in

duction de dossiers de tiers, il n'y a pas lieu de déterminer si une ordonnance de production était justifiée ou non en l'espèce. À notre avis, le juge Major a raison de conclure que le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire en cause dans le présent pourvoi «n'excuse pas la conduite du ministère public après son prononcé» (par. 222). Par conséquent, que la production ait été justifiée ou non en l'espèce, la conduite du ministère public en refusant de se conformer à l'ordonnance de production est inexcusable et justifie l'arrêt des procédures engagées contre l'accusé. Nous sommes donc en parfait accord avec le raisonnement et les conclusions du juge Major et, par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, quand la non-divulgence de documents par le ministère public justifie-t-elle une ordonnance d'arrêt des procédures faisant l'objet de la non-divulgence? Deuxièmement, quelle est la procédure appropriée lorsqu'un accusé demande la production de documents tels les dossiers médicaux ou thérapeutiques en la possession de tiers?

À strictement parler, notre Cour est saisie d'une demande d'autorisation de pourvoi uniquement contre la décision par laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, traité de la question de l'opportunité d'un arrêt des procédures. Toutefois, une bonne partie de la non-divulgence et de la divulgation tardive, à la base de l'arrêt des procédures qui fait l'objet du présent pourvoi, se rapportait directement au débat sur l'opportunité de l'ordonnance préliminaire de divulgation rendue par le juge en chef adjoint Campbell. Par conséquent, ces motifs doivent être traités globalement avec l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257 («*O'Connor* (n° 2)»), dans lequel la Cour d'appel a fourni des lignes directrices en vue des demandes éventuelles de production de dossiers médicaux en la possession de tiers. Étant donné l'importance nationale de formuler des lignes directrices relativement à la pro-

this respect. Besides, the question is squarely raised in another appeal which was heard by this Court and in which judgment is rendered concurrently with this one: *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536. As a preliminary matter, however, it is necessary to set out the facts and judgments relevant to each of the two issues raised in this case.

## I. Abuse of Process

### A. Facts and Judgments

The appellant, Hubert Patrick O'Connor, is a Bishop of the Roman Catholic Church. In the 1960s, he was the principal of a native residential school in Williams Lake. As a result of incidents alleged to have taken place between 1964 and 1967 in the Williams Lake area, the appellant was charged in February 1991 with two counts of rape and two counts of indecent assault. Each count arose in relation to a separate complainant. The four complainants, P.P., M.B., R.R., and A.S., were all former students employed by the school and under the direct supervision of the appellant.

A preliminary inquiry was held in Williams Lake on July 3 and 4, 1991, and, on June 4, 1992, defence counsel applied for, and obtained, an order from Campbell A.C.J. requiring disclosure of the complainants' entire medical, counselling and school records. Defence counsel justified its disclosure request on the need to test the complainants' credibility, as well as to determine issues such as recent complaint and corroboration. The order reads as follows:

THIS COURT ORDERS that Crown Counsel produce names, addresses and telephone numbers of therapists, counsellors, psychologists or psychiatrists who have treated any of the complainants with respect to allegations of sexual assault or sexual abuse.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize all therapists, counsellors, psycholo-

duction de tels renseignements (compte tenu de l'absence de dispositions législatives) et le fait que cette question a été pleinement débattue devant nous, il est approprié que notre Cour guide les tribunaux à ce sujet. De plus, la question est soulevée directement dans un autre pourvoi devant notre Cour et dans lequel jugement est rendu concurremment: *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536. Préliminairement, cependant, il y a lieu de réciter les faits et les jugements pertinents à chacune des deux questions que pose cette affaire.

## I. L'abus de procédure

### A. Les faits et les jugements

L'appellant, Hubert Patrick O'Connor, est un évêque de l'Église catholique romaine. Dans les années 1960, il était directeur d'un internat pour autochtones à Williams Lake. À la suite d'incidents qui seraient survenus entre 1964 et 1967 dans la région de Williams Lake, l'appellant a fait l'objet, en février 1991, de deux accusations de viol et de deux accusations d'attentat à la pudeur. Chaque chef d'accusation a trait à une plaignante distincte. Les quatre plaignantes, P.P., M.B., R.R. et A.S., étaient toutes d'anciennes étudiantes à l'emploi de l'école sous la supervision directe de l'appellant.

Une enquête préliminaire s'est tenue à Williams Lake les 3 et 4 juillet 1991 et, le 4 juin 1992, l'avocat de la défense a requis et obtenu du juge en chef adjoint Campbell une ordonnance de divulgation de l'ensemble des dossiers médicaux, scolaires et socio-psychologiques des plaignantes. L'avocat de la défense a fondé cette requête sur la nécessité de tester la crédibilité des plaignantes et de trancher des questions de plaintes récentes et de corroboration. L'ordonnance se lit ainsi:

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que le substitut du procureur général produise les noms, les adresses et les numéros de téléphone des thérapeutes, des conseillers socio-psychologiques, des psychologues ou des psychiatres qui ont traité l'une ou l'autre des plaignantes relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent tous les thérapeutes, les conseillers

gists and psychiatrists who have treated any of them with respect to allegations of sexual assault or sexual abuse, to produce to the Crown copies of their complete file contents and any other related material including all documents, notes, records, reports, tape recordings and videotapes, and the Crown to provide copies of all this material to counsel for the accused forthwith.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize the Crown to obtain all school and employment records while they were in attendance at St. Joseph's Mission School and that the Crown provide those records to counsel for the accused forthwith.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize the production of all medical records from the period of time when they were resident at St. Joseph's Mission School as either students or employees.

At the time this order was made, the Crown did not have in its possession any files of any persons who had treated any of the complainants in relation to allegations of sexual assault or sexual abuse. Nor, for that matter, were submissions heard from, or was notice given to, any of the complainants or guardians of the records sought by the defence.

40 On July 10, 1992, the Crown applied before Low J. of the British Columbia Supreme Court for directions regarding the disclosure order and for the early appointment of a trial judge. The court was informed that the complainants were not prepared to comply with the order of Campbell A.C.J., as the Crown wished to argue the point before the trial judge. On September 21, 1992, moreover, the Crown made an application before Oppal J. to change the venue of the trial back to Williams Lake. This application was dismissed. In the course of its submissions, the Crown noted that it intended to argue before the trial judge that the therapists' notes subject to the disclosure order of Campbell A.C.J. ought not to be disclosed on public policy grounds. The court expressed surprise at

socio-psychologiques, les psychologues ou les psychiatres qui ont traité l'une ou l'autre d'entre elles relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels à produire au ministère public copie du contenu complet de leurs dossiers et de tous autres documents connexes, y compris tous les documents, notes, dossiers, rapports, enregistrements audio et vidéo, et que le ministère public fournisse sur-le-champ copie de tous ces documents à l'avocat de l'accusé.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent le ministère public à obtenir tous les dossiers scolaires et tous les dossiers de travail portant sur la période pendant laquelle elles ont fréquenté la St. Joseph's Mission School et que le ministère public fournisse ces dossiers à l'avocat de l'accusé sur-le-champ.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent la production de tous leurs dossiers médicaux depuis l'époque où elles étaient internes à la St. Joseph's Mission School soit en tant qu'étudiantes ou en tant qu'employées.

Au moment où cette ordonnance a été rendue, le ministère public n'était en possession d'aucun dossier émanant de personnes qui avaient traité l'une ou l'autre des plaignantes relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels. Aucune des plaignantes ni aucun des gardiens des dossiers requis par la défense n'ont reçu d'avis ni n'ont été entendus sur cette question.

Le 10 juillet 1992, le ministère public s'est adressé au juge Low de la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin d'obtenir des directives concernant l'ordonnance de divulgation et de faire désigner promptement un juge pour la tenue du procès. La cour a été informée que les plaignantes n'étaient pas disposées à se conformer à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, car le ministère public voulait débattre ce point devant le juge du procès. En outre, le 21 septembre 1992, le ministère public présentait au juge Oppal une requête pour changement de venue afin que le procès se tienne à Williams Lake, demande qui fut rejetée. Dans le cours de son argumentation, le procureur du ministère public a souligné qu'il avait l'intention de plaider devant le juge du procès que les notes des thérapeutes visées par l'ordonnance de divulgation émise par le juge en chef adjoint Campbell ne devraient pas être divulguées pour

the fact that the order of Campbell A.C.J. was not being complied with.

Thackray J. was subsequently appointed the trial judge. On October 16, 1992, the appellant applied for a judicial stay of proceedings before Thackray J. on the basis that pre-charge delay made it impossible to make full answer and defence. At the same time, the Crown sought directions from the trial judge regarding the disclosure order of Campbell A.C.J. By this time, however, many of the impugned records had come into the Crown's possession. The trial judge made it clear that he was to be provided promptly with therapy records relating to all four complainants. Thackray J. was provided with the clinical notes of Dr. Ingimundson, the psychologist treating P.P. He reviewed these notes and they were provided to defence counsel. Crown counsel further informed the court that the therapist for M.B. had been instructed to forward all records to the Crown. On October 22, 1992, Thackray J. released written reasons dismissing the appellant's application for a stay of proceedings.

On October 30, 1992, the appellant applied by way of writ of *certiorari* to quash the committal of the appellant to stand trial on one count of the indictment. On November 5, 1992, the trial judge released written reasons dismissing the appellant's application. During the course of those proceedings, however, the Crown produced the notes of M.B.'s therapist, Dr. Cheaney, to the court for review. The Crown requested, however, that the court not release the records to the defence before hearing an application on that point from Crown counsel Wendy Harvey. The trial judge assented to this request.

On November 19, 1992, the appellant applied pursuant to s. 581 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for an order that the indictment be declared void *ab initio* for failure to provide sufficient detail. This application was dismissed by Thackray J. in reasons filed November 24, 1992.

des motifs d'ordre public. La cour s'est dite surprise du fait que l'on n'avait pas respecté l'ordonnance rendue par le juge en chef adjoint Campbell.

Le juge Thackray a subséquemment été désigné pour présider le procès. Le 16 octobre 1992, l'appellant a présenté une requête en arrêt des procédures au motif qu'il était devenu impossible de présenter une défense pleine et entière en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations. Par la même occasion, le ministère public sollicitait du juge du procès des directives concernant l'ordonnance de divulgation rendue par le juge en chef adjoint Campbell. À ce stade, toutefois, bon nombre des dossiers en question étaient déjà en possession du ministère public. Le juge du procès a été clair: les dossiers médicaux concernant les quatre plaignantes devaient lui être fournis rapidement. Les notes cliniques du Dr Ingimundson, le psychologue qui traitait P.P., furent transmises au juge Thackray qui, après examen, les a remises à l'avocat de la défense. Le substitut du procureur général informait, de plus, la cour que le thérapeute de M.B. avait reçu l'ordre de transmettre tous les dossiers au ministère public. Le 22 octobre 1992, le juge Thackray, dans des motifs écrits, rejetait la requête en arrêt des procédures présentée par l'appellant.

Le 30 octobre 1992, l'appellant demandait par bref de *certiorari*, l'annulation de son renvoi à procès sous l'un des chefs d'accusation. Le 5 novembre 1992, le juge du procès, dans un jugement écrit, rejetait la requête. Au cours de ces procédures, toutefois, le ministère public a produit à la cour pour examen les notes du thérapeute de M.B., le Dr Cheaney, tout en requérant qu'elles ne soient pas communiquées à la défense avant d'entendre sur ce point le substitut du procureur général Wendy Harvey, demande à laquelle le juge a acquiescé.

Le 19 novembre 1992, l'appellant requérait, conformément à l'art. 581 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une ordonnance déclarant l'acte d'accusation nul *ab initio* pour défaut de donner des détails suffisants, requête rejetée par le juge Thackray par jugement daté du 24 novembre 1992.

The appellant also once again raised the issue of the non-disclosure of the medical records of M.B. The Crown opposed the disclosure of the records on the ground that they were not relevant, but Thackray J. ordered that they be disclosed to the defence forthwith. Appellant's counsel also requested disclosure of the diary of the complainant R.R., for which it had already been provided with a synopsis. The trial judge took possession of the diary for review and expressed concern that the Crown was taking so long to comply with the order of Campbell A.C.J., given that the trial was scheduled to commence in 10 days.

L'appelant a de nouveau soulevé la question de la non-divulgence des dossiers médicaux de M.B., requête à laquelle s'est opposé le ministère public au motif que ces dossiers n'étaient pas pertinents, mais le juge Thackray a ordonné qu'ils soient divulgués à la défense sur-le-champ. L'avocat de l'appelant a également demandé la divulgation du journal de la plaignante R.R., dont il avait déjà reçu un résumé. Le juge du procès prit possession du journal pour examen et s'est dit préoccupé du fait que le ministère public tardait trop à se conformer à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, vu que le procès devait débiter 10 jours plus tard.

44 On November 26, 1992, the appellant made another application for a judicial stay of proceedings based on non-disclosure of several items, including the following: the medical records of the complainants, the transcript of an interview between Crown counsel and the complainant M.B., the transcript of an interview between Crown counsel and witness M.O. containing statements contradictory to testimony given by the complainant M.B. and corroborative of the evidence of the appellant, and the diary of the complainant R.R.

Le 26 novembre 1992, l'appelant présentait une autre requête en arrêt des procédures en se fondant sur la non-divulgence de plusieurs documents, entre autres, les dossiers médicaux des plaignantes, la transcription d'un entretien entre le substitut du procureur général et la plaignante M.B., la transcription d'une entrevue entre le substitut du procureur général et le témoin M.O. contenant des déclarations contradictoires avec le témoignage de la plaignante M.B. et corroborant la preuve de l'appelant, ainsi que le journal de la plaignante R.R.

45 In the course of submissions during this application, Crown counsel Wendy Harvey submitted that the two Crown counsel, herself and Mr. Greg Jones, were handling the prosecution from different cities, and that there were difficulties concerning communication and organization. She asserted that the non-disclosure of some of the medical records was due to inadvertence on her part, and that she had "dreamt" the transcripts of the interviews with M.B. and M.O. had been disclosed. Ms. Harvey submitted that uninhibited disclosure of medical and therapeutic records would revictimize the victims, and suggested that the order of Campbell A.C.J., and the request of defence counsel for disclosure of the therapy records of the complainants, exhibited gender bias.

Au cours de la plaidoirie sur cette requête, le substitut du procureur général Wendy Harvey a soutenu que les deux substituts du procureur général, elle-même et M<sup>e</sup> Greg Jones, agissaient pour la poursuite à partir de villes différentes et que cela posait des difficultés sur le plan de la communication et de l'organisation. Elle a affirmé que la non-divulgence de quelques-uns des dossiers médicaux était due à une inadvertence de sa part et qu'elle avait «rêvé» que la transcription des entrevues avec M.B. et M.O. avaient été divulguées. M<sup>e</sup> Harvey a plaidé que la divulgation sans restriction des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques victimiserait à nouveau les victimes et elle a soutenu que l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell et la requête de l'avocat de la défense en vue de la divulgation des dossiers thérapeutiques des plaignantes relevait de la discrimination basée sur le sexe.

46 In oral reasons delivered Friday, November 27, 1992, Thackray J. dismissed the application for a

Dans un jugement oral rendu le vendredi 27 novembre 1992, le juge Thackray rejetait la

1995 CanLII 51 (SCC)

judicial stay, finding that the failure to disclose the records of Dr. Hume, R.R.'s physician, had been an oversight. He further found that M.O.'s evidence had been known to the defence for some time and that no prejudice to the accused had been demonstrated by its non-disclosure. He declined to disclose the complete diaries of the complainant R.R. on the basis that the summaries provided to the defence, as well as the excerpts already in their possession, were sufficient. He noted, however, that the letters written by Ms. Harvey to the counsellors had unacceptably limited the scope of the disclosure to only those portions of the records which related directly to the incidents involving the accused. This resulted in the full therapy records not being disclosed to the defence until after November 26. He concluded that while the conduct of the Crown was "disturbing", he did not believe that there was a "grand design" to conceal evidence, nor any "deliberate plan to subvert justice". He was not convinced that the Crown's conduct would lead the public to hold the system of justice in disrepute. While dismissing the application for a judicial stay of proceedings, Thackray J. condemned in no uncertain terms Ms. Harvey's inability to distinguish "between her personal objectives and her professional responsibilities".

Over the weekend of November 28, in light of the difficulties encountered during discovery, Crown counsel agreed to waive any privilege with respect to the contents of the Crown's file and to prepare a binder in relation to each of the complainants containing all information in the Crown's possession relating to each of them. This agreement contemplated giving the defence copies of documents which would not ordinarily be disclosed, including Crown counsel's personal notes and work product, some of which were on computer. At the pre-trial conference held that Monday, Ms. Harvey informed the trial judge that appellant's counsel were now in possession of all

requête en arrêt des procédures, concluant que le défaut de divulguer les dossiers du Dr Hume, le médecin de R.R., l'avait été par inadvertance. Il concluait également que la défense était au courant du témoignage de M.O. depuis un certain temps et qu'il n'avait pas été prouvé que sa non-divulgarion avait causé préjudice à l'accusé. Il a refusé la divulgation complète du journal de la plaignante R.R. parce que les résumés fournis à la défense, ainsi que les extraits déjà en la possession de cette dernière, étaient suffisants, tout en notant que les lettres écrites par M<sup>e</sup> Harvey aux conseillers socio-psychologiques avaient limité de façon inacceptable la portée de la divulgation aux seules parties des dossiers se rapportant directement aux incidents impliquant l'accusé avec le résultat que les dossiers thérapeutiques complets n'ont été divulgués à la défense qu'après le 26 novembre. Le juge a conclu que, bien que la conduite du ministère public fût «troublante», il ne croyait pas en l'existence d'un «grand projet» visant à dissimuler des éléments de preuve ni en celui d'un [TRADUCTION] «plan délibéré de subversion de la justice», non plus que la conduite du ministère public amènerait le public à déconsidérer le système judiciaire. Tout en rejetant la demande d'arrêt des procédures, le juge Thackray a condamné en termes non équivoques l'incapacité de M<sup>e</sup> Harvey de distinguer [TRADUCTION] «entre ses objectifs personnels et ses responsabilités professionnelles».

Pendant la fin de semaine du 28 novembre, compte tenu des difficultés rencontrées à l'étape de la divulgation, le substitut du procureur général a consenti à renoncer à tout privilège quant au contenu du dossier du ministère public et à préparer, dans le cas de chacune des plaignantes, un relieur qui contiendrait tous les renseignements en la possession du ministère public relativement à chacune d'entre elles. Cette entente envisageait la remise à la défense de copies de documents qui, ordinairement, ne seraient pas divulgués, y compris les notes personnelles et le produit du travail du substitut du procureur général, dont une partie se trouvait sur ordinateur. À la conférence préparatoire au procès qui s'est tenue ce lundi-là, M<sup>e</sup> Harvey a informé le juge du procès que le procureur de l'appelant était maintenant en possession de toutes les

the notes that she had prepared in connection with the case.

notes qu'elle avait rédigées en rapport avec l'affaire.

48 The trial began on Wednesday, December 2, 1992. The Crown's first witness was Dr. Van Dyke, a socio-cultural anthropologist. Its second witness was Margaret Gilbert, a former student at St. Joseph's Mission School. Her evidence dealt primarily with the layout of the school. On the second day of the trial, the Crown called the complainant P.P. In the course of direct examination, the Crown sought to have the witness give her evidence by drawing. Appellant's counsel objected. Discussions revealed that the witness had, during the course of witness preparation that weekend, made a drawing of this nature for Crown counsel that had not been disclosed to defence counsel. That drawing was obtained from the Crown office and the appellant took the position that it represented a materially different version of this complainant's allegations. The Crown disagreed with that assessment. The trial judge refused to allow the witness to testify through the use of drawings. At the end of the day, the Crown had not yet completely finished its examination-in-chief of this witness.

Le procès a débuté le mercredi 2 décembre 1992. Le premier témoin du ministère public fut le Dr Van Dyke, spécialiste en anthropologie socio-culturelle et son deuxième témoin, Margaret Gilbert, une ancienne étudiante de la St. Joseph's Mission School. Son témoignage a porté principalement sur l'aménagement de l'école. Le deuxième jour du procès, le ministère public a appelé à la barre la plaignante P.P. Au cours de l'examen en chef, il a tenté d'amener le témoin à témoigner au moyen d'un dessin. L'avocat de l'appelant s'y est opposé. Il est ressorti des discussions que le témoin avait, au cours de la préparation de sa déposition cette fin de semaine-là, tracé pour le substitut du procureur général un dessin de cette nature, qui n'avait pas été divulgué au procureur de la défense. Ce dessin fut obtenu du bureau du ministère public et l'appelant prit la position que ce dessin représentait une version essentiellement différente des allégations de cette plaignante, ce que le ministère public a nié. Le juge du procès a refusé de permettre au témoin de déposer en faisant usage de dessins. À la fin de la journée, le ministère public n'avait pas encore complètement terminé l'examen en chef de son témoin.

49 When the trial resumed the following day, appellant's counsel informed the court that, at the conclusion of the previous day's proceedings, the Crown had provided the appellant with another eight sets of drawings prepared by the various complainants in the presence of Crown counsel. Crown counsel Wendy Harvey was not present in court, and no explanation was given for her absence. Court was adjourned for one hour. When the trial resumed, Ms. Harvey was still not present. Appellant's counsel made another application for a judicial stay of proceedings based largely on the fact that the senior prosecutor, Mr. Jones, was still unable to guarantee to the appellant that full disclosure had been made. Over the objection of appellant's counsel, the trial judge granted

À la reprise du procès le lendemain, le procureur de l'appelant a informé la cour que, à la clôture de l'audience le jour précédent, le ministère public avait remis à l'appelant huit autres séries de dessins exécutés par les différentes plaignantes en présence du substitut du procureur général. Le substitut du procureur général Wendy Harvey n'était pas présente en cour, et aucune explication n'a été fournie relativement à son absence. Après un ajournement d'une heure, lors de la reprise du procès, M<sup>e</sup> Harvey n'était toujours pas là. Le procureur de l'appelant a présenté une autre requête en arrêt des procédures en se fondant principalement sur le fait que M<sup>e</sup> Jones, l'avocat sénior du ministère public, ne pouvait toujours pas garantir à l'appelant qu'il y avait eu divulgation complète. Malgré l'opposition de l'avocat de l'appelant, la requête de M<sup>e</sup> Jones pour un ajournement supplé-



Mr. Jones' request for a further adjournment until the afternoon session.

When court resumed that afternoon, Wendy Harvey was present. The Crown submission, however, was put forward by Mr. Jones. He acknowledged that the binders which had been provided to appellant's counsel as a result of the agreement reached over the weekend of November 28 were not complete, and that the staff had omitted to download Ms. Harvey's computer files. One of the undisclosed documents was the complete version of a Crown interview with P.P. which had been partially disclosed to the defence on November 25. After reviewing some of the undisclosed notes, the Crown indicated that it did not believe that the notes revealed anything "new". Mr. Jones then indicated to the court that Ms. Harvey's complete computer files were in the process of being downloaded but that, in light of what had just happened, he could not guarantee that everything had been appropriately disclosed to the appellant at that time. He took the position, however, that the undisclosed notes contained nothing material, and encouraged the trial judge to engage in an inquiry of their materiality. These statements applied to all four counts on the indictment. Thackray J. indicated that he would give judgment on December 7 on defence counsel's motion for a stay. Although he indicated he would give counsel the opportunity to make further submissions if any other developments occurred, no further submissions were made by either side.

On December 7, 1992, Thackray J. handed down a judicial stay of proceedings on all four counts: (1992), 18 C.R. (4th) 98. He distinguished this application from previous applications for a stay of proceedings on the basis that the trial was now under way and witnesses had already been called by the Crown and cross-examined by the defence. Thackray J. found that had the diagrams of the complainant P.P. been disclosed prior to testimony, they might have affected the preparation of the case by the defence. While P.P. had not yet been cross-examined, Thackray J. found it unac-

mentaire jusqu'à la séance de l'après-midi fut accueillie par le juge.

À la reprise de l'audience l'après-midi, M<sup>e</sup> Wendy Harvey était présente, mais M<sup>e</sup> Jones agissait pour le ministère public. Il a reconnu que les relieurs qui avaient été remis à l'avocat de l'appellant à la suite de l'entente intervenue durant la fin de semaine du 28 novembre n'étaient pas complets et que le personnel avait omis de télédécharger les fichiers informatisés de M<sup>e</sup> Harvey. L'un de ces documents était la version complète d'une entrevue du ministère public avec P.P., qui avait été divulguée en partie à la défense le 25 novembre. Après examen de quelques-unes des notes non divulguées, le ministère public a indiqué qu'il ne croyait pas que les notes révélaient quelque chose de «nouveau». M<sup>e</sup> Jones a ensuite signalé à la cour que les fichiers informatisés complets de M<sup>e</sup> Harvey étaient en cours de téléchargement mais que, compte tenu de ce qui venait d'arriver, il ne pouvait pas garantir que tout avait bien été divulgué à l'appellant à ce moment-là. Il a cependant déclaré que les notes non divulguées ne contenaient rien de substantiel et a suggéré au juge du procès d'enquêter sur leur caractère substantiel. Ces déclarations concernaient les quatre chefs d'accusation. Le juge Thackray a indiqué qu'il rendrait jugement le 7 décembre sur la requête en arrêt des procédures présentée par l'avocat de la défense. Bien que le juge ait indiqué qu'il donnerait aux avocats la possibilité d'être entendus, advenant de nouveaux développements, aucune des deux parties n'a présenté d'arguments supplémentaires.

Le 7 décembre 1992, le juge Thackray a émis une ordonnance d'arrêt des procédures relativement aux quatre chefs d'accusation: (1992), 18 C.R. (4th) 98. Cette demande, selon lui, était distincte des demandes antérieures d'arrêt des procédures parce que le procès était maintenant en cours et que des témoins avaient déjà été assignés par le ministère public et contre-interrogés par la défense. Le juge Thackray a conclu que, si les diagrammes de la plaignante P.P. avaient été divulgués antérieurement au témoignage, ils auraient pu influencer sur la préparation de la preuve par la

ceptable that defence counsel was put in the position of preparing the cross-examination without all the relevant documents. He therefore concluded that the accused had suffered prejudice, although he conceded that the extent of this prejudice could not be measured. He noted the constant intervention required by the court to ensure full compliance with the order of Campbell A.C.J. and found that the Crown's earlier conduct had created "an aura" that had pervaded and ultimately destroyed the case. In his view, this was now "one of the clearest of cases", and to allow the case to proceed would tarnish the integrity of the court.

défense. Même si P.P. n'avait pas encore été contre-interrogée, le juge Thackray a trouvé inacceptable que l'avocat de la défense ait dû préparer le contre-interrogatoire sans disposer de tous les documents pertinents. Il a donc conclu que l'accusé avait subi un préjudice, tout en concédant qu'il n'était pas possible d'en mesurer l'importance. Il a constaté que la cour avait dû intervenir constamment pour faire respecter intégralement l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell et il a conclu que la conduite antérieure du ministère public avait créé «un climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. Selon lui, il s'agissait là d'«un des cas les plus manifestes», et permettre la poursuite de l'instance ternirait l'intégrité de la cour.

1995 CanLII 51 (SCC)

52

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed a new trial: (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40. It reviewed the case law on abuse of process and concluded that there was no settled view on whether the common law doctrine had or had not been subsumed within s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It noted, however, that the focus of the common law doctrine of abuse of process had historically been on maintaining the integrity of the court's process whereas the focus of the *Charter* was on the rights of the individual. It also noted the seemingly different standards of proof and remedies under the two regimes. It therefore concluded that the common law doctrine of abuse of process continued to exist independently of s. 7 of the *Charter*, although there may be significant overlap between the two.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40. Après examen de la jurisprudence relative à l'abus de procédure, elle a conclu qu'il n'existait pas de courant prépondérant sur la question de savoir si cette doctrine de common law avait été incorporée à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a toutefois noté qu'historiquement, au cœur de la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law, se situe le maintien de l'intégrité du système judiciaire alors que la *Charte* met plutôt l'accent sur les droits individuels. L'existence de normes de preuve et de remèdes apparemment différents selon l'un ou l'autre régime a aussi été soulignée. La Cour d'appel a donc conclu que la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law continuait d'exister indépendamment de l'art. 7 de la *Charte*, bien que l'une puisse empiéter considérablement sur l'autre.

53

After noting that some ambiguity remained as to the required elements of abuse of process, the Court of Appeal concluded that in order to establish an abuse of process, as opposed to a "mere" violation of a *Charter* right, an accused must demonstrate conduct on the part of the Crown that is so oppressive, vexatious or unfair as to contravene our fundamental notions of justice and thus to

Après avoir noté une certaine ambiguïté quant aux éléments requis pour qu'il y ait abus de procédure, la Cour d'appel a conclu que, pour prouver l'existence d'un tel abus, par opposition à une «simple» violation d'un droit garanti par la *Charte*, l'accusé doit démontrer que la conduite du ministère public est si oppressive, vexatoire ou injuste qu'elle contrevient aux notions fondamentales de

undermine the integrity of our judicial process. It further noted that the discretion to order a stay may be exercised only in the "clearest of cases", meaning that the trial judge must be convinced that, if allowed to continue, the proceedings would tarnish the integrity of the judicial process.

The court then turned to the scope and extent of the Crown's obligation to disclose information, as set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. It concluded that the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence and that disclosure is not, itself, a constitutionally protected right. As such, a simple non-disclosure, in and of itself, would not necessarily constitute a *Charter* violation. A *Charter* violation would only be made out when the accused demonstrated that a document which should have been disclosed (i.e. there was a reasonable possibility that it could assist in making full answer and defence) had on a balance of probabilities prejudiced or had an adverse effect on the accused's ability to make full answer and defence. In some circumstances, the only appropriate remedy for such non-disclosure might be a stay of proceedings. The Court of Appeal further held that a material non-disclosure, without more, could never amount to a common law abuse of process. In its view, only when non-disclosure was motivated by an intention on the part of the Crown to deprive the accused of a fair trial could an abuse of process arise.

Applying these principles to the case at bar, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in failing to inquire into the materiality of the non-disclosed information before ordering the stay of proceedings. As such, it could not be said that a violation of the accused's s. 7 rights had occurred, nor that the conduct of the Crown amounted to an abuse of process.

justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Elle a également fait remarquer que le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'arrêt des procédures ne doit être exercé que dans les «cas les plus manifestes», ce qui veut dire que le juge du procès doit être convaincu que, s'il permettait la poursuite de l'instance, cela ternirait l'intégrité du processus judiciaire.

La cour est ensuite passée à la portée de l'obligation de divulgation du ministère public, telle qu'exposée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle a conclu que le droit d'un accusé à complète divulgation par le ministère public n'est que le corollaire du droit de présenter une défense pleine et entière et que la divulgation n'est pas, en soi, un droit constitutionnellement protégé. Donc, la simple non-divulgation ne constituerait pas nécessairement, en soi, une violation de la *Charte*. On ne pourrait prétendre qu'il y a eu violation de la *Charte* que lorsque l'accusé a prouvé que la non-divulgation d'un document qui aurait dû l'être (c.-à-d. qui aurait pu raisonnablement contribuer à une défense pleine et entière) avait, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou avait eu un effet défavorable sur cette possibilité. Dans certaines circonstances, la seule réparation appropriée dans un tel cas de non-divulgation pourrait être l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a estimé également qu'un cas de non-divulgation substantielle, sans plus, ne pouvait jamais représenter un abus de procédure reconnu en common law. À son avis, c'est uniquement lorsque la non-divulgation était motivée par l'intention du ministère public de priver l'accusé d'un procès équitable qu'un abus de procédure pourrait se produire.

Appliquant ces principes à l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait erré en ne s'enquérant pas du caractère substantiel des renseignements non divulgués avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Comme tel, on ne saurait conclure qu'il y a eu violation des droits garantis par l'art. 7 ni que la conduite du ministère public équivalait à un abus de procédure.

56 The court noted that the trial judge had felt that a stay was necessary because of the "aura" which had been created by the earlier non-disclosures in respect of the order of Campbell A.C.J. It noted that the trial judge had found (in the judgment of November 27) that there was no "grand design" in this non-disclosure to subvert the fair trial rights of the accused. It also noted that the Crown had tried to rectify the earlier disclosure problems by waiving all privilege and giving the defence the entire contents of their file. The court thus concluded that there was no evidence that the Crown's inept handling of the case was motivated by an intention to deprive the accused of a fair trial. As such, the trial judge had erred in entering a stay of proceedings on the basis of the common law abuse of process.

57 The court then commented briefly on the question of whether an alternative remedy would have been available under the *Charter*. It concluded that since no determination as to the materiality of the records was made, a stay could not be sustained under s. 24(1). Since it did not appear that any permanent or irremediable damage had been done to the accused's ability to make full answer and defence as a result of any non-disclosures or late disclosures that were in fact material, the accused's rights could have been protected by an adjournment, by recalling witnesses who had already testified, or by declaring a mistrial if those would not suffice.

#### B. *Analysis of Abuse of Process*

58 I agree with the Court of Appeal that it would be pointless to order a new trial on the basis that there was no abuse of process if a stay ought nevertheless to have prevailed under ss. 7 and 24(1) of the *Charter*. It is therefore necessary to clarify the relationship between the common law and the *Charter* in this respect, both in order to dispose effectively of the question raised in this case and to

La cour a observé que le juge du procès avait estimé que l'arrêt des procédures s'avérait nécessaire à cause du «climat» que les non-divulgations antérieures avaient créé en ce qui concernait l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell. Elle a signalé que le juge du procès avait conclu (dans le jugement du 27 novembre) qu'il n'y avait dans cette non-divulgation aucun «grand projet» visant à porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Elle a également signalé que le ministère public avait tenté de corriger les problèmes antérieurs de divulgation en renonçant à tout privilège et en transmettant à la défense tout le contenu de son dossier. La cour a ainsi conclu que rien ne prouvait que l'ineptitude du ministère public dans le traitement de l'affaire était motivée par l'intention de priver l'accusé d'un procès équitable. Le juge du procès avait donc commis une erreur en prononçant l'arrêt des procédures en se fondant sur l'abus de procédure reconnu en common law.

Après de brèves observations sur la question de savoir si, en vertu de la *Charte*, un autre remède était disponible, la cour en est venue à la conclusion que, comme aucune décision n'avait été rendue relativement au caractère substantiel des dossiers, il n'était pas indiqué d'ordonner l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1). Étant donné que l'accusé ne semblait pas avoir été empêché de façon permanente ou irrémédiable de présenter une défense pleine et entière à la suite de la non-divulgation ou de la divulgation tardive de documents qui, de fait, étaient substantiels, la cour aurait pu protéger les droits de l'accusé en accordant un ajournement, en rappelant à la barre des témoins qui avaient déjà témoigné ou en déclarant la nullité du procès si ces moyens ne suffisaient pas.

#### B. *L'abus de procédure: analyse*

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne servirait à rien d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif qu'il n'y avait pas abus de procédure si un arrêt des procédures devait néanmoins s'imposer en vertu de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte*. Il est donc nécessaire de clarifier le lien qui existe entre la common law et la *Charte* à cet égard, tant pour trancher la question réellement soulevée en l'espèce que pour servir de

provide guidance to courts facing similar situations involving non-disclosure in the future.

(i) The Relationship Between Abuse of Process and the Charter

The modern resurgence of the common law doctrine of abuse of process began with the judgment of this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. In *Jewitt*, the Court set down what has since become the standard formulation of the test, at pp. 136-37:

Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:

Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young*, *supra*, and affirm that “there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court’s process through oppressive and vexatious proceedings”. I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the “clearest of cases”. [Emphasis added.]

The general test for abuse of process adopted in that case has been repeatedly affirmed: *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59, *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941, *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93, and most recently in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15.

guide aux tribunaux qui, à l’avenir, feront face à des situations similaires impliquant la non-divulgateion de documents.

(i) Le lien entre l’abus de procédure et la Charte

La doctrine de l’abus de procédure reconnue en common law est réapparue récemment à l’occasion de l’arrêt de notre Cour *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Dans *Jewitt*, la Cour a énoncé, aux pp. 136 et 137, ce qui, depuis, est devenu la formulation standard du test:

Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l’existence d’un pouvoir judiciaire discrétionnaire d’ordonner une suspension d’instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu’elle porte préjudice à l’accusé, dans l’arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354:

[TRADUCTION] Les tribunaux doivent-ils s’en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l’emploi abusif de leur procédure? N’ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu’on amène, devant eux? À de semblables questions il ne peut y avoir qu’une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s’assurer qu’il n’y a pas d’abus dans l’application de la loi.

Je fais mienne la conclusion de la Cour d’appel de l’Ontario dans son arrêt *R. v. Young*, précité, et j’affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l’instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, ainsi que d’empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J’adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l’arrêt *Young*, portant que c’est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes». [Je souligne.]

Le test général de l’abus de procédure qui a été adopté dans cet arrêt a été confirmé à plusieurs reprises: *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659, *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 941, *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993, et, tout récemment, *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pp. 612 à 615.

60

After considering much of this case law, the Court of Appeal concluded that the preponderance of cases favoured maintaining a distinction between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process. The Court of Appeal may, in my view, have underestimated the extent to which both individual rights to trial fairness and the general reputation of the criminal justice system are fundamental concerns underlying both the common law doctrine of abuse of process and the *Charter*. This, for the following reasons.

61

First, while the *Charter* is certainly concerned with the rights of the individual, it is also concerned with preserving the integrity of the judicial system. Subsection 24(2) of the *Charter* gives express recognition to this dual role. More significantly, however, this Court has, on many occasions, noted that the principles of fundamental justice in s. 7 are, in large part, inspired by, and premised upon, values that are fundamental to our common law. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, Lamer J. (as he then was) observed:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basis tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

See also *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 406; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 929 (*per* Gonthier J., dissenting on other grounds). The common law doctrine of abuse of process is part and parcel of those fundamental values. It is, therefore, not surprising that in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 915 (*per* Sopinka J.), the majority of this Court

Après examen d'une bonne partie de cette jurisprudence, la Cour d'appel a conclu que la jurisprudence prépondérante favorisait le maintien d'une distinction entre la *Charte* et la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law. La Cour d'appel a peut-être, à mon avis, sous-estimé dans quelle mesure le droit des individus à un procès équitable et la réputation générale du système de justice pénale sont des préoccupations fondamentales qui sous-tendent à la fois la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law et la *Charte*. Et ce, pour les motifs qui suivent.

Premièrement, bien que la *Charte* se préoccupe sans aucun doute des droits individuels, elle se préoccupe également de préserver l'intégrité du système judiciaire. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* reconnaît expressément ce double rôle. De façon plus significative encore, notre Cour a, à maintes occasions, signalé que les principes de justice fondamentale exposés à l'art. 7 sont, en grande partie, inspirés par des valeurs qui sont fondamentales à notre common law et qu'ils reposent sur ces mêmes valeurs. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) fait observer:

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, *c.-à-d.* les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Je souligne.]

Voir également *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 406; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 929 (le juge Gonthier, dissident sur d'autres points). La doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law est une partie intégrale de ces valeurs fondamentales. Il n'est donc pas surprenant que, dans *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 915 (le juge Sopinka),

recognized that the court's power to remedy abuses of its process now has constitutional status.

Conversely, it is equally clear that abuse of process also contemplates important individual interests. In "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at p. 331, Professor Paciocco suggests that the doctrine of abuse of process, in addition to preserving the reputation of the administration of justice, also seeks to ensure that accused persons are given a fair trial. Arguably, the latter is essentially a subset of the former. Unfair trials will almost inevitably cause the administration of justice to fall into disrepute: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. See also A. L.-T. Choo, "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864, at p. 865. What is significant for our purposes, however, is the fact that one often cannot separate the public interests in the integrity of the system from the private interests of the individual accused.

In fact, it may be wholly unrealistic to treat the latter as wholly distinct from the former. This Court has repeatedly recognized that human dignity is at the heart of the *Charter*. While respect for human dignity and autonomy may not necessarily, itself, be a principle of fundamental justice (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 592, *per Sopinka J.* for the majority), it seems to me that conducting a prosecution in a manner that contravenes the community's basic sense of decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused. It would violate the principles of fundamental justice to be deprived of one's liberty under circumstances which amount to an abuse of process and, in my view, the individual who is the subject of such treatment is entitled to present arguments under the

notre Cour à la majorité ait statué que le pouvoir de la cour de remédier à un abus de procédure a maintenant un caractère constitutionnel.

Réciproquement, il est tout aussi clair que l'abus de procédure concerne également des droits individuels importants. Dans un article intitulé «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, à la p. 331, le professeur Paciocco laisse entendre que la doctrine de l'abus de procédure, en plus de préserver la réputation de l'administration de la justice, vise aussi à assurer que les accusés obtiennent un procès équitable. On pourrait dire que ce dernier objet est essentiellement un élément du premier. Les procès non équitables risquent presque inévitablement de déconsidérer l'administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24. Voir aussi A. L.-T. Choo, «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864, à la p. 865. Ce qui importe ici, toutefois, c'est qu'il est souvent impossible de distinguer l'intérêt public dans l'intégrité du système judiciaire d'avec l'intérêt individuel de l'accusé.

À vrai dire, il peut être tout à fait irréaliste de traiter ce dernier comme étant complètement distinct du premier. Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises que la dignité humaine est au cœur de la *Charte*. Bien que le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne puisse en soi ne pas être nécessairement un principe de justice fondamentale (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 592, le juge Sopinka au nom de la majorité), il me semble que le fait de mener une poursuite de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l'intégrité du système, constitue également une atteinte d'envergure constitutionnelle aux droits d'une personne accusée. Cela violerait les principes de justice fondamentale que d'être privé de sa liberté dans des circonstances qui équivalent à un abus de procédure et, selon moi, l'individu qui ferait l'objet d'un tel traitement serait fondé à invoquer la *Charte* et à s'adresser à un

*Charter* and to request a just and appropriate remedy from a court of competent jurisdiction.

tribunal compétent pour obtenir une réparation convenable et juste.

64

The overlap between prejudice to the individual and prejudice to the system was noted, for instance, in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 947, where Lamer J. stated that, in certain cases, a *Charter* stay might be appropriate to remedy a violation of s. 11(b) even where there was no demonstrated prejudice to the fairness of the trial. More recently, in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 786 (*per* Sopinka J.) and p. 812 (*per* McLachlin J.), this Court recognized that, although the primary purpose of s. 11(b) is the protection of the individual rights of the accused, there is also a secondary interest of society as a whole in the prompt, humane, and fair trial of those accused of crimes. Equally apposite are the remarks of Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1354, who noted that a contextually sensitive approach to *Charter* rights requires that the private interests reflected therein also be evaluated from the standpoint of the public interests that underlie those private rights. Given that many, if not most, of the individual rights protected in the *Charter* also have a broader, societal dimension, it is therefore consistent with both the purpose and the spirit of the *Charter* to look, in certain cases, beyond the possibility of prejudice to the particular accused, to clear cases of prejudice to the integrity of the judicial system.

L'empiétement l'un sur l'autre du préjudice causé à l'individu et du préjudice causé au système judiciaire a été signalé, par exemple, dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 947, où le juge Lamer a déclaré que, dans certains cas, l'arrêt des procédures en vertu de la *Charte* pourrait être la réparation appropriée à une violation de l'al. 11b) même lorsque rien n'a été prouvé qui soit de nature à compromettre le caractère équitable du procès. Plus récemment, dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 786 (le juge Sopinka) et à la p. 812 (le juge McLachlin), notre Cour a reconnu que, bien que l'objet principal de l'al. 11b) soit la protection des droits individuels de l'accusé, il existe également un intérêt secondaire de la société dans son ensemble à ce que les personnes accusées d'infractions criminelles soient jugées rapidement, humainement et équitablement. Sont tout aussi pertinentes les remarques du juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1354, que l'application aux droits garantis par la *Charte* d'une méthode qui tienne compte du contexte exige que les intérêts privés qui y sont reflétés soient également évalués du point de vue de l'intérêt public qui sous-tend ces droits privés. Vu qu'un bon nombre, sinon la plupart, des droits individuels protégés dans la *Charte* ont également une portée plus large, qui touche la société, il est donc compatible avec le but et l'esprit de la *Charte* d'aller, dans certains cas, au-delà du préjudice que pourrait subir un accusé en particulier, pour reconnaître les cas manifestes de préjudice à l'intégrité du système judiciaire.

1995 CanLII 51 (SCC)

65

For this reason, the principles of fundamental justice, including the "fairness of the trial", necessarily reflect a balancing of societal and individual interests: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539 (*per* La Forest J.); *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 198 (*per* Cory J.); *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 486. As

Pour cette raison, les principes de justice fondamentale, dont l'«équité en matière de procès», représentent nécessairement un équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'individu: *Thomson Newspapers Ltd c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539 (le juge La Forest); *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, à la p. 198 (le juge Cory); *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S.



such, they reflect both individual and societal interests. In my view, it is undisputable that the preservation of the integrity of the judicial system is one of these interests.

Second, I would note the beginnings of a strong trend toward convergence between the *Charter* and traditional abuse of process doctrine. In *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (Que. C.A.), for instance, the accused had been charged with arson and attempting to defraud an insurance company. It emerged in cross-examination that the Crown's key witness had arranged with the insurers to be paid \$50,000 by the insurers if the accused was convicted. The trial judge found an abuse of process, but declined to order a stay. Rather, in convicting the accused, he said that he had ignored this evidence. The Court of Appeal agreed in principle with the trial judge that a stay was not the only remedy for an abuse of process and went on to rule that the appropriate remedy was in fact to exclude the witness's testimony in a new trial before a different judge. This case is an excellent example, in my mind, of how courts are becoming increasingly bold and innovative in finding appropriate remedies in lieu of stays for abuses of process. Professor Stuesser points out in "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92, at p. 99, moreover, that the common law in the United Kingdom and Australia urges judges to look at lesser remedies before entering stays of proceedings. He argues that these authorities support the view that even under the common law, the remedy for abuse of process is no longer only a stay of proceedings.

I recognize that this Court has consistently, albeit implicitly, considered abuse of process separately from the *Charter*. In *Conway*, *supra*, it considered abuse of process separately from the s. 11(b) considerations arising from the accused facing a third trial. In *Scott*, *supra*, in the context of

143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 486. Ils reflètent donc à la fois les intérêts de l'individu et ceux de la société. À mon avis, il est incontestable que la préservation de l'intégrité du système judiciaire est l'un de ces intérêts.

Deuxièmement, je note le début d'une forte tendance à la convergence entre la *Charte* et la doctrine traditionnelle de l'abus de procédure. Dans *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (C.A. Qué.), par exemple, une personne avait été accusée d'incendie criminel et de tentative de fraude contre une compagnie d'assurances. En contre-interrogatoire, il est ressorti que le témoin-clé du ministère public avait fait un arrangement avec les assureurs pour que ces derniers lui versent 50 000 \$ si l'accusé était reconnu coupable. Le juge du procès a conclu à l'abus de procédure, mais il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Il a plutôt affirmé qu'il n'avait pas tenu compte de cet élément de preuve pour déclarer l'accusé coupable. La Cour d'appel a été d'accord en principe avec le juge du procès pour dire que l'arrêt des procédures n'était pas la seule réparation en cas d'abus de procédure et a décidé que, de fait, la réparation appropriée était d'écarter la déposition des témoins lors d'un nouveau procès qui se tiendrait devant un autre juge. Il s'agit là d'un excellent exemple, selon moi, de la façon dont les tribunaux innovent de plus en plus pour façonner des réparations appropriées qui tiennent lieu d'arrêt des procédures en cas d'abus de procédure. Le professeur Stuesser signale en outre dans «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92, à la p. 99, qu'au Royaume-Uni et en Australie, la common law incite les juges à envisager des réparations moindres avant de prononcer l'arrêt des procédures. Il soutient que cette doctrine et cette jurisprudence appuient l'opinion selon laquelle, même en common law, l'arrêt des procédures n'est plus le seul moyen de remédier à l'abus de procédure.

Je reconnais que notre Cour a, de façon constante bien qu'implicitement, considéré l'abus de procédure séparément de la *Charte*. Dans *Conway*, précité, l'abus de procédure a été examiné séparément des considérations relatives à l'al. 11b) découlant de ce que l'accusé faisait face à un troi-

an immediate stay by the Crown upon the posing by defence counsel of a question which would have revealed the identity of a police informer, the majority again considered abuse of process separately from an examination of whether the accused's s. 11(b) rights had been violated by the Crown's subsequent reinitiation of the proceedings. Finally, in *Power*, *supra*, it found no abuse of process in the Crown's failure to call further evidence after the trial judge had excluded a key breathalyzer sample and did not address the possibility of a *Charter* violation at all. In my view, however, the issues addressed in each of these three cases could have been addressed equally effectively under the *Charter*. In none of these decisions did the majority of this Court actively turn its mind to the interaction between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process. On the only occasion that it did, moreover, it expressly declined to address the issue: *Keyowski*, *supra*, at pp. 660-61. On the other hand, in *Mack*, *supra*, this Court commented at pp. 939-40 and again at p. 976 upon the strong parallels that exist between the two regimes.

sième procès. Dans *Scott*, précité, dans le contexte d'un arrêt immédiat des procédures qui avait été demandé par le ministère public au moment où l'avocat de la défense avait posé une question dont la réponse aurait révélé l'identité d'un indicateur de police, la Cour, à la majorité, a considéré encore une fois l'abus de procédure séparément de l'examen de la question de savoir si les droits garantis à l'accusé par l'al. 11b) avaient été violés du fait que le ministère public avait réintroduit l'instance par la suite. En dernier lieu, dans *Power*, précité, aucun abus de procédure n'a été relevé dans l'omission par le ministère public d'assigner d'autres témoins après que le juge du procès eut écarté une preuve cruciale obtenue au moyen d'un alcootest. La Cour n'a aucunement envisagé la possibilité qu'il y ait eu violation de la *Charte*. À mon avis, cependant, les questions abordées dans chacune de ces trois affaires auraient pu l'être tout aussi efficacement par application de la *Charte*. Dans aucun de ces arrêts, notre Cour, à la majorité, ne s'est particulièrement interrogée sur l'interaction entre la *Charte* et la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law. De plus, la seule fois où elle l'a fait, elle a expressément refusé de trancher la question: *Keyowski*, précité, aux pp. 660 et 661. Par contre, dans *Mack*, précité, la Cour a formulé, aux pp. 939 et 940 et de nouveau à la p. 976, des remarques sur les grandes similitudes qui existent entre les deux régimes.

I also recognize that, despite these strong parallels, the common law and *Charter* analyses have often been kept separate because of the differing onus of proof upon the accused under the two regimes. In *R. v. Keyowski* (1986), 28 C.C.C. (3d) 553 (Sask. C.A.), at pp. 561-62, for instance, it was noted that while the burden of proof under the *Charter* was the balance of probabilities, the burden under the common law was the "clearest of cases". It is important to remember, however, that even if a violation of s. 7 is proved on a balance of probabilities, the court must still determine what remedy is just and appropriate under s. 24(1). The power granted in s. 24(1) is in terms discretionary, and it is by no means automatic that a stay of proceedings should be granted for a violation of s. 7. On the contrary, I would think that the remedy of a

Je reconnais également que, malgré ce parallélisme, les analyses fondées sur la common law et la *Charte* sont restées nettement séparées parce que le fardeau de preuve incombant à l'accusé n'est pas le même sous les deux régimes. Dans *R. c. Keyowski* (1986), 28 C.C.C. (3d) 553 (C.A. Sask.), aux pp. 561 et 562, par exemple, on a noté que, bien que la charge de la preuve en vertu de la *Charte* en soit une de balance des probabilités, la charge de la preuve en common law relève des «cas les plus manifestes». Cependant, il importe de se rappeler que, même si une violation de l'art. 7 est établie selon la balance des probabilités, le tribunal doit quand même déterminer, en vertu du par. 24(1), quelle réparation est convenable et juste. Le pouvoir conféré au par. 24(1) est discrétionnaire, ce qui signifie qu'une violation de l'art.

judicial stay of proceedings would be appropriate under s. 24(1) only in the clearest of cases. In this way, the threshold for obtaining a stay of proceedings remains, under the *Charter* as under the common law doctrine of abuse of process, the “clearest of cases”.

Remedies less drastic than a stay of proceedings are of course available under s. 24(1) in situations where the “clearest of cases” threshold is not met but where it is proved, on a balance of probabilities, that s. 7 has been violated. In this respect the *Charter* regime is more flexible than the common law doctrine of abuse of process. However, this is not a reason to retain a separate common law regime. It is important to recognize that the *Charter* has now put into judges' hands a scalpel instead of an axe — a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system. Even at common law, courts have given consideration to the societal (not to mention individual) interests in obtaining a final adjudication of guilt or innocence in cases involving serious offences. In *Conway, supra*, at p. 1667, for instance, I elaborated upon the essential balancing character of abuse of process in the following terms:

[Abuse of process] acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

I see no reason why such balancing cannot be performed equally, if not more, effectively under the

7 ne donnera pas automatiquement lieu à un arrêt des procédures. En fait, je crois qu'un arrêt des procédures, à titre de réparation, n'est approprié en vertu du par. 24(1) que dans les cas les plus manifestes. Par conséquent, le test pour l'obtention d'un arrêt des procédures continue de relever des «cas les plus manifestes», tant en vertu de la *Charte* que de la doctrine de l'abus de procédure en common law.

Le paragraphe 24(1) autorise, de toute évidence, des réparations moins draconiennes qu'un arrêt des procédures lorsque le test «des cas les plus manifestes» n'est pas satisfait, mais que l'on établit, selon la balance des probabilités, qu'il y a eu violation de l'art. 7. À cet égard, le régime de la *Charte* est plus souple que la doctrine de l'abus de procédure en common law. Ceci n'est, toutefois, pas là la raison de conserver un régime de common law distinct. Il est important de reconnaître que la *Charte* a remplacé, entre les mains des juges, la hache par le scalpel et leur a donné un outil qui permet de façonner mieux que jamais des solutions qui tiennent compte, d'une part, des préoccupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l'équité envers les individus, et, d'autre part, les intérêts de la société et l'intégrité du système judiciaire. Même en common law, les tribunaux ont tenu compte des intérêts de la société (pour ne pas mentionner les intérêts individuels) à obtenir une déclaration définitive de culpabilité ou de non-culpabilité dans les affaires mettant en cause des infractions graves. Dans l'arrêt *Conway*, précité, à la p. 1667, par exemple, j'ai élaboré sur le caractère essentiel de la balance qui doit s'opérer en matière d'abus de procédure dans les termes suivants:

C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi une telle pondération ne pourrait s'effectuer aussi efficacement, sinon plus,

*Charter*, both in terms of defining violations and in terms of selecting the appropriate remedy to perceived violations. See, by analogy, *Morin*, *supra*.

70 For these reasons, I conclude that the only instances in which there may be a need to maintain any type of distinction between the two regimes will be those instances in which the *Charter*, for some reason, does not apply yet where the circumstances nevertheless point to an abuse of the court's process. Because the question is not before us, however, I leave for another day any discussion of when such situations, if they indeed exist, may arise. As a general rule, however, there is no utility in maintaining two distinct approaches to abusive conduct. The distinction is one that only lawyers could possibly find significant. More importantly, maintaining this somewhat artificial dichotomy may, over time, create considerably more confusion than it resolves.

71 The principles of fundamental justice both reflect and accommodate the nature of the common law doctrine of abuse of process. Although I am willing to concede that the focus of the common law doctrine of abuse of process has traditionally been more on the protection of the integrity of the judicial system whereas the focus of the *Charter* has traditionally been more on the protection of individual rights, I believe that the overlap between the two has now become so significant that there is no real utility in maintaining two distinct analytic regimes. We should not invite schizophrenia into the law.

72 I therefore propose to set down some guidelines for evaluating, first, whether there has been a violation of the *Charter* that invokes concerns analogous to those traditionally raised under the doctrine of abuse of process and, second, the circumstances under which the remedy of a judicial stay of proceedings will be "appropriate and just", as required by s. 24(1) of the *Charter*.

en vertu de la *Charte*, tant en ce qui concerne la définition des violations qu'en ce qui concerne le choix de la réparation appropriée aux violations identifiées. Voir, par analogie, l'arrêt *Morin*, précité.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir de distinction entre les deux régimes, sauf, peut-être dans les cas où la *Charte*, pour quelque raison, ne s'appliquerait pas mais que les circonstances, elles, révéleraient un abus de procédure. Comme nous ne sommes, toutefois, pas saisis de cette question, je laisse à plus tard toute discussion sur les circonstances dans lesquelles peuvent survenir des situations de ce genre, s'il peut en fait en exister. En règle générale, cependant, il est inutile de maintenir deux façons distinctes d'aborder la conduite abusive. Seuls peut-être les avocats pourraient trouver cette distinction significative. De façon plus importante, maintenir cette dichotomie quelque peu artificielle peut, avec le temps, engendrer considérablement plus de confusion qu'elle n'en dissipe.

Les principes de justice fondamentale reflètent la nature de la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law et s'y adaptent. Tout en admettant que la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law a traditionnellement mis davantage l'accent sur la protection de l'intégrité du système judiciaire tandis que la *Charte* l'a traditionnellement mis davantage sur la protection des droits individuels, je crois que l'empiètement l'un sur l'autre est devenu maintenant si important qu'il n'est plus réellement utile de maintenir deux régimes d'analyse distincts. Nous ne devrions pas laisser place à cette dichotomie du droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire.

Je propose donc d'énoncer certaines lignes directrices pour déterminer, premièrement, s'il y a eu une violation de la *Charte* qui soulève des préoccupations analogues à celles qu'on retrouve traditionnellement sous la doctrine relative à l'abus de procédure et, deuxièmement, quelles sont les circonstances dans lesquelles l'arrêt des procédures sera la réparation «convenable et juste», comme le requiert le par. 24(1) de la *Charte*.

(ii) Section 7, Abuse of Process and Non-disclosure

As I have already noted, the common law doctrine of abuse of process has found application in a variety of different circumstances involving state conduct touching upon the integrity of the judicial system and the fairness of the individual accused's trial. For this reason, I do not think that it is helpful to speak of there being any one particular "right against abuse of process" within the *Charter*. Depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged. For instance, where the accused claims that the Crown's conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(b) of the *Charter*, to which the jurisprudence of this Court has now established fairly clear guidelines (*Morin, supra*). Alternatively, the circumstances may indicate an infringement of the accused's right to a fair trial, embodied in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In both of these situations, concern for the individual rights of the accused may be accompanied by concerns about the integrity of the judicial system. In addition, there is a residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

Non-disclosure by the Crown normally falls within the second category described above. Consequently, a challenge based on non-disclosure will generally require a showing of actual prejudice to the accused's ability to make full answer and defence. In this connection, I am in full agreement with the Court of Appeal that there is

(ii) L'article 7, l'abus de procédure et la non-divuligation

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law a été appliquée dans un certain nombre de circonstances différentes mettant en cause la conduite de l'État en ce qui concerne l'intégrité du système judiciaire et l'équité du procès de la personne accusée. Pour cette raison, je ne crois pas utile de parler de l'existence de quelque «droit à la protection contre l'abus de procédure» dans la *Charte*. Selon les circonstances, différentes garanties en vertu de la *Charte* pourront entrer en jeu. Par exemple, lorsque l'accusé prétend que la conduite du ministère public l'a empêché d'être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l'al. 11b) de la *Charte*, au sujet duquel la jurisprudence de notre Cour a maintenant établi des lignes directrices assez claires (*Morin*, précité). De même, les circonstances peuvent indiquer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable, droit prévu à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Dans ces deux situations, le souci pour les droits individuels de l'accusé peut être accompagné d'un souci pour l'intégrité du système judiciaire. Il existe, en outre, une autre catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

La non-divuligation par le ministère public fait habituellement partie de la deuxième catégorie que je viens de décrire. En conséquence, une contestation fondée sur la non-divuligation nécessitera généralement la preuve d'un préjudice véritable quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. À cet égard, je suis

no autonomous “right” to disclosure in the *Charter* (at pp. 148-49 C.C.C.):

... the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the *Charter* such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a reasonable possibility it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure has probably prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.

It is the distinction between the “reasonable possibility” of impairment of the right to make full answer and defence and the “probable” impairment of that right which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. [Italics in original; underlining added.]

Where the accused seeks to establish that the non-disclosure by the Crown violates s. 7 of the *Charter*, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. It goes without saying that such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Where the information is found to be immaterial to the accused's ability to make full answer and defence, there cannot possibly be a violation of the *Charter* in this respect. I would note, moreover, that inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the accused's

tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

[TRADUCTION] ... le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la *Charte* qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils pouvaient raisonnablement aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation a probablement nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.

C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d'autre part. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu'une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un

trial. Once a violation is made out, a just and appropriate remedy must be found.

(iii) The Appropriate Remedy to a s. 7 Violation for Non-disclosure

Where there has been a violation of a right under the *Charter*, s. 24(1) confers upon a court of competent jurisdiction the power to confer "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". Professor Paciocco, *supra*, at p. 341, has recommended that a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are fulfilled:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

I adopt these guidelines, and note that they apply equally with respect to prejudice to the accused or to the integrity of the judicial system.

As I have stated, non-disclosure will generally violate s. 7 only if it impairs the accused's right to full answer and defence. Although it is not a precondition to a disclosure order that there be a *Charter* violation, a disclosure order can be a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Thus, where the adverse impact upon the accused's ability to make full answer and defence is curable by a disclosure order, then such a remedy, combined with an adjournment where necessary to enable defence counsel to review the disclosed information, will generally be appropriate.

There may, however, be exceptional situations where, given the advanced state of the proceedings, it is simply not possible to remedy through reasonable means the prejudice to the accused's

procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès de l'accusé. Une fois la violation prouvée, une réparation juste et convenable s'impose.

(iii) La réparation appropriée à une violation de l'art. 7 pour non-divuligation

Lorsqu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte*, le par. 24(1) confère à un tribunal compétent le pouvoir d'accorder «la réparation [qu'il] estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Le professeur Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 341, a suggéré que l'arrêt des procédures est approprié uniquement lorsqu'on satisfait à deux critères:

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

J'adopte ces lignes directrices et note qu'elles s'appliquent également au préjudice causé à l'accusé ou à l'intégrité du système judiciaire.

Comme je l'ai affirmé, la non-divuligation ne viole généralement l'art. 7 que lorsqu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Bien qu'une violation de la *Charte* ne soit pas une condition préalable à l'obtention d'une ordonnance de divulgation, une telle ordonnance peut constituer une réparation visée au par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi, lorsqu'il est possible, au moyen d'une ordonnance de divulgation, de pallier l'impact néfaste que peut avoir la non-divuligation sur la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une telle réparation sera généralement appropriée, accompagnée d'un ajournement si nécessaire afin de permettre à l'avocat de la défense d'examiner les renseignements divulgués.

Il peut, cependant, exister des cas exceptionnels où, vu le stade avancé de l'instance, il n'est tout simplement pas possible de remédier par des moyens raisonnables au préjudice causé au droit de

right to make full answer and defence. In such cases, the drastic remedy of a stay of proceedings may be necessary. Although I will return to this matter in my discussion on the disclosure of records held by third parties, we must recall that, under certain circumstances, the defence will be unable to lay the foundation for disclosure of a certain item until the trial has actually begun and witnesses have already been called. In those instances, it may be necessary to take measures such as permitting the defence to recall certain witnesses for examination or cross-examination, adjournments to permit the defence to subpoena additional witnesses or even, in extreme circumstances, declaring a mistrial. A stay of proceedings is a last resort, to be taken when all other acceptable avenues of protecting the accused's right to full answer and defence are exhausted.

l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans ces cas, la réparation draconienne que constitue l'arrêt des procédures pourra s'imposer. Même si j'entends revenir sur ce point lors de l'examen de la divulgation de dossiers en possession de tiers, nous devons nous rappeler que, dans certaines circonstances, la défense ne sera pas en mesure d'établir les fondements d'une requête visant la divulgation d'un document déterminé tant que le procès ne sera pas vraiment commencé et que les témoins n'auront pas été appelés à la barre. Il sera peut-être alors nécessaire de prendre des mesures telles que de permettre à la défense de rappeler certains témoins à la barre pour les interroger ou les contre-interroger, de consentir à des ajournements pour permettre à la défense d'assigner d'autres témoins ou même, dans des cas extrêmes, de déclarer le procès nul. L'arrêt des procédures est le dernier ressort, auquel on doit avoir recours et uniquement après avoir épuisé tous les autres moyens acceptables pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

78 When choosing a remedy for a non-disclosure that has violated s. 7, the court should also consider whether the Crown's breach of its disclosure obligations has also violated fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and thereby caused prejudice to the integrity of the judicial system. If so, it should be asked whether this prejudice is remediable. Consideration must be given to the seriousness of the violation and to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence. Although some of the most salient considerations are discussed immediately below, that discussion is by no means exhaustive.

Lorsque la cour se penchera sur les mesures réparatrices relatives à une non-divulgation portant atteinte à l'art. 7, elle devrait examiner également si le manquement aux obligations du ministère public en matière de divulgation a porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens de décence et de franc-jeu de la collectivité, et, en conséquence, a porté préjudice à l'intégrité du système judiciaire. Si tel est le cas, la cour devrait s'interroger à savoir si ce préjudice est réparable. Il faut tenir compte de la gravité de la violation et des intérêts communautaires et individuels à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Certaines des considérations les plus marquantes sont examinées dans les paragraphes qui suivent; cet examen est, toutefois, loin d'être exhaustif.

79 Among the most relevant considerations are the conduct and intention of the Crown. For instance, non-disclosure due to a refusal to comply with a court order will be regarded more seriously than non-disclosure attributable to inefficiency or oversight. It must be noted, however, that while a finding of flagrant and intentional Crown misconduct

Parmi les considérations les plus pertinentes, il faut mentionner la conduite et l'intention du ministère public. Par exemple, la non-divulgation résultant du refus de se conformer à une ordonnance judiciaire sera considérée comme étant plus grave que la non-divulgation attribuable au manque d'efficacité ou à l'inadvertance. Il faut noter, toutefois,



may make it significantly more likely that a stay of proceedings will be warranted, it does not follow that a demonstration of *mala fides* on the part of the Crown is a necessary precondition to such a finding. As Wilson J. observed for the Court in *Keyowski, supra*, at p. 659:

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine . . . . Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's [conduct] amounts to an abuse of process.

Another pertinent consideration will be the number and nature of adjournments attributable to the Crown's conduct, including adjournments attributable to its failure to disclose in a timely manner. Every adjournment and/or additional hearing caused by the Crown's breach of its obligation to disclose may have physical, psychological and economic consequences upon the accused, particularly if the accused is incarcerated pending trial. In all fairness, however, the Crown may also seek to establish by evidence that the accused is in the majority group of persons who benefit from a delay in the proceedings because they do not want an early trial: *Morin, supra*, at pp. 802-3.

Finally, in determining whether the prejudice to the integrity of the judicial system is remediable, consideration must be given to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence. It goes without saying that these interests will increase commensurately to the seriousness of the charges against the accused. Consideration should be given to less drastic remedies than a stay of proceedings (see for example *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, where, although I agreed with the majority that the Crown's conduct in disregarding the plea bargain

que, bien que la constatation de l'inconduite flagrante et intentionnelle du ministère public puisse rendre beaucoup plus vraisemblable qu'un arrêt des procédures sera justifié, il ne s'ensuit pas qu'une preuve de mauvaise foi du ministère public soit une condition préalable nécessaire à la constatation d'une telle violation. Comme le juge Wilson l'a fait remarquer au nom de la Cour dans l'arrêt *Keyowski*, précité, à la p. 659:

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. [. . .] La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, [la conduite du] ministère public [. . .] équivaut à un abus de procédure.

Une autre considération pertinente a trait au nombre et à la nature des ajournements attribuables à la conduite du ministère public, y compris les ajournements attribuables à son omission de divulguer les renseignements dans les délais prescrits. Chaque ajournement et/ou chaque audience supplémentaire découlant du manquement du ministère public à son obligation de divulgation peuvent entraîner des conséquences sur les plans physique, psychologique et économique pour l'accusé, tout particulièrement si celui-ci est incarcéré en attendant le procès. En toute équité, cependant, le ministère public peut également tenter de prouver que l'accusé fait partie de la majorité de gens qui bénéficient d'un délai parce qu'ils ne souhaitent pas un procès rapide: *Morin*, précité, aux pp. 802 et 803.

Enfin, pour déterminer s'il est possible de remédier au préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire, il faut tenir compte des intérêts communautaires et individuels à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Il va sans dire que ces intérêts seront proportionnels à la gravité des accusations portées contre l'accusé. Des réparations moins draconiennes que l'arrêt des procédures devraient être examinées (voir par exemple *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, où, même si j'étais d'accord avec la majorité que la décision du ministère public de ne pas respecter une entente

made with the accused did not amount to one of the "clearest of cases" requiring a stay of proceedings, I would have nonetheless found a violation of the accused's rights under s. 7 and substituted a conviction for the lesser included offence which was the object of the plea bargain).

82 It must always be remembered that a stay of proceedings is only appropriate "in the clearest of cases", where the prejudice to the accused's right to make full answer and defence cannot be remedied or where irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued.

#### (iv) Summary

83 Where life, liberty or security of the person is engaged in a judicial proceeding, and it is proved on a balance of probabilities that the Crown's failure to make proper disclosure to the defence has impaired the accused's ability to make full answer and defence, a violation of s. 7 will have been made out. In such circumstances, the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Although the remedy for such a violation will typically be a disclosure order and adjournment, there may be some extreme cases where the prejudice to the accused's ability to make full answer and defence or to the integrity of the justice system is irreparable. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate.

### C. *Application to the Facts*

84 The motion which prompted Thackray J.'s pronouncement of a stay of proceedings was the fifth such motion since the trial judge was seized of the case. It was only the second, however, that related in any way to non-disclosure by the Crown. The first motion for a stay based upon non-disclosure, which Thackray J. rejected in reasons delivered on November 27, pertained to non-disclosures relating to the order of Campbell A.C.J., which in turn governed the production of materials which were almost exclusively in the hands of third parties.

sur le plaidoyer conclue avec l'accusé n'équivalait pas à un des «cas les plus manifestes» exigeant l'arrêt des procédures, j'aurais néanmoins conclu à une violation des droits que l'art. 7 garantit à l'accusé et j'aurais substitué une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre incluse qui avait fait l'objet des négociations).

Il faut toujours se rappeler que l'arrêt des procédures est approprié uniquement «dans les cas les plus manifestes» lorsqu'il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la continuation de la poursuite causerait à l'intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable.

#### (iv) Résumé

Lorsque, dans une procédure judiciaire, la vie, la liberté et la sécurité de la personne sont affectées et qu'il est prouvé, selon la balance des probabilités, que l'omission du ministère public de faire une divulgation suffisante à la défense a empêché l'accusé de présenter une défense pleine et entière, on aura établi une violation de l'art. 7. Dans ces circonstances, la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Bien que, dans le cas d'une telle violation, la réparation soit typiquement une ordonnance de divulgation et un ajournement, il peut y avoir des cas extrêmes où le préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou à l'intégrité du système judiciaire soit irréparable. Dans ces «cas les plus manifestes», l'arrêt des procédures sera approprié.

### C. *Application aux faits*

La requête qui a incité le juge Thackray à prononcer l'arrêt des procédures était la cinquième requête du genre depuis le moment où le juge du procès avait été saisi de l'affaire. C'était, toutefois, la deuxième requête se rapportant de quelque façon à la non-divulgation de renseignements par le ministère public. La première requête en arrêt des procédures fondée sur la non-divulgation, que le juge Thackray a rejetée dans ses motifs du 27 novembre, se rapportait à des omissions de divulguer aux termes de l'ordonnance du juge en chef

Much of the delayed disclosure by the Crown of the complainants' medical and therapeutic records, even after the order of Campbell A.C.J., seems to have been genuinely motivated by a desire to protect the privacy interests of the complainants, and not to compromise the rights of the accused. Some of the non-disclosure was attributable to simple incompetence. Thackray J. concluded as much when he noted that there was no evidence to suggest any "grand design by the Crown to conceal evidence" (p. 105). Although, for reasons which appear below, I agree that the scope and nature of the disclosure order were unacceptably broad, I agree with the Court of Appeal that a more appropriate route for the Crown to have taken would have been to apply for a variation of the original disclosure order, in which the Crown would have sought greater accommodation for the privacy interests of the individual complainants involved.

Nonetheless, due in part to an undertaking by the Crown on November 28 to disclose to the defence its complete files on the case, there is no dispute that the order of Campbell A.C.J. had been fully complied with by the Crown at the time of the fifth application by the defence for a stay of proceedings. This fifth application was founded upon the non-disclosure of a full transcript of a witness interview which had previously only partly been disclosed to the defence, the non-disclosure of several diagrams produced by witnesses in the course of their preparations with the Crown, and the failure of Crown counsel to be able to assure the court on the third day of the trial that all relevant documents in Ms. Harvey's computer files had been fully disclosed to the defence. Defence counsel exhorted the trial judge to consider, as

adjoint Campbell, laquelle régissait à son tour la production de documents qui se trouvaient presque exclusivement en la possession de tiers. La divulgation tardive par le ministère public des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques des plaignantes, même après l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, semble en grande partie avoir été sincèrement motivée par le désir d'assurer la protection du droit à la vie privée des plaignantes et non pas de compromettre les droits de l'accusé. La non-divulgation fut attribuable à l'incompétence jusqu'à un certain point. Le juge Thackray en a conclu ainsi lorsqu'il a constaté que rien dans la preuve ne laissait supposer un [TRADUCTION] «grand projet du ministère public en vue de dissimuler des éléments de preuve» (p. 105). Même si, pour les raisons exposées ci-dessous, j'estime que la portée et la nature de l'ordonnance de divulgation étaient d'une étendue inacceptable, je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il aurait été plus approprié pour le ministère public de présenter une requête en modification de l'ordonnance initiale de divulgation, au moyen de laquelle le ministère public aurait pu rechercher un meilleur équilibre pour assurer la protection des droits à la vie privée des plaignantes.

Néanmoins, en raison en partie d'un engagement pris par le ministère public le 28 novembre de divulguer à la défense tous ses dossiers sur l'affaire, il n'est pas contesté que le ministère public se soit conformé intégralement à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell à l'époque de la présentation par la défense de la cinquième demande d'arrêt des procédures. Cette cinquième demande était fondée sur la non-divulgation de la transcription complète d'un entretien avec un témoin qui avait déjà été divulguée à la défense en partie seulement, sur la non-divulgation de plusieurs diagrammes exécutés par des témoins au cours de la préparation du procès par le ministère public et sur le fait que le substitut du procureur général ne pouvait pas, le troisième jour du procès, garantir à la cour que tous les documents pertinents figurant dans les fichiers informatiques de M<sup>e</sup> Harvey avaient été divulgués intégralement à la défense. L'avocat de la défense a exhorté le juge du procès à prendre également en considération les diffi-

well, the previous disclosure difficulties encountered by the defence.

cultés que la défense avait rencontrées antérieurement concernant la divulgation d'éléments de preuve.

86

In granting the stay of proceedings on December 7, Thackray J. concluded that the Crown's previous uncooperativeness in response to Campbell A.C.J.'s disclosure order had created an "aura" which ultimately pervaded and destroyed the case. In the November 27 ruling refusing the fourth application for a stay, however, Thackray J. had ruled that although the Crown's excuses for non-disclosure were "limp" and indicative of incompetence, there was no evidence to suggest any "grand design by the Crown to conceal evidence" (p. 105). Given that the order of Campbell A.C.J. had been fully complied with by the time of the fifth application for a stay, it is unclear what changed the trial judge's mind about the Crown's conduct in relation to that non-disclosure. Rather, it would appear that Thackray J. attached greatest significance to the fact that, notwithstanding that the trial had now begun, Crown counsel could still not provide the court with an assurance that all relevant information had been disclosed. This may have been the straw that broke the proverbial camel's back.

En ordonnant l'arrêt des procédures le 7 décembre, le juge Thackray a conclu que le peu de coopération dont le ministère public avait fait preuve à la suite de l'ordonnance de divulgation du juge en chef adjoint Campbell avait créé un «climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. Dans la décision du 27 novembre qui rejetait la quatrième demande d'arrêt des procédures, le juge Thackray avait pourtant statué que, bien que les excuses du ministère public au sujet de la non-divulgation fussent «faibles» et indicatives d'incompétence, rien dans la preuve ne laissait supposer un «grand projet du ministère public en vue de dissimuler des éléments de preuve» (p. 105). Comme l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell avait été respectée intégralement à l'époque de la présentation de la cinquième demande d'arrêt des procédures, on ne voit pas clairement ce qui a amené le juge du procès à changer d'opinion au sujet de la conduite du ministère public en rapport avec cette non-divulgation. Il semblerait plutôt que le juge Thackray ait attaché une très grande importance au fait que, malgré que le procès fût déjà commencé, le substitut du procureur général ne pouvait pas encore fournir à la cour l'assurance que tous les renseignements pertinents avaient été divulgués. C'est peut-être la proverbiale goutte d'eau qui a fait déborder le vase.

1995 CanLII 51 (SCC)

87

The frustration of the trial judge, forced on several occasions to intervene in order to further the disclosure process, is certainly understandable. As I have already noted, the Crown's failure to comply fully with the disclosure order of Campbell A.C.J. must not be regarded lightly. At the same time, however, we must place the considerable disclosure difficulties within their proper context. The considerable disclosure difficulties related almost entirely to the following: (1) materials which were not in the Crown's possession at the time of the making of the original disclosure order and which consequently, for reasons that I shall discuss below, the Crown is not under any obligation to

La frustration du juge du procès est certainement compréhensible, car il a été obligé d'intervenir à plusieurs reprises afin de faciliter la divulgation. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, l'omission par le ministère public de se conformer intégralement à l'ordonnance de divulgation du juge en chef adjoint Campbell ne doit pas être prise à la légère. En même temps, cependant, nous devons replacer dans leur contexte les énormes difficultés soulevées par la divulgation. Elles se rapportaient presque entièrement aux éléments suivants: (1) des documents qui n'étaient pas en la possession du ministère public au moment où a été rendue l'ordonnance initiale de divulgation et que, par consé-

produce; and (2) work product which, provided that it contains no material inconsistencies or additional facts not already disclosed to the defence, the Crown would also not ordinarily be obliged to disclose, were it not for the undertaking which it gave to the defence the weekend before the beginning of the trial. This was not a case where the Crown failed, for whatever reason, to disclose the fruits of an investigation undertaken by agents of the state. Much confusion was attributable to the fact that the law regarding the disclosure of third parties' private records was highly uncertain, and nobody was quite sure what to do.

In agreeing on November 28 to hand over its complete files in the case, the Crown may unwittingly have promised more than it could realistically deliver in such a short time, given the lack of computer literacy of one of the Crown counsel, the complexities involved in the preparation of the case, and the fact that the prosecution was being run from two different cities. These are, as the trial judge noted, "limp" excuses. Nonetheless, although the Crown, as an officer of the court, must always strive to fulfil its undertakings, the fact that the imperfect compliance which ultimately triggered the granting of the stay was with respect to a voluntary undertaking by the Crown rather than with respect to an order of the trial judge or a clear legal obligation is a factor that should not be ignored.

Finally, although the non-disclosure of the diagrams prepared by the witnesses, as well as certain of Ms. Harvey's computer files, apparently contravened the Crown's good faith undertaking to the defence, it was unclear whether any of this information contained materially different versions of that which had already been disclosed to the defence. In fact, while Mr. Jones did concede that he could not assure the court that full disclosure had been made in conformity with the Crown's undertaking, he resolutely took the position, after

quent, pour des raisons que j'examinerai ci-dessous, le ministère public n'était pas tenu de produire; et (2) le produit du travail que, sous réserve de contradictions importantes ou de faits supplémentaires qui n'avaient pas déjà été divulgués à la défense, le ministère public n'aurait pas ordinairement été tenu de divulguer n'eût été l'engagement pris envers la défense au cours de la fin de semaine précédant le début du procès. Ce n'est pas un cas où le ministère public a omis, pour quelque raison que ce soit, de divulguer les résultats d'une enquête entreprise par des représentants de l'État. La confusion est attribuable en bonne partie au fait que le droit régissant la divulgation des dossiers privés entre les mains de tiers était grandement incertain et que personne n'était vraiment sûr de ce qu'il fallait faire.

En convenant, le 28 novembre, de remettre tous ses dossiers sur cette affaire, le ministère public a peut-être involontairement promis plus qu'il ne pouvait livrer en réalité dans un si court laps de temps, étant donné le manque de connaissances en informatique de l'un des substituts du procureur général, les difficultés liées à la préparation de l'affaire et le fait que la poursuite était menée à partir de deux villes différentes. Ce sont là de «faibles» excuses, comme l'a signalé le juge du procès. Néanmoins, bien que le ministère public, en tant qu'officier de justice, doive toujours s'efforcer de remplir ses engagements, il ne faut pas négliger le fait que la divulgation partielle qui, en dernier ressort, a provoqué l'arrêt des procédures concernait un engagement pris volontairement par le ministère public plutôt qu'une ordonnance du juge du procès ou une obligation légale évidente.

En dernier lieu, même si la non-divulgation des diagrammes exécutés par les témoins et de certains fichiers informatiques de M<sup>e</sup> Harvey contrevenait apparemment à l'engagement pris de bonne foi envers la défense par le ministère public, il n'est pas clair qu'une partie quelconque de ces renseignements contenait des versions substantiellement différentes de celles qui avaient déjà été divulguées à la défense. De fait, bien que M<sup>e</sup> Jones ait effectivement reconnu qu'il ne pouvait garantir à la cour que tous les détails de la preuve avaient été divul-

having reviewed some of the impugned documents, that none of the undisclosed records were material. Nor, for that matter, was there any evidence of improper motive on the part of the Crown. I hasten to add that a finding that the non-disclosures were material might have supported an inference that the Crown was actively hiding information that was material to the defence. In the instant case, however, absent any inquiry into the materiality of the non-disclosures, the most that can be said is that the non-disclosures arose as a result of inadvertence or lack of communication on the part of the two Crown counsel, or because Crown counsel undertook to bite off more voluntary disclosure than it could chew. There is no proof, moreover, that any delays were attributable to Crown non-disclosure. If indeed there were such delays, then it is relevant to note that, since the accused was not incarcerated pending trial, these delays would not have prolonged the duration of the accused's imprisonment.

gués conformément à l'engagement pris par le ministère public, il a affirmé résolument, après examen de certains des documents en question, qu'aucun des dossiers non divulgués n'était substantiel. D'ailleurs, il n'y avait non plus aucune preuve de l'existence d'un mobile illégitime de la part du ministère public. Je me hâte d'ajouter que si les renseignements non divulgués avaient été trouvés substantiels, on aurait peut-être pu en déduire que le ministère public s'était employé à dissimuler des renseignements importants pour la défense. En l'espèce, cependant, en l'absence de toute enquête sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués, tout ce qu'on peut dire c'est que la non-divulgarion est le résultat d'une inadvertance ou d'un manque de communication de la part des deux substituts du ministère public ou est survenue parce que ces derniers se sont engagés au delà de leurs possibilités. Rien ne prouve non plus que quelque délai que ce soit attribuable à la non-divulgarion des renseignements par le ministère public. Si vraiment de tels délais se sont produits, il convient de noter que, puisque l'accusé n'était pas incarcéré en attendant le procès, ces délais n'auraient pas prolongé la durée de l'emprisonnement de l'accusé.

1995 CanLII 51 (SCC)

90 Bearing these factors in mind, I would make the following conclusions. First, although the Crown's conduct was shoddy and inappropriate, the non-disclosure cannot be said to have violated the accused's right to full answer and defence. Contrary to the impression held by the trial judge, a review of the transcripts reveals that the Crown did not at any time concede either materiality or prejudice to the defence. The most the Crown admitted was that defence counsel might be at a disadvantage because it had only had a short time during which to review the most recently disclosed documents. At its highest, moreover, the prejudice actually identified by the trial judge was that the non-disclosed diagrams were relevant in that they might have affected the preparation of the cross-examination of one of the witnesses. Cross-examination of that witness had not yet even begun. Although I am sympathetic to the difficulties of preparing an effective cross-examination, I cannot agree that an accused's right to full answer and

Compte tenu de ces facteurs, j'en viens aux conclusions suivantes. Premièrement, bien que la conduite du ministère public ait été inappropriée et inopportune, on ne peut dire que la non-divulgarion a constitué une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Contrairement à l'impression ressentie par le juge du procès, il ressort de l'examen du dossier que le ministère public n'a à aucun moment concédé soit le caractère substantiel des renseignements soit l'existence d'un préjudice pour la défense. Tout ce que le ministère public a admis, c'est que l'avocat de la défense pouvait être dans une position désavantageuse parce qu'il n'avait disposé que d'un court laps de temps pour examiner les tout derniers documents divulgués. Porté à son plus haut degré, en outre, le préjudice effectivement identifié par le juge du procès a trait à ce que les diagrammes non divulgués étaient pertinents du fait qu'ils auraient pu influencer sur la préparation du contre-interrogatoire de l'un des témoins. Le contre-interrogatoire de ce

defence has probably been infringed merely because of the possibility that a cross-examination of a witness, which has not yet begun, may have to be reformulated. Without any inquiry into the materiality of the non-disclosed information, it was, therefore, impossible for the trial judge to conclude that the non-disclosure had, on the balance of probabilities, prejudiced the accused's ability to make full answer and defence.

Second, it must be recalled that the whole issue of disclosure in this case arose out of Campbell A.C.J.'s order requiring that the Crown "disclose" records in the hands of third parties and that the complainants authorize production of such records. This order was issued without any form of inquiry into their relevance, let alone a balancing of the privacy rights of the complainants and the accused's right to a fair trial. We all agree that this order was wrong. Although the error was compounded by the Crown's inept and ineffective efforts to have this order reviewed and modified, it is clear, at the end of the day, that the Crown was right in trying to protect the interests of justice. The fact that it did so in such a clumsy way should not result in a stay of proceedings, particularly so when no prejudice was demonstrated to the fairness of the accused's trial or to his ability to make full answer and defence. Thus, even if I had found a violation of s. 7, this cannot be said to be one of the "clearest of cases" which would mandate a stay of proceedings.

To summarize, I am satisfied that the evidence in the present case did not support the finding of a violation under s. 7 of the *Charter* and, moreover, it did not reasonably support Thackray J.'s view that the only appropriate course of action under the

témoin n'avait même pas encore débuté. Bien que je sois consciente des difficultés liées à la préparation d'un contre-interrogatoire efficace, je ne suis pas d'accord que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière a probablement été violé simplement à cause de la possibilité que le contre-interrogatoire d'un témoin, qui n'avait pas encore débuté, doive peut-être être reformulé. En l'absence d'enquête sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués, il était donc impossible au juge du procès de conclure que la non-divulgaration avait, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Deuxièmement, il faut se rappeler que toute la question de la divulgation en l'espèce découle de l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell qui enjoignait au ministère public de «divulguer» des dossiers se trouvant en la possession de tiers et aux plaignantes d'autoriser la production de ces dossiers. Cette ordonnance a été rendue sans aucun examen de la pertinence de ces dossiers, ni aucune pondération des droits à la vie privée des plaignantes et du droit de l'accusé à un procès équitable. Nous sommes tous d'accord pour dire que cette ordonnance était erronée. Bien que l'erreur ait été aggravée par les efforts inappropriés et inefficaces que le ministère public a déployés pour faire réviser et modifier l'ordonnance en question, il demeure, en fin de compte, que le ministère public a eu raison de tenter de protéger l'intérêt de la justice. Même s'il l'a fait d'une façon très maladroite, cela ne devrait pas donner lieu à un arrêt des procédures, tout particulièrement lorsque l'on n'a pas prouvé d'atteinte à l'équité du procès de l'accusé ou à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière. En conséquence, même si j'avais conclu à une violation de l'art. 7, on ne peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'un des «cas les plus manifestes» qui justifierait un arrêt des procédures.

En résumé, je suis convaincue que la preuve présentée en l'espèce ne permettait pas de conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte* et, de plus, qu'elle ne pouvait raisonnablement étayer l'opinion du juge Thackray, selon laquelle la seule

circumstances was to stay the proceedings against the accused.

## II. Production of Private Records

### A. *Judgment of the Court of Appeal*

93 On May 16, 1994, the Court of Appeal released additional reasons in *O'Connor (No. 2)*, *supra*. In those reasons, it set out guidelines governing applications for production of medical records of potential witnesses, which are not in the possession of the Crown. It recommended a two-stage procedure (at p. 261):

At the first stage, the applicant must show that the information contained in the medical records is likely to be relevant either to an issue in the proceeding or to the competence of the witness to testify. If the applicant meets this test, then the documents meeting that description must be disclosed to the court.

The second stage involves the court reviewing the documents to determine which of them are material to the defence, in the sense that, without them, the accused's ability to make full answer and defence would be adversely affected. If the court is satisfied that any of the documents fall into this category, then they should be disclosed to the parties, subject to such conditions as the court deems fit.

The court noted that it would often only be possible to make the ultimate determination as to relevance and materiality at the point in the trial when the issue to which the information is said to be relevant or material is addressed.

94 The court then held that while a liberal interpretation of the word "relevant" is to be encouraged, due regard must also be had for other legitimate legal and societal interests, notably the privacy interests of complainants in sexual assault cases and the danger that the evidence will be unprobative and misleading. As such, consideration should be had for this Court's remarks in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, as well as for the factors set out in s. 276(3) of the *Criminal Code*.

décision appropriée dans les circonstances était l'arrêt des procédures intentées contre l'accusé.

## II. La production de dossiers privés

### A. *L'arrêt de la Cour d'appel*

Le 16 mai 1994, la Cour d'appel a donné des motifs supplémentaires dans *O'Connor (n° 2)*, précité. Dans ces motifs, elle a proposé des lignes directrices régissant les requêtes pour production des dossiers médicaux de témoins éventuels, dossiers non en la possession du ministère public. Elle a recommandé une procédure en deux étapes (à la p. 261):

[TRADUCTION] À la première étape, le requérant doit prouver que les renseignements contenus dans les dossiers médicaux sont susceptibles de se rapporter à une question en litige ou à la capacité du témoin de déposer. Si le requérant satisfait à ce critère, les documents répondant à cette description doivent être divulgués au tribunal.

La deuxième étape concerne l'examen des documents par le tribunal pour déterminer lesquels d'entre eux sont essentiels à la défense, en ce sens que, sans eux, la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière serait amoindrie. Si le tribunal est convaincu que certains des documents entrent dans cette catégorie, ils doivent alors être divulgués aux parties, aux conditions qu'il juge convenables.

La cour a signalé qu'il ne sera souvent possible de déterminer de façon définitive si les documents sont pertinents ou substantiels qu'à ce stade du procès où sera abordée la question à laquelle les renseignements se rapporteraient ou seraient essentiels.

La cour a ensuite conclu que, bien qu'il faille favoriser une interprétation libérale du mot «pertinent», il convient également de tenir compte des autres intérêts légaux et sociétaux légitimes, notamment le droit à la vie privée des plaignantes dans des causes d'agression sexuelle, et du danger que ces éléments de preuve n'aient aucune valeur probante et soient susceptibles d'induire en erreur. À cette enseigne, les remarques formulées par notre Cour dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, ainsi que les facteurs prévus au par. 276(3) du *Code criminel* ne sauraient être ignorés.



The Court of Appeal then reviewed grounds for disclosure which, in its view, would not meet the test for relevance. It would be insufficient, for instance, to invoke credibility "at large". A simple submission that the records may relate to "recent complaint" would be equally inadequate. So, too, would be a claim that the defence hopes to find lack of corroboration or the existence of a prior inconsistent statement, since this would amount to a fishing expedition into a person's private records. Equally insufficient would be an assertion of relevance based on the mere fact that a witness has received counselling or psychiatric assistance as a consequence of an alleged sexual assault. The fact of having received such counselling could not, moreover, justify a conclusion that the witness's evidence may be unreliable.

The Court of Appeal then turned to a consideration of appropriate procedures to guide the parties on an application for pre-trial production of medical records held by third parties. It made the following points (at pp. 267-68):

- the application for disclosure should ideally be supported by affidavits;
- notice should be given to Crown counsel, to the third party in possession, and to the complainant or other witness with a privacy interest in the records;
- the application should be heard by the trial judge whenever possible;
- at the hearing, persons with an interest in the records are entitled to present argument relating to issues of privacy and privilege, and to give evidence with respect to the relevance and materiality of the records in question;
- the judge will review the records to determine materiality, a procedure which may be done *in camera* or under a publication ban where the materials involved are of a sensitive nature;

La Cour d'appel a ensuite examiné les motifs de divulgation qui, à son avis, ne satisferaient pas au critère de la pertinence. Il ne suffirait pas, par exemple, d'invoquer la crédibilité «en général». La simple allégation que les dossiers peuvent se rapporter à une «plainte récente» serait également insuffisante. Ainsi en serait-il de la prétention selon laquelle la défense espère trouver une absence de corroboration ou une déclaration antérieure contradictoire, puisque cela équivaudrait à se livrer à une partie de pêche dans les dossiers personnels d'une personne. Serait tout aussi insuffisante l'affirmation de pertinence qui se fonderait sur le simple fait qu'un témoin a reçu des soins socio-psychologiques ou psychiatriques à la suite d'une présumée agression sexuelle. Le fait que le témoin ait reçu de tels soins ne pourrait pas non plus justifier de conclure que son témoignage peut être sujet à caution.

La Cour d'appel est ensuite passée à l'étude des procédures appropriées pour guider les parties lors d'une requête en production, préalablement au procès, de dossiers médicaux en la possession de tiers. Elle a énoncé ce qui suit (aux pp. 267 et 268):

- la requête en divulgation devrait idéalement être accompagnée d'affidavits;
- le substitut du procureur général devrait donner un avis au tiers en possession des dossiers et au plaignant ou autre témoin ayant un intérêt dans la protection du caractère privé des dossiers;
- lorsque possible, la requête devrait être entendue par le juge du procès;
- lors de l'audition, les personnes ayant un intérêt dans les dossiers ont le droit d'être entendues sur les questions de privilège et de protection de la vie privée et de témoigner relativement à la pertinence et au caractère substantiels des dossiers en question;
- le juge examinera les dossiers pour déterminer s'ils sont substantiels, procédure qui peut se dérouler à huis clos ou sous l'effet d'une interdiction de publication si les documents concernés sont de nature délicate;

- if the threshold test is not met, the records shall be sealed and retained in the file in the event they need to be reviewed later;
- any party to the original application may apply for a variation of the disclosure or non-disclosure order on proper grounds, and further application may be made if new evidence arises subsequently.
- si le test préliminaire n'est pas rencontré, les dossiers doivent être mis sous scellés et conservés au cas où ils devraient être examinés plus tard;
- toute personne partie à la requête initiale peut demander une modification de l'ordonnance de divulgation ou de non-divulgation pour des motifs appropriés, et une requête subséquente peut être présentée si de nouveaux éléments de preuve sont découverts ultérieurement.

The court declined to discuss the issue of privilege, both because full disclosure was made in this case, and because no basis in relevance or materiality was established for the production of the records.

La cour a refusé de discuter de la question de privilège, tant parce qu'il y avait eu divulgation complète en l'espèce que parce qu'on n'a aucunement établi la pertinence ou le caractère essentiel de la production des dossiers.

#### B. *Analysis of Production Guidelines*

#### B. *Les lignes directrices en matière de production: analyse*

97 Determining the nature and extent of production to the defence of a complainant's medical and therapeutic records, as well as any other documents in which the complainant holds a reasonable expectation of privacy, is a difficult and potentially value-laden exercise. I commend the initiative taken by the Court of Appeal in setting down its thoughtful approach to the issue. It can be seen that I approve of and adopt many of their observations and suggestions in the forthcoming pages.

C'est un exercice difficile, qui peut mettre en jeu certaines valeurs, que de définir la nature et la portée de la divulgation à la défense de dossiers médicaux et thérapeutiques d'une plaignante (le féminin emporte le masculin), ainsi que de tous autres documents pour lesquels il existe une attente raisonnable qu'ils doivent être protégés en raison de leur caractère privé. L'initiative de la Cour d'appel d'aborder la question d'une manière aussi approfondie mérite d'être soulignée. On verra que j'approuve et adopte bon nombre de ses observations et suggestions dans les pages qui suivent.

98 As a preliminary matter, it should be noted that the issue before us relates to the production of private records held by third parties. We are not concerned here with the extent of the Crown's obligation to disclose private records in its possession, or with the question whether privacy and equality interests may militate against such disclosure by the Crown. Although my colleagues Lamer C.J. and Sopinka J. deal with these questions at great length in their reasons, I prefer not to pronounce on these issues as they do not arise in this appeal and were not argued before us. Any comment on these questions would be strictly *obiter*.

À titre préliminaire, il y a lieu de noter que la question soumise touche la production de dossiers privés détenus par des tiers. Il ne s'agit pas en l'espèce d'examiner l'étendue de l'obligation du ministère public en matière de divulgation de dossiers privés en sa possession, ni de déterminer si les droits à l'égalité et à la protection de la vie privée peuvent militer contre une telle divulgation. Bien que mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Sopinka examinent ces questions en profondeur, il n'y a pas lieu d'en traiter ici parce qu'elles ne sont pas soulevées dans le cadre du présent pourvoi et qu'elles n'ont pas été plaidées devant nous. Tout commentaire à ce sujet serait strictement *obiter*.

The question of production of private records not in the possession of the Crown arises in a wide variety of contexts. Although many of these contexts involve medical and therapeutic records of complainants to sexual assault, it will become apparent that the principles and guidelines outlined herein are equally applicable to any record, in the hands of a third party, in which a reasonable expectation of privacy lies. Although the determination of when a reasonable expectation of privacy actually exists in a particular record (and, if so, to what extent it exists) is inherently fact- and context-sensitive, this may include records that are medical or therapeutic in nature, school records, private diaries, and activity logs prepared by social workers, to name just a few. For the sake of convenience, information that is generically of this nature shall hereafter be referred to as "private records held by third parties".

(i) Basic Principles Governing Disclosure and Production

The basic principles governing disclosure were most recently summarized by this Court in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727. It is now clearly established that the Crown is under a general duty to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, privileged or subject to a right of privacy. However, where the Crown disputes the existence of the information sought by the defence, then the defence must first establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which may be useful to the accused in making full answer and defence: *Chaplin, supra*, at pp. 743-45.

Though the obligation on the Crown to disclose has found renewed vigour since the advent of the *Charter*, in particular s. 7, this obligation is not contingent upon there first being established any

La question de la production des dossiers privés qui ne sont pas en la possession du ministère public se pose dans divers contextes. Bien qu'il s'agisse souvent de dossiers médicaux et thérapeutiques de plaignantes victimes d'agression sexuelle, il deviendra évident que les principes et les lignes directrices énoncés dans les présents motifs s'appliquent également à tout dossier, en la possession d'un tiers, qui devrait normalement être protégé en raison de son caractère privé. Bien que la détermination, à l'égard d'un dossier particulier, de l'existence d'une telle expectative raisonnable (et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle existe) soit tributaire des faits et du contexte, il peut s'agir de dossiers de nature médicale ou thérapeutique, de dossiers scolaires, de journaux intimes et de carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux, pour n'en nommer que quelques-uns. Par souci de commodité, les renseignements qui sont généralement de cette nature seront désignés ci-après par l'expression «dossiers privés en la possession de tiers».

(i) Les principes fondamentaux régissant la divulgation et la production

Les principes fondamentaux régissant la divulgation ont été résumés tout récemment par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727. Il est maintenant clairement établi que le ministère public a l'obligation générale de divulguer tous les renseignements, qu'ils soient de nature inculpatoire ou exculpatoire, sauf les éléments de preuve hors du contrôle de la poursuite, manifestement non pertinents, privilégiés ou assujettis à un droit à la protection de la vie privée. Toutefois, lorsque le ministère public conteste l'existence des renseignements demandés par la défense, cette dernière doit d'abord établir une base de nature à permettre au juge du procès de conclure qu'il existe d'autres documents qui peuvent être nécessaires à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière: *Chaplin*, précité, aux pp. 743 à 745.

Bien que l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public ait connu un regain de vigueur depuis l'adoption de la *Charte*, en particulier l'art. 7, cette obligation n'est pas subordonnée à la

violation of the *Charter*. Rather, full and fair disclosure is a fundamental aspect of the Crown's duty to serve the Court as a faithful public agent, entrusted not with winning or losing trials but rather with seeing that justice is served: *Stinchcombe, supra*, at p. 333. For this reason, as I have already mentioned, although a disclosure order can be a constitutional remedy, the obligation on the Crown to disclose all information in its possession that is not clearly irrelevant, privileged or subject to a right of privacy undoubtedly has force independent of any violation of the accused's s. 7 rights. Because of the Crown's unique obligations, both to the court and to the public, it, alone, owes a duty to disclose to the defence. This duty does not extend to third parties. Similarly, the obligation upon the Crown to disclose all relevant material does not extend to records which are not within its possession or control. See, also, *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53 (Alta. C.A.).

preuve préalable de l'existence d'une violation de la *Charte*. La divulgation intégrale et équitable des détails de la preuve est plutôt un aspect fondamental de l'obligation du ministère public d'être au service du tribunal en tant qu'officier public de bonne foi, dont le rôle exclut toute notion de gagner ou de perdre un procès, et consiste plutôt à s'assurer que justice soit rendue: *Stinchcombe*, précité, à la p. 333. Pour cette raison, comme je l'ai déjà mentionné, bien qu'une ordonnance de divulgation puisse constituer une réparation constitutionnelle, l'obligation qui incombe au ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession, qui ne sont pas manifestement sans pertinence, privilégiés ou assujettis au droit à la protection de la vie privée, s'impose sans aucun doute indépendamment de toute violation des droits que l'art. 7 garantit à l'accusé. À cause des obligations uniques du ministère public, tant envers le tribunal qu'envers le public, il a seul l'obligation de divulguer les éléments de preuve à la défense. Cette obligation ne s'étend pas aux tiers. De la même façon, l'obligation imposée au ministère public de divulguer tous les documents pertinents ne s'étend pas aux dossiers qui ne sont pas en sa possession ou sous son contrôle. Voir également *R. c. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Alb.).

1995 CanLII 51 (SCC)

102 Given that there is no duty on third parties to disclose, it has been suggested that s. 698 of the *Code* provides the basis upon which a court may order production of third parties' private records. In particular, ss. 698 and 700 authorize the issuance of a *subpoena ad testificandum* or a *subpoena duces tecum* to any person that is likely to give material evidence. With respect, however, I believe that this argument rests on a misunderstanding of the nature of the subpoena powers in s. 698.

Étant donné qu'aucune obligation de divulguer n'incombe aux tiers, on a suggéré que l'art. 698 du *Code* autorise le tribunal à ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers. En particulier, les art. 698 et 700 autorisent la délivrance d'un *subpoena ad testificandum* ou d'un *subpoena duces tecum* à toute personne susceptible de fournir quelque preuve substantielle. En toute déférence, toutefois, je crois que cet argument repose sur une compréhension erronée de la nature des pouvoirs en matière d'assignation prévus à l'art. 698.

103 Although a *subpoena duces tecum* requires that a witness who is the object of the subpoena bring the requested documents into court, the subpoena does not automatically call for an order requiring the documents to be produced to the court for inspection, let alone to the defence. Production

Bien qu'un *subpoena duces tecum* exige que le témoin qui fait l'objet de l'assignation apporte au tribunal les documents requis, il n'ordonne pas automatiquement la production de ces documents aux fins d'examen par la cour et, encore moins, que ces documents soient divulgués à la défense.

will only be ordered if the documents are likely to be relevant and if production is appropriate, having regard to all of the relevant considerations. In exercising its discretion to order production, the court must, of course, have regard to the *Charter* rights of the accused and the other interests at stake, including any claims of privilege or a right to privacy which the subject or guardian of the records might successfully assert in respect of those documents.

One of the *Charter* values to be weighed is the "right" to disclosure, which is in reality an adjunct of the s. 7 right to make full answer and defence. Though the right to full answer and defence is generally asserted in the context of material non-disclosure by the Crown, we must recall that a purposive approach to the *Charter* requires that due consideration also be given to the effect of the exercise of discretion on an individual's rights. In particular, an effects-oriented approach to s. 7 dictates that when an accused is unable to make full answer and defence to the charges brought against him as a result of his inability to obtain information that is material to his defence, it is of little concern whether that information is in the hands of the state or in the hands of a third party. The effect is still potentially to deprive an individual of his liberty while denying him the ability to make full answer and defence.

An order for production of private records held by third parties does not arise as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* since, at the moment of the request for production, the accused's rights under the *Charter* have not been violated. Nonetheless, when deciding whether to order production of private records, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values: *Dagenais, supra*, at p. 875. In particular, the nature, scope and breadth of the production order will ultimately depend upon a balancing of *Charter* rights which seeks to ensure that any adverse effects upon one right is proportionate to the salu-

Leur production ne sera ordonnée que s'il est probable que les documents seront pertinents et si leur production est appropriée au regard de toutes les considérations pertinentes. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production, le tribunal doit, de toute évidence, tenir compte des droits garantis à l'accusé par la *Charte* ainsi que des autres intérêts en jeu, y compris, en ce qui concerne ces documents, toutes les demandes de privilège ou prétentions au droit à la protection de la vie privée que la personne visée par les dossiers ou en ayant la garde pourrait faire valoir avec succès.

L'une des valeurs de la *Charte* qu'il faut examiner est le «droit» à la divulgation qui vient en réalité s'adjoindre au droit garanti par l'art. 7 à une défense pleine et entière. Même si ce droit est généralement affirmé dans le contexte de la non-divulgation de documents par le ministère public, nous devons nous rappeler que l'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que l'on prenne également en considération l'effet de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sur les droits d'un individu. En particulier, une interprétation de l'art. 7 fondée sur les effets envisagés indique que, lorsqu'un accusé ne peut pas présenter une défense pleine et entière à l'encontre des accusations portées contre lui parce qu'il lui est impossible d'obtenir des renseignements qui sont essentiels à sa défense, il importe peu que ces renseignements soient en la possession de l'État ou en celle d'un tiers. L'effet demeure le même: on privera peut-être un individu de sa liberté en lui refusant la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

Une ordonnance de production de dossiers privés détenus par des tiers ne constitue pas une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* car, au moment de la demande de production, il n'y a pas encore eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Néanmoins, lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les valeurs de la *Charte*: *Dagenais, précité*, à la p. 875. Tout particulièrement, la nature, la portée et l'étendue d'une ordonnance de divulgation dépendront, en définitive, d'un équilibre entre les divers droits garantis par la

tary effects of the constitutional objective being furthered: *Dagenais*, at p. 890.

(ii) The Competing Constitutional Rights at Issue

106 In formulating an approach to govern production of private records held by third parties, it is important to appreciate fully the nature of the various interests at issue. I will describe briefly each of the three constitutional rights that I believe to be implicated in this analysis: (1) the right to full answer and defence; (2) the right to privacy; and (3) the right to equality without discrimination.

(a) *The Right to a Fair Trial*

107 Much has been written about the right to a fair trial. An individual who is deprived of the ability to make full answer and defence is deprived of fundamental justice. However, full answer and defence, like any right, cannot be considered in the abstract. The principles of fundamental justice vary according to the context in which they are invoked. For this reason, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361. Moreover, though the Constitution guarantees the accused a fair hearing, it does not guarantee the most favourable procedures imaginable: *Lyons*, *supra*, at p. 362. Finally, although fairness of the trial and, as a corollary, fairness in defining the limits of full answer and defence, must primarily be viewed from the point of view of the accused, both notions must nevertheless also be considered from the point of view of the community and the complainant: *E. (A.W.)*, *supra*, at p. 198. There is no question that the right to make full answer and defence cannot be so broad as to grant the defence a fishing licence into the personal and private lives of others. The question is therefore not whether the defence can be limited in its attempts to obtain production of private records held by third parties, but how it can be limited in a manner that accords appropriate con-

*Charte* de sorte que les effets préjudiciables à un droit soient proportionnels aux effets bénéfiques visés par l'objectif constitutionnel: *Dagenais*, à la p. 890.

(ii) Les droits constitutionnels conflictuels en cause

Afin de formuler la façon d'aborder la question de la production de dossiers privés en la possession de tiers, il est important d'apprécier pleinement la nature des différents intérêts en cause. Je décrirai brièvement chacun des trois droits constitutionnels que je crois visés par la présente analyse: (1) le droit à une défense pleine et entière; (2) le droit à la protection de la vie privée; et (3) le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

a) *Le droit à un procès équitable*

Le droit à un procès équitable a fait couler beaucoup d'encre. L'individu qui est dans l'impossibilité de présenter une défense pleine et entière est privé de justice fondamentale. Le droit à une défense pleine et entière, à l'instar de tout droit, ne saurait, toutefois, être envisagé dans l'abstrait: les principes de justice fondamentale varient selon le contexte dans lequel ils sont invoqués. Pour cette raison, certaines protections de nature procédurale pourraient être constitutionnellement mandatoires dans un contexte donné mais non dans un autre: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361. De plus, même si la Constitution garantit à l'accusé une audition équitable, elle ne lui garantit pas les procédures les plus favorables qu'on puisse imaginer: *Lyons*, précité, à la p. 362. En dernier lieu, bien que l'équité du procès et, par conséquent, l'équité dans la définition des limites de la défense pleine et entière doivent d'abord être envisagées du point de vue de l'accusé, les deux notions doivent néanmoins également être envisagées du point de vue de la collectivité et du plaignant: *E. (A.W.)*, précité, à la p. 198. Il n'y a pas de doute que le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut pas aller jusqu'à permettre à la défense de se livrer à une partie de pêche dans la vie personnelle d'autrui. La question n'est donc pas de savoir si la défense peut être limitée dans ses tentatives d'ob-

stitutional protection to all of the constitutional rights at issue.

When the defence seeks production of third party records whose contents it is not aware of, the defence is obviously in a position of some difficulty. In assessing whether this difficulty poses a threat of constitutional proportions to the accused's ability to make fair answer and defence, however, one thing must be borne in mind. Given that these records are not in the possession of the Crown and have not constituted a basis for its investigations, they do not, by definition, constitute part of the state's "case to meet" against the accused. Unlike sealed wiretap packages, which represent the fruits of state investigation of the accused, private records in the hands of third parties are not subject to such a presumption of materiality.

I would note, finally, that an important element of trial fairness is the need to remove discriminatory beliefs and bias from the fact-finding process: *Seaboyer, supra*. As I pointed out in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 622-23, for instance, the assumption that private therapeutic or counselling records are relevant to full answer and defence is often highly questionable, in that these records may very well have a greater potential to derail than to advance the truth-seeking process:

... medical records concerning statements made in the course of therapy are both hearsay and inherently problematic as regards reliability. A witness's concerns expressed in the course of therapy after the fact, even assuming they are correctly understood and reliably noted, cannot be equated with evidence given in the course of a trial. Both the context in which the statements are made and the expectations of the parties are entirely different. In a trial, a witness is sworn to testify

tenir la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers, mais bien comment elle peut l'être d'une manière qui accorde une protection constitutionnelle appropriée à tous les droits constitutionnels en cause.

Lorsque la défense demande la production de dossiers en la possession de tiers dont le contenu lui est inconnu, elle se trouve manifestement dans une position difficile. Pour évaluer si cette difficulté pose une menace d'une dimension constitutionnelle à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il faut cependant tenir compte d'une chose. Étant donné que ces dossiers ne sont pas en la possession du ministère public et n'ont pas servi de base à ses enquêtes, par définition ils ne font pas partie de la «preuve complète» que l'État doit présenter contre l'accusé. Contrairement aux paquets scellés contenant des éléments de preuve obtenus par écoute électronique, qui représentent les fruits de l'enquête menée par l'État relativement à l'accusé, les dossiers privés en la possession de tiers ne sont pas assujettis à pareille présomption quand à leur caractère substantiel.

Je ferai remarquer, en dernier lieu, qu'un élément important de l'équité d'un procès est la nécessité de supprimer les croyances et préjugés discriminatoires du processus d'appréciation des faits: *Seaboyer*, précité. Comme je l'ai signalé dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 622 et 623, par exemple, l'affirmation selon laquelle les dossiers thérapeutiques ou socio-psychologiques sont nécessaires pour assurer une défense pleine et entière est souvent grandement discutable, du fait que ces dossiers peuvent très bien risquer davantage de faire dérailler que de faire avancer le processus de recherche de la vérité:

... les dossiers médicaux relatifs à des déclarations faites dans le cours d'une thérapie constituent du ouï-dire et suscitent en soi des problèmes en matière de fiabilité. Les préoccupations qu'exprime le témoin dans le cadre d'une thérapie après le fait ne sauraient équivaloir à un témoignage rendu au cours d'un procès, même en présumant qu'elles ont été correctement comprises et fidèlement prises en note. Le contexte dans lequel ces déclarations ont été faites, tout comme les attentes des

as to the particular events in issue. By contrast, in therapy an entire spectrum of factors such as personal history, thoughts, emotions as well as particular acts may inform the dialogue between therapist and patient. Thus, there is serious risk that such statements could be taken piecemeal out of the context in which they were made to provide a foundation for entirely unwarranted inferences by the trier of fact. [Emphasis added.]

(b) *The Right to Privacy*

110 This Court has on many occasions recognized the great value of privacy in our society. It has expressed sympathy for the proposition that s. 7 of the *Charter* includes a right to privacy: *Beare, supra*, at p. 412; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at p. 369, *per* La Forest J. On numerous other occasions, it has spoken of privacy in terms of s. 8 of the *Charter*: see, e.g., *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417. On still other occasions, it has underlined the importance of privacy in the common law: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at pp. 148-49; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

111 On no occasion has the relationship between "liberty", "security of the person", and essential human dignity been more carefully canvassed by this Court than in the reasons of Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. In her judgment, she notes that the *Charter* and the right to individual liberty guaranteed therein are tied inextricably to the concept of human dignity. She urges that both "liberty" and "security of the person" are capable of a broad range of meaning and that a purposive interpretation of the *Charter* requires that the right to liberty contained in s. 7 be read to "guarantee[] to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives" (p. 171). Concurring on this point with the majority, she notes, as well, that "security of the person" is sufficiently

parties à leur propos, différent totalement. Dans un procès, le témoin fait une déposition sous serment sur les événements particuliers en cause. Dans une thérapie, par contre, le dialogue entre le thérapeute et le patient s'alimente à toute une gamme de facteurs tels l'histoire personnelle, les pensées, les émotions aussi bien que des actes en particulier. Il existe donc un fort risque que le juge des faits se serve de ces déclarations isolément, hors de leur contexte, afin d'en inférer des conclusions totalement injustifiées. [Je souligne.]

b) *Le droit à la protection de la vie privée*

Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises la grande valeur de la protection de la vie privée dans notre société. Elle a favorisé la proposition selon laquelle l'art. 7 de la *Charte* comprend un droit à la protection de la vie privée: *Beare*, précité, à la p. 412; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, à la p. 369, le juge La Forest. À plusieurs autres occasions, elle a parlé de la protection de la vie privée relativement à l'art. 8 de la *Charte*: voir, par exemple, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417. À d'autres occasions encore, elle a souligné l'importance de la protection de la vie privée en common law: *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, aux pp. 148 et 149; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Jamais le lien entre la «liberté», la «sécurité de la personne» et la dignité humaine essentielle n'a été examiné plus à fond par notre Cour que dans les motifs du juge Wilson dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Dans son opinion, elle note que la *Charte* et le droit à la liberté individuelle qui y est garanti sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Elle fait valoir que la «liberté» et la «sécurité de la personne» peuvent signifier nombre de choses et qu'une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 soit considéré comme «garanti[ssant] à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée» (p. 171). Souscrivant sur ce point à la décision de la majorité, elle fait remarquer aussi que la «sécurité de la



broad to include protection for the psychological integrity of the individual.

Equally relevant, for our purposes, is Lamer J.'s recognition in *Mills, supra*, at p. 920, that the right to security of the person encompasses the right to be protected against psychological trauma. In the context of his discussion of the effects on an individual of unreasonable delay contrary to s. 11(b) of the *Charter*, he noted that such trauma could take the form of

stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

If the word "complainant" were substituted for the word "accused" in the above extract, I think that we would have an excellent description of the psychological traumas potentially faced by sexual assault complainants. These people must contemplate the threat of disclosing to the very person accused of assaulting them in the first place, and quite possibly in open court, records containing intensely private aspects of their lives, possibly containing thoughts and statements which have never even been shared with the closest of friends or family.

In the same way that this Court recognized in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, that the "principles of fundamental justice" in s. 7 are informed by fundamental tenets of our common law system and by ss. 8 to 14 of the *Charter*, I think that the terms "liberty" and "security of the person" must, as essential aspects of a free and democratic society, be animated by the rights and values embodied in the common law, the civil law and the *Charter*. In my view, it is not without significance that one of those rights, s. 8, has been identified as having as its fundamental purpose "to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy" (*Hunter, supra*, at p. 160). The right to be secure from unreasonable search and seizure plays a pivotal role in a document that purports to contain the blueprint of the Canadian vision of what

personne» est une notion suffisamment large pour comprendre la protection de l'intégrité psychologique de l'individu.

Est également pertinente, en ce qui nous concerne, la reconnaissance par le juge Lamer dans *Mills*, précité, à la p. 920, du fait que le droit à la sécurité de sa personne englobe le droit d'être protégé contre un traumatisme psychique. Dans le contexte de son examen des effets qu'a sur un individu un délai déraisonnable contraire à l'al. 11b) de la *Charte*, il a observé qu'un tel traumatisme pourrait prendre la forme de

stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Si l'on substituait le mot «plaignante» au mot «accusé» dans le passage ci-dessus, je pense que nous aurions une excellente description du traumatisme psychique auquel peuvent faire face les plaignantes victimes d'agression sexuelle. Elles doivent envisager la menace de divulguer à la personne accusée de les avoir agressées en premier lieu, et très probablement en pleine cour, des dossiers contenant des aspects totalement privés de leur vie, contenant probablement des pensées et des déclarations qui n'ont jamais été partagées avec leurs amis les plus intimes ou leur famille.

De même que notre Cour a reconnu dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, que les «principes de justice fondamentale» énoncés à l'art. 7 sont inspirés par les doctrines fondamentales de notre système de common law et par les art. 8 à 14 de la *Charte*, je pense que les mots «liberté» et «sécurité de sa personne» doivent, en tant qu'aspects essentiels d'une société libre et démocratique, être animés par les droits et les valeurs formulés dans la common law, le droit civil et la *Charte*. À mon avis, il n'est pas sans importance que l'un de ces droits, l'art. 8, ait été considéré comme ayant pour objectif fondamental «de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» (*Hunter*, précité, à la p. 160). Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives

constitutes a free and democratic society. Respect for individual privacy is an essential component of what it means to be "free". As a corollary, the infringement of this right undeniably impinges upon an individual's "liberty" in our free and democratic society.

joue un rôle central dans un document qui vise à tracer le schéma directeur de la vision canadienne de ce qui constitue une société libre et démocratique. Le respect de la vie privée d'un individu est un élément essentiel de ce que signifie être «libre». Comme corollaire, la violation de ce droit a des répercussions sur la «liberté» d'un individu dans notre société libre et démocratique.

114

A similarly broad approach to the notion of liberty has been taken in the United States. In *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at pp. 571-72, the United States Supreme Court affirmed that "liberty" was a "broad and majestic term" and that "[i]n a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of 'liberty' must be broad indeed". More significant for our purposes, the right to privacy was expressly found to reside in the term "liberty" in the Fourteenth Amendment in the landmark case of *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). In a similar vein, the right to personal privacy has also received recognition in international documents such as Article 17 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, Article 12 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and Article 8 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221.

Une vision aussi large de la notion de liberté a été adoptée aux États-Unis. Dans l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), aux pp. 571 et 572, la Cour suprême des États-Unis a affirmé que le mot «liberté» était un [TRADUCTION] «terme vaste et majestueux» et que, [TRADUCTION] «[d]ans la Constitution d'un peuple libre, il ne peut pas faire de doute que le mot «liberté» doit avoir un sens vraiment large». Ce qui est encore plus important en ce qui nous concerne, c'est qu'on a considéré expressément que le droit à la protection de la vie privée réside dans le terme «liberté» utilisé dans le Quatorzième amendement dans l'arrêt célèbre *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Dans la même veine, le droit à la protection de la vie privée a également été reconnu dans des documents internationaux tels que l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 U.N.T.S. 171, l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), et l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221.

115

Privacy has traditionally also been protected by the common law, through causes of action such as trespass and defamation. In *Hill, supra*, which dealt with a *Charter* challenge to the common law tort of defamation, Cory J. reiterates the constitutional significance of the right to privacy (at para. 121):

La common law, elle aussi, a traditionnellement protégé la vie privée, au moyen de causes d'action comme l'entrée sans autorisation et la diffamation. Dans l'arrêt *Hill*, précité, qui traite d'une contestation en vertu de la *Charte* du délit de diffamation en common law, le juge Cory a réitéré l'importance, sur le plan constitutionnel, du droit à la protection de la vie privée (au par. 121):

... reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection. As La Forest J. wrote in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, privacy, including informational privacy, is "(g)rounded in man's physical and moral autonomy" and "is essential for the well-being of the individual".

... la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. Comme le juge La Forest le dit dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, la vie privée, y compris la vie privée sur le plan de l'information, est «(f)ondée sur l'autonomie morale et physique de la personne» et «est

The publication of defamatory comments constitutes an invasion of the individual's personal privacy and is an affront to that person's dignity. The protection of a person's reputation is indeed worthy of protection in our democratic society and must be carefully balanced against the equally important right of freedom of expression. [Emphasis added.]

Quebec, for its part, has inserted into its new *Civil Code*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35 and 36, which read as follows:

35. Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

36. The following acts, in particular, may be considered as invasions of the privacy of a person:

- (1) entering or taking anything in his dwelling;
- (2) intentionally intercepting or using his private communications;
- (3) appropriating or using his image or voice while he is in private premises;
- (4) keeping his private life under observation by any means;
- (5) using his name, image, likeness or voice for a purpose other than the legitimate information of the public;
- (6) using his correspondence, manuscripts or other personal documents.

As well, s. 5 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, reads:

5. Every person has a right to respect for his private life.

It is apparent, however, that privacy can never be absolute. It must be balanced against legitimate societal needs. This Court has recognized that the essence of such a balancing process lies in assessing reasonable expectation of privacy, and balancing that expectation against the necessity of interference from the state: *Hunter, supra*, at pp. 159-60. Evidently, the greater the reasonable expecta-

essentielle à son bien-être. La publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu et un affront à sa dignité. La réputation d'une personne mérite effectivement d'être protégée dans notre société démocratique et cette protection doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d'expression. [Je souligne.]

Le Québec, quant à lui, a inséré dans son nouveau *Code civil*, L.Q. 1991, ch. 64, les art. 35 et 36, qui sont ainsi libellés:

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise.

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants:

- 1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;
- 2° Interceptor ou utiliser volontairement une communication privée;
- 3° Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;
- 4° Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;
- 5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin autre que l'information légitime du public;
- 6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

En outre, l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, se lit ainsi:

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

Il est toutefois apparent que la protection de la vie privée ne peut jamais être absolue. Elle doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société. Notre Cour a reconnu qu'un tel processus de pondération repose essentiellement sur l'évaluation de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et la pondération de cette attente en regard de la nécessité de l'interven-

tion of privacy and the more significant the deleterious effects flowing from its breach, the more compelling must be the state objective, and the salutary effects of that objective, in order to justify interference with this right. See *Dagenais, supra*.

118 In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, albeit in the context of a discussion of s. 8 of the *Charter*, a majority of this Court identified one context in which the right to privacy would generally arise in respect of documents and records (at p. 293):

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

Although I prefer not to decide today whether this definition is exhaustive of the right to privacy in respect of all manners of documents and records, I am satisfied that the nature of the private records which are the subject matter of this appeal properly brings them within that rubric. Such items may consequently be viewed as disclosing a reasonable expectation of privacy which is worthy of protection under s. 7 of the *Charter*.

119 The essence of privacy, however, is that once invaded, it can seldom be regained. For this reason, it is all the more important for reasonable expectations of privacy to be protected at the point of disclosure. As La Forest J. observed in *Dyment, supra*, at p. 430:

... if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Inva-

tion de l'État: *Hunter*, précité, aux pp. 159 et 160. Évidemment, plus l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée sera grande et plus les effets préjudiciables découlant de sa violation seront importants, plus l'objectif de l'État ainsi que les effets bénéfiques de cet objectif devront être impératifs afin de justifier toute entrave à ce droit. Voir *Dagenais*, précité.

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 bien que dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte* notre Cour, à la majorité, a identifié un contexte dans lequel le droit à la protection de la vie privée serait généralement soulevé relativement à des documents et à des dossiers (à la p. 293):

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

Bien que je préfère ne pas décider aujourd'hui s'il s'agit d'une définition exhaustive du droit à la protection de la vie privée à l'égard de toutes sortes de documents et de dossiers, je suis convaincue sans l'ombre d'un doute que la nature des dossiers privés qui font l'objet du présent pourvoi sont inclus sous cette rubrique. Ces renseignements peuvent, par conséquent, être considérés comme comportant une attente raisonnable qu'ils demeureront privés et donc seront dignes de protection en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Toutefois, l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité. Pour cette raison, il est d'autant plus important que les attentes raisonnables en matière de vie privée soient protégées au point de divulgation. Comme le juge La Forest le faisait observer dans *Dyment*, précité, à la p. 430:

... si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions

1995 CanLII 51 (SCC)

sions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. [Emphasis in last sentence added.]

In the same way that our constitution generally requires that a search be premised upon a pre-authorization which is of a nature and manner that is proportionate to the reasonable expectation of privacy at issue (*Hunter, supra; Thomson Newspapers, supra*), s. 7 of the *Charter* requires a reasonable system of "pre-authorization" to justify court-sanctioned intrusions into the private records of witnesses in legal proceedings. Although it may appear trite to say so, I underline that when a private document or record is revealed and the reasonable expectation of privacy therein is thereby displaced, the invasion is not with respect to the particular document or record in question. Rather, it is an invasion of the dignity and self-worth of the individual, who enjoys the right to privacy as an essential aspect of his or her liberty in a free and democratic society.

(c) *The Right to Equality Without Discrimination*

Unlike virtually every other offence in the *Criminal Code*, sexual assault is a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled. Ninety percent of all victims of sexual assault are female: *Osolin, supra*, at p. 669, per Cory J. Moreover, studies suggest that between 50 and 80 percent of women institutionalized for psychiatric disorders have prior histories of sexual abuse (T. Firsten, "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate). Children are most highly vulnerable (*Sexual Offences Against Children* (the Badgley Report), vol. 1 (1984)).

It is a common phenomenon in this day and age for one who has been sexually victimized to seek counselling or therapy in relation to this occur-

et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. [Je souligne la dernière phrase.]

De la même manière que notre Constitution exige généralement qu'une saisie soit préalablement autorisée d'une manière proportionnée à l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée en cause (*Hunter*, précité; *Thomson Newspapers*, précité), l'art. 7 de la *Charte* exige un système raisonnable d'«autorisation préalable» pour justifier les intrusions sanctionnées par le tribunal dans les dossiers privés de témoins dans des poursuites judiciaires. Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa liberté dans une société libre et démocratique.

c) *Le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination*

Contrairement à presque toute autre infraction du *Code criminel*, l'agression sexuelle est un crime qui touche avant tout les femmes, les enfants et les handicapés. Quatre-vingt-dix pour cent de toutes les victimes d'agression sexuelle sont des femmes: *Osolin*, précité, à la p. 669, le juge Cory. De plus, les études laissent entendre que 50 à 80 pour 100 des femmes placées dans un établissement pour troubles psychiatriques ont déjà été victimes de violence sexuelle (T. Firsten, «An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women» (1990), étude inédite disponible auprès de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario). Les enfants aussi sont parmi les plus vulnérables (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (le rapport Badgley), vol. 1 (1984)).

Il n'est pas rare à notre époque que la personne victime d'agression sexuelle tente d'obtenir l'aide d'un socio-psychologue ou d'un thérapeute en rap-

rence. It therefore stands to reason that disclosure rules or practices which make mental health or medical records routinely accessible in sexual offence proceedings will have disproportionately invasive consequences for women, particularly those with disabilities, and children. In particular, in determining questions of disclosure of records of persons allegedly assaulted in institutions where they get psychiatric assistance, the courts must take care not to create a class of vulnerable victims who have to choose between accusing their attackers and maintaining the confidentiality of their records.

port avec cet incident. Il va sans dire que les règles ou pratiques en matière de divulgation qui rendent les dossiers médicaux ou relatifs à la santé mentale accessibles de façon routinière dans les poursuites judiciaires pour agression sexuelle auront des conséquences disproportionnées pour les femmes, particulièrement celles qui souffrent d'un handicap, et pour les enfants. En particulier, lorsqu'invités à trancher des questions relatives à la divulgation de dossiers concernant des personnes qui auraient été agressées dans des établissements où elles recevaient des soins psychiatriques, les tribunaux doivent prendre soin de ne pas créer une catégorie de victimes vulnérables qui devront choisir entre accuser leurs agresseurs ou maintenir le caractère confidentiel de leurs dossiers.

122 This Court has recognized the pernicious role that past evidentiary rules in both the *Criminal Code* and the common law, now regarded as discriminatory, once played in our legal system: *Seaboyer, supra*. We must be careful not to permit such practices to reappear under the guise of extensive and unwarranted inquiries into the past histories and private lives of complainants of sexual assault. We must not allow the defence to do indirectly what it cannot do directly under s. 276 of the *Code*. This would close one discriminatory door only to open another.

Notre Cour a reconnu le rôle pernicieux que les anciennes règles en matière de preuve du *Code criminel* et de la common law, considérées maintenant comme discriminatoires, ont joué dans notre système judiciaire: *Seaboyer*, précité. Nous devons veiller à ce que de telles pratiques ne réapparaissent pas sous la forme d'enquêtes approfondies et non justifiées sur les antécédents médicaux et la vie privée des plaignantes victimes d'agression sexuelle. Il ne doit pas être permis à la défense de faire indirectement ce qu'elle ne pourrait pas faire directement en vertu de l'art. 276 du *Code*. Cela ne ferait que supprimer une cause de discrimination pour en engendrer une autre.

123 As I noted in *Osolin, supra*, at pp. 624-25, uninhibited disclosure of complainants' private lives indulges the discriminatory suspicion that women and children's reports of sexual victimization are uniquely likely to be fabricated. Put another way, if there were an explicit requirement in the *Code* requiring corroboration before women or children could bring sexual assault charges, such a provision would raise serious concerns under s. 15 of the *Charter*. In my view, a legal system which devalues the evidence of complainants to sexual assault by *de facto* presuming their uncreditworthiness would raise similar concerns. It would not reflect, far less promote, "a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern,

Comme je l'ai mentionné dans *Osolin*, précité, aux pp. 624 et 625, la divulgation sans restriction de la vie privée des victimes donne libre cours à la présomption discriminatoire selon laquelle le signalement par les femmes et les enfants des agressions sexuelles dont ils sont victimes est singulièrement susceptible de fabrication. Autrement dit, si le *Code* exigeait expressément qu'il y ait corroboration avant que les femmes ou les enfants puissent porter des accusations d'agression sexuelle, une telle disposition soulèverait de graves préoccupations sous l'art. 15 de la *Charte*. À mon avis, un système judiciaire qui dévalue le témoignage des plaignantes victimes d'agression sexuelle en *présumant de facto* de leur manque de crédibilité soulèverait des préoccupations simi-

respect and consideration" (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171).

Routine insistence on the exposure of complainants' personal backgrounds has the potential to reflect a built-in bias in the criminal justice system against those most vulnerable to repeat victimization. Such requests, in essence, rest on the assumption that the personal and psychological backgrounds and profiles of complainants of sexual assault are relevant as to whether or not the complainant consented to the sexual contact, or whether the accused honestly believed that she consented. Although the defence must be free to demonstrate, without resort to stereotypical lines of reasoning, that such information is actually relevant to a live issue at trial, it would mark the triumph of stereotype over logic if courts and lawyers were simply to assume such relevance to exist, without requiring any evidence to this effect whatsoever.

It is revealing, for instance, to compare the approach often taken to private records in sexual assault trials with the approach taken in three decisions in which private files were sought by defence counsel in situations which did not involve sexual assaults. In *Gingras, supra*, the defence in a murder case sought disclosure of the prison file of an important Crown witness, who was serving time in a penitentiary in another province. The credibility of the witness was invoked as being at issue. In addition to finding important irregularities in the disclosure order, the Court concluded that the disclosure request amounted to no more than a fishing expedition and therefore quashed the order, notwithstanding the seriousness of the charge against the accused.

In both *R. v. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (Prov. Ct.), and *R. v. Callaghan*, [1993] O.J. No.

lares. Ce ne serait pas refléter, encore moins favoriser, «l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération» (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171).

Insister sur la révélation routinière des antécédents personnels des plaignantes peut refléter une partialité inhérente au système de justice pénale contre les personnes les plus vulnérables d'être victimisées à nouveau. De telles demandes reposent essentiellement sur l'affirmation que les antécédents et profils personnels et psychologiques des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont pertinents pour déterminer si la plaignante a consenti aux relations sexuelles ou si l'accusé a cru sincèrement qu'elle y consentait. Bien que la défense doive être libre de prouver, sans recourir à des raisonnements stéréotypés, que de tels renseignements ont vraiment trait à une question réellement en litige, cela marquerait le triomphe des stéréotypes sur la logique si les tribunaux et les avocats devaient simplement supposer l'existence d'une telle pertinence sans exiger aucun élément de preuve à cet égard.

Il est révélateur, par exemple, de comparer la solution souvent retenue dans le cas des dossiers privés dans des procès pour agression sexuelle avec la solution retenue dans trois décisions dans lesquelles des dossiers privés ont été requis par l'avocat de la défense dans des situations qui n'impliquaient pas d'agression sexuelle. Dans *Gingras*, précité, une affaire de meurtre, la défense a demandé la divulgation du dossier d'emprisonnement d'un témoin important du ministère public, qui purgeait une peine dans un pénitencier situé dans une autre province. On soutenait que la crédibilité du témoin était en cause. En plus de découvrir d'importantes irrégularités dans l'ordonnance de divulgation, la Cour a conclu que la demande de divulgation équivalait à rien de plus qu'à une partie de pêche et a donc annulé l'ordonnance, malgré la gravité de l'accusation portée contre l'accusé.

Dans *R. c. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (C. prov.), et *R. c. Callaghan*, [1993] O.J.

2013 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), an accused charged with assault of a police officer sought disclosure of the officer's personnel files and, in particular, any files relating to complaints or disciplinary actions taken against the officer. In both cases, the justification offered for this disclosure was to show that the officer had a propensity for violence. In both cases, in the absence of any evidence as to the likelihood that the records would contain evidence to the predisposition to violence or unreasonable use of force, the judge refused to give disclosure of those files. The contents of the files were characterized as hearsay, as potentially based on unfounded allegations, and as generally irrelevant. The only disclosure granted was of a file containing details of the formal investigation of the particular complaint filed by the accused in relation to activity which was the subject matter of the charges.

No. 2013 (Cour Ont. (Div. prov.)), une personne accusée d'avoir agressé un agent de police a demandé la divulgation de dossiers personnels de l'agent et, en particulier, de tous les dossiers relatifs aux plaintes portées ou aux mesures disciplinaires prises contre l'agent. Dans les deux cas, on prétendait vouloir prouver que l'agent avait une propension à la violence. Dans les deux cas, en l'absence de preuve quant à la probabilité que les dossiers contiendraient des éléments de preuve concernant une prédisposition à la violence ou à l'utilisation abusive de la force, le juge a refusé la divulgation de ces dossiers. Le contenu des dossiers a été qualifié de oui-dire, de potentiellement basé sur des allégations non fondées et de non pertinent en général. La seule divulgation permise avait trait à un dossier contenant des détails sur l'enquête officielle de la plainte particulière déposée par l'accusé en rapport avec l'activité qui faisait l'objet des accusations.

1995 CanLII 51 (SCC)

127 I see no reason to treat a sexual assault complainant any differently, or to accord any less respect to her credibility or privacy, than that which was accorded police officers and convicted criminals in the above-mentioned cases.

Je ne vois aucune raison de traiter la plaignante victime d'agression sexuelle de façon différente, ou d'accorder moins de respect à sa crédibilité ou à sa vie privée, que lorsqu'il s'agit d'agents de police et de criminels reconnus coupables dans les affaires susmentionnées.

128 All of these factors, in my mind, justify concluding not only that a privacy analysis creates a presumption against ordering production of private records, but also that ample and meaningful consideration must be given to complainants' equality rights under the *Charter* when formulating an appropriate approach to the production of complainants' records. Consequently, I have great sympathy for the observation of Hill J. in *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), to this effect (at p. 141):

Tous ces facteurs, selon moi, justifient de conclure non seulement qu'une analyse du droit à la vie privée crée une présomption contre une ordonnance de production de dossiers privés, mais aussi qu'il faut prendre sérieusement en considération les droits à l'égalité des plaignantes que garantit la *Charte* lorsque vient le temps de formuler une méthode appropriée de production des dossiers de plaignantes. Je partage donc l'observation du juge Hill à cet égard, dans *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 141:

In addressing the disclosure of records, relating to past treatment, analysis, assessment or care of a complainant, it is necessary to remember that the pursuit of full answer and defence on behalf of an accused person should be achieved without indiscriminately or arbitrarily eradicating the privacy of the complainant. Systemic revictimization of a complainant fosters disrepute for the criminal justice system. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Au moment d'aborder la divulgation de dossiers se rapportant au traitement, à l'analyse, à l'évaluation ou aux soins dont un plaignant a fait l'objet par le passé, il est nécessaire de se rappeler que la présentation d'une défense pleine et entière au nom de la personne accusée devrait être rendue possible sans supprimer de façon discriminatoire ou arbitraire la protection de la vie privée du plaignant. Le fait que le plaignant soit systématiquement victimisé de nouveau risque de déconsidérer le système de justice pénale. [Je souligne.]



(iii) Balancing Competing Values

As Lamer C.J. recently noted for the majority in *Dagenais, supra*, at p. 877, competing constitutional considerations must be balanced with particular care:

A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Notwithstanding my agreement with this proposition, I would emphasize that the imagery of conflicting rights which it conjures up may not always be appropriate. One such example is the interrelation between the equality rights of complainants in sexual assault trials and the rights of the accused to a fair trial. The eradication of discriminatory beliefs and practices in the conduct of such trials will enhance rather than detract from the fairness of such trials. Conversely, sexual assault trials that are fair will promote the equality of women and children, who are most often the victims.

From my earlier remarks, moreover, it should be clear that I am satisfied 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. They are entitled not to be deprived of their reasonable expectation of privacy except in accordance with the principles of fundamental justice. In cases such as the present one, any interference with the individual's right to privacy comes about as a result of another person's assertion that this interference is necessary in order to make full answer and defence. As important as the right to full answer and defence may be, it must co-exist with other constitutional rights, rather than trample them: *Dagenais, supra*, at

(iii) La pondération de valeurs conflictuelles

Comme le juge en chef Lamer l'a noté récemment au nom de la majorité dans *Dagenais*, précité, à la p. 877, il faut pondérer avec un soin particulier les considérations constitutionnelles conflictuelles:

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

Tout en étant d'accord avec cette proposition, je soulignerais le fait que les images de conflits de droit qu'on évoque peuvent ne pas toujours être appropriées. Un exemple est celui de l'interaction entre les droits à l'égalité des plaignantes dans des procès pour agression sexuelle et les droits des accusés à un procès équitable. La suppression des croyances et des pratiques discriminatoires dans la conduite de ces procès accroîtra, au lieu de la diminuer, l'équité des procès de ce genre. Réciproquement, les procès pour agression sexuelle qui seront équitables favoriseront l'égalité des femmes et des enfants, qui en sont le plus souvent victimes.

Il devrait cependant ressortir clairement de mes remarques antérieures que je suis convaincue 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. Il ne peut être porté atteinte à leur attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans les affaires semblables à la présente, toute entrave au droit d'un individu à la protection de sa vie privée provient de l'affirmation par une autre personne que cette entrave est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière. Aussi important

p. 877. Privacy and equality must not be sacrificed willy-nilly on the altar of trial fairness.

que puisse être le droit de présenter une défense pleine et entière, il doit coexister avec d'autres droits constitutionnels plutôt que de les éclipser: *Dagenais*, précité, à la p. 877. La protection de la vie privée et l'égalité ne doivent pas être sacrifiées sans autre forme de procès sur l'autel de l'équité du procès.

131

The proper approach to be taken in contexts involving competing constitutional rights may be analogized from *Dagenais*, at p. 891. In particular, since an applicant seeking production of private records from third parties is seeking to invoke the power of the state to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the state power to compel production is justified in a free and democratic society. If it is not, then the other person's privacy rights will have been infringed in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice.

L'approche appropriée dans les contextes mettant en jeu des droits constitutionnels conflictuels peut être résolue par analogie avec l'arrêt *Dagenais*, à la p. 891. En particulier, étant donné que c'est le requérant qui demande la production de dossiers privés en la possession de tiers et, à cette fin, tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique. Si tel n'est pas le cas, les droits à la protection de la vie privée de l'autre personne seront violés d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale.

1995 CanLII 51 (SCC)

132

The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are applied. First, production should only be granted when it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonably available and effective alternative means. Second, production which infringes upon a right to privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence. Third, arguments urging production must rest upon permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes. Finally, there must be a proportionality between the salutary effects of production on the accused's right to make full answer and defence as compared with the deleterious effects on the party whose private records are being produced. The measure of proportionality must reflect the extent to which a reasonable expectation of privacy vests in the particular records, on the one hand, and the importance of the issue to which the evidence relates, on the other. Moreover, courts must remain alive to the fact that, in certain cases, the deleterious effects of

L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront appliqués. Premièrement, la production ne devrait être ordonnée que lorsqu'il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnablement disponibles et efficaces. Deuxièmement, la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière. Troisièmement, les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires. En dernier lieu, il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques de la production sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les effets préjudiciables pour la partie dont les dossiers privés sont divulgués. La mesure de proportionnalité doit refléter l'étendue de l'attente raisonnable de protection du caractère privé des dossiers particuliers, d'une part, et l'importance de la question à laquelle a trait la preuve, de

production may demonstrably include negative effects on the complainant's course of therapy, threatening psychological harm to the individual concerned and thereby resulting in a concomitant deprivation of the individual's security of the person.

All of the above considerations must be borne in mind when formulating an appropriate approach to the difficult issue raised in this appeal. Using these ground rules to structure our analysis, it is now possible to elaborate upon an approach to production of third parties' private records that, it is hoped, will maintain the greatest possible degree of proportionality in reconciling the equally important constitutional concerns of full answer and defence, privacy, and equality without discrimination.

#### (iv) Procedure for Obtaining Production

I would give substance to the general principles elaborated above by way of the following process. The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. When the subpoena is served, the accused should notify the Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records that the accused will ask the trial judge for an order for their production. Then, at the trial, the accused must bring an application supported by appropriate affidavit evidence showing that the records are likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records. If the records are relevant, the court must balance the salutary and deleterious effects of ordering that the records be produced to determine whether, and to what extent, production should be ordered.

l'autre. En outre, les tribunaux doivent rester sensibles au fait que, dans certains cas, les effets préjudiciables de la production peuvent visiblement comporter des effets négatifs sur le déroulement de la thérapie de la plaignante, ce qui menacerait de nuire psychologiquement à la personne concernée et entraînerait pour elle une privation concomitante du droit à sa propre sécurité.

Il faut garder à l'esprit toutes ces considérations dans la formulation d'une approche appropriée à la difficile question soulevée dans le présent pourvoi. Ayant fait appel à ces notions de base pour structurer notre analyse, il est maintenant possible d'élaborer une approche à la production des dossiers privés en la possession de tiers qui, il est à souhaiter, maintiendra le plus haut degré possible de proportionnalité de manière à réconcilier les préoccupations constitutionnelles également importantes relatives à la présentation d'une défense pleine et entière, la protection de la vie privée et l'égalité indépendamment de toute discrimination.

#### (iv) Procédure visant à obtenir la production

Le processus suivant tient compte des principes généraux que je viens de formuler. Premièrement, l'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit obtenir un *subpoena duces tecum* et le lui signifier. Après la signification de l'assignation, l'accusé doit aviser le ministère public, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers, qu'il demandera au juge du procès d'en ordonner la production. Ensuite, au procès, l'accusé doit présenter une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les dossiers sont pertinents, le tribunal doit alors pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables qu'entraînerait la délivrance en faveur de la défense de l'ordonnance de production de ces dossiers pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée.

(a) *Subpoena duces tecum and Notice to Interested Parties*

135 The form of the *subpoena duces tecum* and the procedure for its issuance are described in Part XXII of the *Criminal Code*. In particular, a subpoena will not issue unless the applicant shows that the witness is likely to give material evidence in the proceeding: s. 698(1). The function of the subpoena is to summon the witness — in this case, the guardian of the records — to court and to require the witness to bring the documents described in the subpoena. It does not, in itself, require the witness to produce the records to the court or to the defence.

136 When the subpoena is served, the accused should give written notice to anyone with an interest in the confidentiality of the records that a motion will be brought for an order for production of the records. Interested persons include the Crown, the person who is the subject of the records, the guardian of the records, and any other person required by statute to be notified. Failure to give notice to all interested parties will be fatal to the application, although the accused may reapply and, as a matter of convenience, notice to the guardian of the records may accompany the *subpoena duces tecum*.

(b) *Application for Production*

137 At the trial, when the accused applies for an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely to be relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the person who is the subject of the records. If the information does not meet this threshold of relevance, then the analysis ends here and no order will issue. However, if the information is likely relevant to an issue at trial or to the competence of the subject to testify, the court must weigh the positive and negative consequences of production, with a view to determining whether, and to what extent, production should be

a) *Subpoena duces tecum et avis aux parties intéressées*

La partie XXII du *Code criminel* prévoit la forme que prend le *subpoena duces tecum* et la procédure relative à son émission. Tout particulièrement, l'assignation ne sera permise que si la demande établit que le témoin est susceptible de fournir une preuve substantielle: par. 698(1). L'assignation a pour but de citer le témoin — en l'espèce, le gardien des dossiers — à comparaître en cour et d'exiger qu'il apporte les documents décrits dans l'assignation. En soi, elle n'exige pas que le témoin divulgue les dossiers au tribunal ou à la défense.

Lors de la signification du subpoena, l'accusé doit aviser par écrit toutes les personnes qui peuvent avoir un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers qu'une requête sera présentée en vue d'obtenir une ordonnance pour la production des dossiers. Parmi les personnes intéressées, mentionnons le ministère public, la personne visée par les dossiers, le gardien des dossiers et toute autre personne qui doit être informée selon la loi. L'omission d'aviser toutes les parties concernées sera fatale à cette requête bien que l'accusé puisse présenter une nouvelle requête et que, par souci de commodité, le *subpoena duces tecum* puisse être accompagné d'un avis au gardien des dossiers.

b) *Demande de production*

Au procès, lorsque l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait procéder en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à la capacité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les renseignements ne satisfont pas à cette exigence minimale en matière de pertinence, l'analyse prend fin et aucune ordonnance ne sera rendue. Toutefois, si les renseignements se rapportent vraisemblablement soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée, le tribunal doit pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la

ordered. At each stage counsel for all interested parties should be permitted to make submissions.

### (1) Relevance

At the outset, the accused must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is actually in existence further material which may be useful to the accused in making full answer and defence, in the sense that it is logically probative (*Chaplin, supra*, at pp. 743-45). In other words, the accused must satisfy the court that the information contained in the records is likely to be relevant either to an issue in the proceeding or to the competence of the subject to testify (*O'Connor No. 2, supra*).

It may be useful at this stage for the third party guardian of the records to prepare a list of the records in its possession. In an appropriate case, the trial judge may require such a list to be provided to the accused and the other interested parties. This was done, for example, in *Barbosa, supra*, albeit in the somewhat different context of a request by the Crown to withhold disclosure of records in its own possession. In that decision, Hill J. made the following comments about the utility of an inventory of records (at p. 136):

The existence of an inventory not only promotes procedural efficiency during argument of an application of this type, but also has the advantage of potentially permitting defence counsel to focus the subject-matter of his application to a population of documents less than the whole of those in the custody of the relevant custodian. On occasion, such an inventory promotes further informal discussions between defence and Crown counsel leading to further disclosure without review by the court.

However, I wish to emphasize that, like any other motion, an application for an order for production of private records held by a third party must be accompanied by affidavit evidence which establishes to the judge's satisfaction that the

production pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée. À chaque étape, on devrait accorder aux avocats des parties intéressées la possibilité de présenter des arguments.

### (1) Pertinence

Dès le départ, l'accusé doit établir une base qui permettrait au juge de conclure à l'existence réelle d'autres documents qui peuvent être utiles à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière (*Chaplin, précité*, aux pp. 743 à 745) en ce sens qu'ils sont logiquement probants. En d'autres termes, l'accusé doit convaincre le tribunal que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée (*O'Connor n° 2, précité*).

À ce stade, il peut être utile pour le tiers gardien des dossiers de préparer une liste des dossiers en sa possession. Le cas échéant, le juge du procès peut exiger qu'une telle liste soit fournie à l'accusé et aux autres parties intéressées. Par exemple, c'est ce qui a été fait dans l'arrêt *Barbosa, précité*, malgré le contexte quelque peu différent d'une requête présentée par le ministère public visant à empêcher la divulgation des dossiers en sa propre possession. Dans cet arrêt, le juge Hill a fait les remarques suivantes sur l'utilité d'un inventaire des dossiers (à la p. 136):

[TRADUCTION] L'existence d'un inventaire non seulement favorise l'efficacité procédurale au cours du débat sur une demande de ce genre, mais a également l'avantage de pouvoir permettre à l'avocat de la défense de faire porter précisément l'objet de sa demande sur un nombre de documents moins élevé que ceux qui sont en la possession du gardien visé. À l'occasion, un tel inventaire favorise la tenue d'autres discussions informelles entre les avocats de la défense et du ministère public entraînant des divulgations additionnelles sans contrôle par les tribunaux.

Je tiens, toutefois, à souligner que, comme pour toute autre requête, une demande visant à obtenir une ordonnance pour la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit être accompagnée d'une preuve par affidavit qui établit à la

information sought is likely to be relevant. The accused's demonstration that information is likely to be relevant must be based on evidence, not on speculative assertions or on discriminatory or stereotypical reasoning.

satisfaction du juge que les renseignements demandés sont susceptibles d'être pertinents. La démonstration par l'accusé que les renseignements sont susceptibles d'être pertinents doit être fondée sur la preuve et non sur des affirmations spéculatives ou sur un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé.

141

The Chief Justice and Sopinka J. argue that accused persons are placed in a difficult situation by the requirement that they prove the likely relevance of the documents without having access to them. My colleagues point to the decisions of this Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505 (especially at pp. 1513-14), *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, and conclude that the standard of "likely relevance" should not be interpreted as an onerous burden. I would begin by noting that *Carey* arose in the context of a civil action in which neither the right to full answer and defence nor any constitutional right of privacy were engaged; it therefore has no application here. As for *Dersch*, *Garofoli* and *Durette*, a majority of this Court held in those cases that an accused is entitled to have access to information used by police to obtain a wiretap authorization because, without such access, the accused cannot realistically challenge the legality of the surveillance. However, in those cases, the accused sought access to records created by the state as part of its investigation; that situation can hardly be compared to the situation of an accused who demands access to therapeutic or other private records created and held by a third party. The records here in question are not within the possession or control of the Crown, do not form part of the Crown's "case to meet", and were created by a third party for a purpose unrelated to the investigation or prosecution of the offence. In my opinion, it cannot be assumed that such records are likely to be relevant, and if the accused is unable to show that they are, then the application for production must be

Le Juge en chef et le juge Sopinka soutiennent que les accusés se trouvent dans une situation difficile parce qu'ils sont tenus de démontrer la pertinence probable des documents sans y avoir accès. Mes collègues soulignent les arrêts de notre Cour *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505 (spécialement aux pp. 1513 et 1514), *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, et concluent que le critère de la «pertinence probable» ne devrait pas être interprété comme constituant un fardeau onéreux. Je tiens tout d'abord à signaler que l'arrêt *Carey* se situait dans le contexte d'une action civile dans laquelle il n'était question ni du droit à une défense pleine et entière ni d'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée; il ne s'applique donc pas en l'espèce. En ce qui concerne les arrêts *Dersch*, *Garofoli* et *Durette*, notre Cour, à la majorité, y a conclu qu'un accusé a le droit d'avoir accès aux renseignements utilisés par les policiers pour obtenir une autorisation d'écoute électronique car, sans un tel accès, l'accusé ne peut de façon réaliste contester la légalité de la surveillance. Toutefois, dans ces affaires, l'accusé cherchait à avoir accès à des dossiers créés par l'État dans le cadre de son enquête; cette situation peut difficilement être comparée à la situation de l'accusé qui demande l'accès à des dossiers thérapeutiques ou d'autres dossiers privés créés et conservés par un tiers. Les dossiers visés en l'espèce ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public, ne font pas partie de la «preuve complète» du ministère public et ont été créés par un tiers à une fin non reliée à l'enquête ou à la poursuite de l'infraction. À mon avis, on ne peut présumer que ces dossiers seront vraisemblablement pertinents et si l'accusé est incapable d'en démontrer la pertinence, alors la demande de production doit être

rejected as it amounts to nothing more than a fishing expedition.

The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. For instance, it would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly, the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Such requests, without more, are indicative of the very type of fishing expedition that this Court has previously rejected in other contexts. See, in the context of cross-examination on sexual history, *Osolin*, *supra*, at p. 618, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, and *Seaboyer*, *supra*, at p. 634, *per* McLachlin J. for the majority; in the context of search and seizure, *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 448, *per* Sopinka J. for the Court, and *Hunter*, *supra*, at p. 167, *per* Dickson J. (as he then was) for the Court; in the context of wiretaps and their supporting affidavits, *Chaplin*, *supra*, at p. 746, *per* Sopinka J. for the Court, *Durette*, *supra*, at p. 523, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1169, *per* La Forest J. dissenting, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 55, *per* La Forest J. for the majority. See also *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 51 *et seq.*; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 17, para. 5, at p. 7.; *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, para. 9, at pp. 655 *et seq.*

rejetée comme n'équivalant à rien d'autre qu'une partie de pêche.

La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Par exemple, il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influencer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De telles demandes sont, sans plus, indicatives du type même de partie de pêche que notre Cour a déjà rejeté dans d'autres contextes. Voir, dans le contexte d'un contre-interrogatoire sur le comportement sexuel antérieur, *Osolin*, précité, à la p. 618, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, et *Seaboyer*, précité, à la p. 634, le juge McLachlin au nom de la majorité; dans le contexte des fouilles, perquisitions ou saisies, *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 448, le juge Sopinka au nom de la Cour, et *Hunter*, précité, à la p. 167, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour; dans le contexte de l'écoute électronique et des affidavits à l'appui, *Chaplin*, précité, à la p. 746, le juge Sopinka au nom de la Cour, *Durette*, précité, à la p. 523, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1169, le juge La Forest dissident, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 55, le juge La Forest au nom de la majorité. Voir également *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 51 *et suiv.*; *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1976), vol. 17, par. 5, à la p. 7; *Wigmore on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1940), vol. 1, par. 9, aux pp. 655 *et suiv.*

143 Similarly, the mere fact that a witness has a medical or psychiatric record cannot be taken as indicative of the potential unreliability of his or her testimony. Any suggestion that a particular treatment, therapy, illness, or disability implies unreliability must be informed by cogent evidence, rather than stereotype, myth or prejudice. For these reasons, it would also be inappropriate for judicial notice to be taken of the fact that unreliability may be inferred from any particular course of treatment. See *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (B.C.C.A.), at pp. 350-51.

144 Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth — namely, the facts surrounding the alleged assault — therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place. Victims often question their perceptions and judgment, especially if the assailant was an acquaintance. Therapy is an opportunity for the victim to explore her own feelings of doubt and insecurity. It is not a fact-finding exercise. Consequently, the vast majority of information noted during therapy sessions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial. Moreover, as I have already noted elsewhere, much of this information is inherently unreliable and, therefore, may frustrate rather than further the truth-seeking process. Thus, although the fact that an individual has sought counselling after an alleged assault may certainly raise the applicant's hopes for a fruitful fishing expedition, it does not follow, absent other

De même, le simple fait qu'un témoin ait des antécédents médicaux ou psychiatriques ne peut pas être considéré comme indiquant que son témoignage pourrait manquer de crédibilité. Toute suggestion selon laquelle un traitement, une thérapie, une maladie ou un handicap entraînent un manque de crédibilité doit reposer sur une preuve convaincante plutôt que sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. Pour ces raisons, il ne serait pas non plus approprié que le tribunal prenne connaissance d'office du fait que le manque de crédibilité puisse se déduire d'un traitement particulier. Voir *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (C.A.C.-B.), aux pp. 350 et 351.

En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique — à savoir les faits entourant l'agression alléguée — la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle ait eu lieu. Les victimes mettent souvent en doute leurs perceptions et leur bon jugement, tout particulièrement si l'agresseur était une connaissance. La thérapie offre à la victime l'occasion d'explorer ses propres sentiments de doute et d'insécurité. Ce n'est pas un exercice d'appréciation des faits. Par conséquent, la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige. De plus, comme je l'ai déjà mentionné ailleurs, bon nombre de ces renseignements sont peu fiables en soi et peuvent donc entraver plutôt que faciliter le processus de recherche de la vérité. Même si le fait qu'une personne ait sollicité des conseils socio-psychologiques après une présumée agression sexuelle peut certainement susciter chez le requérant l'espoir d'une partie de pêche fructueuse, il ne s'ensuit pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, que les ren-



evidence, that information found in those records is likely to be relevant to the accused's defence.

Unlike my colleagues Lamer C.J. and Sopinka J., I would not take the "sheer number" of cases in which production has been ordered in the past as a demonstration of the potential relevance of therapeutic records. Whatever may have been their past practice in this regard, judges should be encouraged to carefully scrutinize claims of relevance in a manner that is sensitive to the therapeutic context and the nature of records created in that context. Without such sensitivity, the danger is great that records having no real relevance will be produced, the search for truth frustrated, and the rights of complainants needlessly violated.

In establishing the required evidentiary basis, the applicant may resort to the Crown's disclosure, to its own witnesses, and to cross-examination of the Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial. On some occasions, it may also be necessary to introduce expert evidence to lay the foundation for a production application (for instance, expert evidence to the effect that a certain type of therapy may lead to "created memories"). The determination of relevance is a fluid, rather than fixed, process. In consequence, information which cannot be proved relevant at one point during the trial may later become relevant, in which case a further application for production may be warranted. However, regardless of when it is brought, an application for production will not succeed if it is not supported by evidence demonstrating the likely relevance of the records.

I would like to make two final observations on the subject of relevance. The first of these relates to the Court of Appeal's comment that relevance should be determined with due regard for "other legitimate legal and societal interests, including the privacy interests of complainants" (*O'Connor*

seignements figurant dans ces dossiers se rapportent vraisemblablement à la défense de l'accusé.

Contrairement à mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, je ne considérerais pas le «nombre même» de cas où la production de documents a été ordonnée dans le passé comme preuve de la pertinence potentielle des dossiers thérapeutiques. Quelle que puisse avoir été la pratique suivie par les juges dans le passé, il faudrait les inciter à examiner soigneusement toute affirmation voulant que de tels dossiers soient pertinents, d'une façon adaptée au contexte thérapeutique et à la nature des dossiers constitués dans ce contexte. Sans une sensibilité nécessaire, il y a un grand danger que soient produits des dossiers n'ayant pas vraiment de pertinence, que soit brimée la recherche de la vérité et que soient inutilement lésés les droits des plaignantes.

Pour faire la preuve requise, le requérant peut se baser sur les documents et dossiers divulgués par le ministère public, sur ses propres témoins et sur le contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès. À certaines occasions, il peut même être nécessaire de présenter le témoignage d'un expert pour poser les fondations d'une demande de production (par exemple, le témoignage de l'expert selon lequel un certain type de thérapie peut mener à des «souvenirs fabriqués»). La détermination de la pertinence est un processus souple plutôt que rigide. En conséquence, les renseignements dont on ne pourra démontrer la pertinence à un certain moment au cours de l'instance peuvent devenir pertinents par la suite et, dans un tel cas, une demande additionnelle de production pourrait être justifiée. Toutefois, une demande de production ne sera pas accueillie, peu importe le moment où elle est présentée, si elle n'est pas appuyée par des éléments de preuve démontrant la pertinence probable des dossiers.

Je tiens à faire deux dernières observations en ce qui a trait à la pertinence. La première porte sur la remarque de la Cour d'appel selon laquelle la pertinence devrait être déterminée en fonction des [TRADUCTION] «autres intérêts juridiques et sociétaux légitimes, dont les intérêts des plaignants dans

(No. 2), at pp. 261-62). In my view, the privacy rights of complainants should be considered separately, rather than factored into the analysis of relevance. It is important to remember that the rationale underlying resort to privilege or privacy rights is diametrically opposed to that underlying most ordinary evidentiary rules of exclusion. Privilege and privacy interests would exclude evidence despite the fact that such evidence might further the truth-seeking process. On the other hand, ordinary rules of exclusion are generally motivated by the desire to further the truth-seeking process, in that they tend to exclude evidence which might be unreliable, which might mislead or prejudice the trier of fact, or which might otherwise prejudice the fairness of the trial. Consequently, it is both easier and more intellectually honest to consider privacy and societal interests in a separate, balancing step.

la protection de leur vie privée» (*O'Connor (n° 2)*, aux pp. 261 et 262). À mon avis, les droits des plaignantes à la protection de leur vie privée devraient être examinés de façon distincte, plutôt que dans le cadre de l'analyse de la pertinence. Il est important de se rappeler que le raisonnement qui sous-tend le recours au privilège ou au droit à la vie privée est diamétralement opposé à celui qui sous-tend la plupart des règles ordinaires d'exclusion en matière de preuve. Les intérêts dans le privilège et la protection de la vie privée excluraient des éléments de preuve malgré le fait que de tels éléments pourraient favoriser le processus de recherche de la vérité. Par ailleurs, les règles ordinaires d'exclusion sont généralement motivées par le désir de favoriser le processus de recherche de la vérité, en ce sens qu'elles tendent à écarter les éléments de preuve qui pourraient être peu fiables, qui pourraient induire en erreur ou influencer le juge des faits ou qui pourraient d'une autre façon porter atteinte à l'équité du procès. Par conséquent, il est à la fois plus facile et plus honnête sur le plan intellectuel de pondérer, lors d'une étape distincte, les intérêts dans la protection de la vie privée et les intérêts de la société.

1995 CanLII 51 (SCC)

148 However, as I have already noted, consideration for equality is not alien to the objectives of finding the truth and conducting a fair trial. On the contrary, all of these objectives dictate that a court be precluded from drawing inferences on the basis of discriminatory or stereotypical lines of reasoning. For instance, it is impermissible to seek production of records containing reference to other sexual activity to support the inference that because the complainant has engaged in unrelated sexual activity she is more likely to have consented to the activity in question, or less worthy of belief: *Seaboyer, supra*.

Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, le respect du droit à l'égalité n'est pas étranger aux objectifs de recherche de la vérité et de tenue d'un procès équitable. Au contraire, tous ces objectifs indiquent qu'un tribunal ne peut pas tirer des conclusions qui seraient fondées sur des raisonnements discriminatoires ou stéréotypés. Par exemple, il n'est pas permis de demander la divulgation de dossiers qui renvoient à d'autres activités sexuelles pour étayer la conclusion que, parce que la plaignante s'est adonnée à une activité sexuelle qui n'est pas liée à l'agression sexuelle, il soit plus probable qu'elle ait donné son consentement à l'activité en question, ou qu'elle soit moins digne de confiance: *Seaboyer*, précité.

149 My second observation relates to the competence to testify of the subject of the records. A witness is presumed competent to testify until otherwise shown. Incompetence to testify can be shown in many ways, such as calling a doctor who has treated the witness, which do not require disclosure

Ma deuxième observation porte sur l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Une personne est présumée habile à témoigner jusqu'à preuve du contraire. L'incapacité à témoigner peut être démontrée de plusieurs façons, telle l'assignation d'un médecin qui a traité le témoin, ce

of private medical records. If competence is the basis for defence counsel's application for production of private medical records, then the court should first consider if there are any other reasonable alternatives of testing the witness's competence which would constitute a lesser invasion into the witness's privacy.

## (2) Balancing

If the trial judge concludes that the records are not likely to be relevant to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records, the application should be rejected. If, on the other hand, the judge decides that they are likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, the trial judge must balance the salutary and deleterious effects of ordering the production of the records to the court for inspection, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records. If the judge concludes that production to the court is warranted, he or she should so order.

The Chief Justice and Sopinka J. appear to share my view that the balancing of the effects of production should be undertaken only at this second stage of the procedure, after the records have been found to be likely relevant. However, they contend that the trial judge need not consider competing interests, such as the privacy rights of the subject of the records, before ordering them produced to the court for inspection. This is not my position. What my colleagues fail to recognize is that even an order for production to the court is an invasion of privacy. The records here in question are profoundly intimate, and any violation of the intimacy of the records can have serious consequences for the dignity of the subject of the records and, in some cases, for the course of his or her therapy. Neither the subject nor the guardian of the records should be compelled to violate the intimacy of the records unless the judge has determined, after

qui n'exige pas la divulgation de dossiers médicaux privés. Si la requête de l'avocat de la défense en vue de la divulgation de dossiers médicaux privés est fondée sur l'habilité à témoigner, le tribunal devrait examiner en premier lieu s'il existe d'autres moyens raisonnables pour évaluer l'habilité du témoin à témoigner qui constitueraient une intrusion moins grande dans la vie privée du témoin.

## (2) La pondération

Si le juge du procès conclut que les dossiers ne sont pas susceptibles de se rapporter à une question en litige dans l'instance ou à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers, la demande devrait être rejetée. Si, par ailleurs, le juge décide qu'ils seront vraisemblablement pertinents, il doit alors passer à la deuxième étape, qui comporte deux volets. Premièrement, le juge doit soupeser les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînerait la production des dossiers aux fins d'examen par le tribunal, au regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'effet d'une telle production sur le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité de la personne visée par les dossiers. Si le juge conclut que la production est justifiée, il ou elle devrait l'ordonner.

Le Juge en chef et le juge Sopinka paraissent partager mon point de vue que la pondération des effets de la production ne devrait être entreprise qu'à cette deuxième étape de la procédure, après que l'on ait décidé que les dossiers seraient vraisemblablement pertinents. Cependant, ils sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire que le juge de première instance tienne compte des intérêts opposés, comme le droit de la personne visée par les dossiers à la protection de sa vie privée, avant d'en ordonner la production aux fins d'examen par le tribunal. Je ne suis pas d'accord. Mes collègues négligent de reconnaître que même une ordonnance de production au tribunal constitue une atteinte à la vie privée. Les dossiers en l'espèce sont très personnels et toute atteinte au caractère personnel des dossiers peut avoir de graves conséquences sur la dignité de la personne visée, et, dans certains cas, sur le déroulement de sa théra-

careful consideration, that the salutary effects of doing so outweigh the damage done thereby.

152 In borderline cases, the judge should err on the side of production to the court. The trial judge, in examining the materials, will guard the privacy of the witness to the best of his or her ability. Nevertheless, reading and vetting large quantities of material that have been ordered produced to the court out of an abundance of caution can impose an excessive burden on judicial resources, especially if only a small proportion of the records produced to the court are ultimately produced to the defence. Consequently, while borderline cases at this stage should be decided in favour of production to the court, the determination of relevance and balancing should be meaningful, fair and considered. This carefully considered balancing will prevent documents from being needlessly produced.

153 Next, upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. This step requires the court anew, but with the benefit of the inspection of the documents, to consider the likely relevance and salutary and deleterious effects as previously but with production to the accused in mind.

154 I have some difficulties with the Court of Appeal's position to the effect that the judge may simply disclose to the defence any evidence which is "material". The problem with such an approach is that it effectively does away with any consideration for privacy, or for larger societal interests. A fair legal system requires respect at all times for the complainant's personal dignity, and in particular his or her right to privacy, equality and security of the person. As the Chief Justice said in *Dagenais, supra*, in the context of a publication ban, the common law should not accord pre-

pie. Ni la personne visée ni le gardien des dossiers ne devraient être forcés de porter atteinte au caractère personnel des dossiers à moins qu'un juge ne décide, après examen approfondi, que les effets bénéfiques l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle atteinte.

Dans les cas limites, le juge devrait pencher du côté de la production au tribunal. Le juge du procès, en examinant les documents, protégera de son mieux la vie privée du témoin. Néanmoins, la lecture et l'examen d'un grand nombre de documents, dont la production à la cour aura été ordonnée par surcroît de prudence, peut imposer un fardeau excessif aux juges, particulièrement si une infime partie seulement des dossiers produits au tribunal est en fin de compte divulguée à la défense. Par conséquent, bien que les cas limites à ce stade devraient être réglés en faveur de la production devant la cour, la décision relative à la pertinence et à la pondération devrait être significative, juste et réfléchie. Cette pondération soigneuse permettra d'éviter la production de documents inutiles.

Ensuite, au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer si et dans quelle mesure ils devraient être divulgués à l'accusé. Cette étape exige que la cour examine de nouveau, mais avec le bénéfice de l'inspection des documents, la pertinence probable et les effets bénéfiques et préjudiciables, comme elle l'a déjà fait, mais en ayant à l'esprit la divulgation à l'accusé.

J'ai quelque difficulté avec la position de la Cour d'appel selon laquelle le juge peut simplement divulguer à la défense tout élément de preuve «substantiel». Le problème que soulève une telle approche est que, en fait, elle ne tient pas compte de la protection de la vie privée ou d'intérêts sociaux plus importants. Un système juridique équitable exige en tout temps le respect de la dignité personnelle de la plaignante et, en particulier, de son droit à la vie privée, à l'égalité et à la sécurité de sa personne. Comme le Juge en chef l'a écrit dans l'arrêt *Dagenais*, précité, dans le contexte d'une interdiction de publication, la common law ne devrait pas privilégier le droit à un procès équ-

eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally entrenched rights (at p. 877):

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(d) over those protected by s. 2(b). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Similarly, as regards the production of private records held by third parties, a balance must be struck that places the *Charter* rights of complainants on an equal footing with those of accused persons.

In *Dagenais*, the Court assessed proportionality by examining and weighing the salutary and deleterious effects of the rights infringements in question. I believe that such a process was already implicit in *Seaboyer*, in which this Court sought to achieve a measure of proportionality between the right to privacy and the right to a fair trial. In my view, an analogous approach is appropriate in the disclosure context. Once a court has reviewed the records, production should only be ordered in respect of those records, or parts of records, that have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice or by the harm to the privacy rights of the witness or to the privileged relation. See also Stuesser, "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67, at pp. 71-72.

table au détriment d'autres droits consacrés par la Constitution (à la p. 877):

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11d) par rapport à ceux que garantit l'al. 2b). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

De même, en ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, un équilibre doit être trouvé qui place les droits des plaignantes garantis par la *Charte* sur le même pied que ceux des accusés.

Dans *Dagenais*, la Cour a apprécié la proportionnalité en examinant et en sopesant les effets bénéfiques et préjudiciables de la violation des droits en question. Je crois qu'un tel processus était déjà implicite dans l'arrêt *Seaboyer*, dans lequel notre Cour a cherché à établir une mesure de proportionnalité entre le droit à la vie privée et le droit à un procès équitable. À mon avis, une approche analogue est appropriée dans un contexte de divulgation. Une fois qu'un tribunal a examiné les dossiers produits, seuls devraient être divulgués les dossiers ou les parties de dossiers qui ont une valeur probante importante qui n'est pas substantiellement contrebalancée par le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit à la vie privée du témoin ou à la relation privilégiée. Voir également Stuesser, «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67, aux pp. 71 et 72.

156 Although this list is not exhaustive, the following factors should be considered in this determination: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question; (6) the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims; and (7) the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome.

157 According to the Chief Justice and Sopinka J., society's interest in encouraging victims of sexual assault to report the offences and to obtain treatment "is not a paramount consideration" (para. 33), and the effect of production on the integrity of the trial process should not be considered at all, in assessing whether the guardians of therapeutic records should be compelled to produce them to the defence. I can see no reason to reduce the relative importance of these factors, let alone exclude them, when balancing the salutary and deleterious effects of a production order.

158 This Court has already recognized that society has a legitimate interest in encouraging the reporting of sexual assault and that this social interest is furthered by protecting the privacy of complainants: *Seaboyer, supra*, at pp. 605-6. Parliament, too, has recognized this important interest in s. 276(3)(b) of the *Criminal Code*. While *Seaboyer* and s. 276(3)(b) relate to the admissibility of evidence regarding the past sexual conduct of the complainant, the same reasoning applies here. The compelled production of therapeutic records is a serious invasion of complainants' privacy which

Bien que la liste ne soit pas exhaustive, les facteurs suivants devraient être pris en considération dans cette détermination: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies; et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision.

Selon le Juge en chef et le juge Sopinka, l'intérêt qu'a la société à encourager les victimes d'agression sexuelle à signaler ces infractions et à suivre des traitements «n'est pas une considération primordiale» (par. 33) et l'effet de la production sur l'intégrité du processus judiciaire n'entre pas du tout en ligne de compte lorsqu'on détermine si les gardiens de dossiers thérapeutiques devraient être contraints de les divulguer à la défense. Je ne vois aucun motif de réduire l'importance relative de ces facteurs et encore moins de les exclure de l'exercice de pondération des effets bénéfiques et préjudiciables d'une ordonnance de production.

Notre Cour a déjà reconnu que la société a un intérêt légitime à encourager le dépôt de plaintes d'agressions sexuelles et que cet intérêt est favorisé par la protection de la vie privée des plaignantes: *Seaboyer*, précité, aux pp. 605 et 606. Le législateur fédéral a, lui aussi, reconnu cet important intérêt à l'al. 276(3)b) du *Code criminel*. Bien que l'arrêt *Seaboyer* et l'al. 276(3)b) aient trait à l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur d'une plaignante, le même raisonnement s'applique en l'espèce. La production forcée de dossiers thérapeutiques constitue

1995 CanLII 51 (SCC)

has the potential to deter sexual assault victims from reporting offences or, if they do report them, from seeking treatment.

As Lamer C.J. and Sopinka J. observe, measures exist for limiting the extent of the invasion of privacy associated with a production order. However, despite such measures, the compelled production of therapeutic records to the defence remains a serious violation of the complainant's privacy and a deterrent to the reporting of offences and the acquisition of treatment. At the same time, production may affect the integrity of the trial process. Judges must carefully weigh these consequences when deciding whether to make an order for production.

As a further argument in favour of a less onerous burden upon the accused, the Chief Justice and Sopinka J. compare the accused to a state agent applying for a search warrant under s. 487(1)(b) of the *Criminal Code*. They state that, by virtue of s. 487(1)(b), "production of third party records is always available to the Crown" (para. 34) where there are reasonable grounds to believe that evidence will be found. Because the interpretation of s. 487(1)(b) is not an issue in this appeal, I will keep my comments to a minimum. However, I must disagree with my colleagues' suggestion that the Crown can always obtain a warrant for production of the therapeutic records of innocent third parties simply by establishing "reasonable grounds". On the contrary, in a decision penned by the Chief Justice (then Lamer J.), this Court has held that a judge may refuse a search warrant, even if the statutory requirement of "reasonable grounds" is met, in order to protect the fundamental rights of innocent third parties: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 889-91. Therefore, it should not be assumed that the state could obtain a warrant in respect of intimate records held by innocent third parties as easily as the Chief Justice and Sopinka J. now suggest. Nor, in my view, should the accused be entitled to com-

une atteinte grave à la vie privée des plaignantes, atteinte qui risque de dissuader les victimes d'agression sexuelle de déposer des plaintes, ou encore, si elles portent plainte, de les dissuader de suivre des thérapies.

Ainsi que le notent le Juge en chef et le juge Sopinka, il existe des moyens de restreindre l'étendue de l'atteinte à la vie privée résultant d'une ordonnance de production. Cependant, malgré ces mesures, la divulgation forcée de dossiers thérapeutiques à la défense demeure une grave atteinte à la vie privée des plaignantes et un facteur susceptible de les dissuader de porter plainte et de suivre une thérapie. De plus, la production de tels dossiers risque d'avoir une incidence sur l'intégrité du processus judiciaire. Les juges doivent soupeser soigneusement ces conséquences lorsqu'ils décident s'ils doivent ordonner la production de ces dossiers.

Comme argument supplémentaire en faveur d'un fardeau moins lourd pour l'accusé, le Juge en chef et le juge Sopinka assimilent l'accusé à un agent de l'État qui requiert un mandat de perquisition en vertu de l'al. 487(1)(b) du *Code criminel*. Ils soutiennent qu'en vertu de l'al. 487(1)(b) «le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers» (par. 34) quand il y a des motifs raisonnables de croire qu'ils fourniront une preuve. Puisque l'interprétation de l'al. 487(1)(b) n'est pas en cause en l'espèce, je limiterai mes observations au strict minimum. Toutefois, je dois exprimer mon désaccord avec l'affirmation de mes collègues que le ministère public peut toujours obtenir un mandat de perquisition en vue d'obtenir la production de dossiers thérapeutiques de tiers innocents en établissant simplement l'existence de «motifs raisonnables». Bien au contraire, dans une décision rédigée par le Juge en chef (alors juge puîné), notre Cour a décidé qu'un juge peut refuser un mandat de perquisition, même si l'exigence légale de «motifs raisonnables» est remplie, afin de protéger les droits fondamentaux de tiers innocents: *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pp. 889 à 891. On ne peut donc présumer que l'État pourra obtenir un mandat qui viserait des dossiers privés en la possession de tiers innocents,

pel production of such records without a rigorous inquiry into the relevance of the records and the salutary and deleterious effects of compelling their production.

161 I would add that where the defence seeks to justify disclosure on the basis of anticipated relevance to particular issues, some inquiry is warranted into whether or not these issues are collateral to the real issues at trial. Since the defence cannot pursue inconsistencies on collateral issues, the defence is really no better off having production on that issue. It follows that failure to produce information relating only to collateral issues will not impair the accused's right to full answer and defence. See, e.g., *R. v. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467 (Ont. C.A.); *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.).

162 At the opposite end of the spectrum, where material is found that is essential to the accused's ability to make full answer and defence, then justice dictates that this material be produced, even if this information was not argued as a basis for production by the defence. However, in some such cases, sensitivity to the complainant's privacy rights and security of the person might dictate that the complainant be given the option of withdrawing from the prosecution rather than facing production of the records in question.

163 In that vein, where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective: *Dagenais, supra*. The court should not release classes of records, but rather should inspect each individual record for materiality. Records that are to be produced should be vetted with a view to protecting the witness's privacy, while nonetheless maintaining sufficient detail to make the contents meaningful to the reader. The judge may, in cer-

aussi facilement que le Juge en chef et le juge Sopinka le prétendent. À mon avis, l'accusé ne devrait pas non plus avoir le droit de forcer la production de tels dossiers sans examen rigoureux de leur pertinence et des effets bénéfiques ou préjudiciables d'une telle production.

J'ajouterais que, lorsque la défense tente de justifier la divulgation de dossiers en se fondant sur leur pertinence anticipée en relation avec des questions en litige, il y a lieu de se demander si ces questions sont ou non accessoires aux véritables questions en cause au procès. Comme la défense n'est pas autorisée à contredire des réponses sur des questions accessoires, elle ne saurait être dans une meilleure position en obtenant la production de renseignements sur cette question accessoire. Il s'ensuit que l'omission de produire des renseignements se rapportant uniquement à des questions accessoires ne portera pas atteinte aux droits de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Voir, par exemple, *R. c. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467 (C.A. Ont.); *R. c. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.).

À l'autre extrémité du spectre, lorsque des documents s'avèrent essentiels pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière, la justice exige que ces documents soient produits, même si ces renseignements n'avaient pas été considérés par la défense comme base de la requête pour production. Cependant, dans certains de ces cas, l'obligation de tenir compte des droits à la protection de la vie privée et à la sécurité de la personne de la victime impose que la plaignante puisse avoir l'option de se désister de la poursuite au lieu de faire face à la production des dossiers en question.

Dans cette veine, lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif: *Dagenais, précité*. Le tribunal ne devrait pas communiquer des catégories de dossiers, mais il devrait plutôt examiner chaque dossier pour savoir s'il est substantiel. Les dossiers à produire devraient être édités dans le but de protéger la vie privée du témoin, tout en conservant suffisamment de détails pour que le contenu



tain cases, wish to hear submissions on whether the vetting of the records should be assisted by counsel for the complainant, for the guardian of the records, or for the Crown. It will generally be appropriate, moreover, to review the records *in camera*, and to keep the records sealed and in the custody of the registrar. Depending upon the sensitivity of the records, the court should consider prohibiting the making of any reproductions of those records and imposing a publication ban on such terms as are deemed appropriate. In exceptional cases, the court may consider making an order prohibiting defence counsel from discussing the contents of these records with the accused. Finally, I agree with the Court of Appeal that it is appropriate that all records produced to the court but not ultimately to the defence be sealed and retained in the file in the event that they should need to be reviewed later. These procedures are part and parcel of the process of ensuring that privacy rights are minimally impaired while nonetheless furthering the objective of guaranteeing the accused full answer and defence and a fair trial.

#### (v) Admissibility

I cannot emphasize enough that the guidelines outlined above are clearly not synonymous with the test for admissibility of evidence at trial, outlined in *Seaboyer* and in s. 276 of the *Code*. Disclosure and production are broader concepts than admissibility and, as such, evidence which is produced to the defence will not necessarily be admissible at trial.

Indeed, in most cases, private records relating to the counselling or treatment of the complainant will be irrelevant and inadmissible hearsay evidence. Notes of statements made by a complainant in a therapeutic context are inherently unreliable because they are frequently not prepared contemporaneously with the statements, are not intended to be an accurate record of the statements, and are not ratified by the complainant. Moreover, they touch on a variety of topics not relevant to the issues at trial or the complainant's competence to

ait une signification pour le lecteur. Le juge peut, dans certains cas, vouloir entendre les parties sur la question de savoir si, pour l'édition des dossiers, il devrait se faire aider par le procureur de la plaignante, par celui du gardien des dossiers ou par le substitut du procureur général. En outre, il conviendra généralement d'examiner les dossiers à huis-clos, de les garder sous scellés et de les confier à la garde du greffier. Selon le caractère délicat des dossiers, le tribunal devrait envisager d'interdire toute reproduction de ces dossiers et imposer une interdiction de publication aux conditions qu'il juge appropriées. Dans les cas exceptionnels, le tribunal peut envisager de rendre une ordonnance interdisant au procureur de la défense de discuter du contenu de ces dossiers avec l'accusé. En dernier lieu, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel il conviendrait que tous les documents produits au tribunal mais non divulgués soient scellés et conservés au dossier au cas où ils devraient être examinés plus tard. Ces procédures font partie intégrante du processus visant à minimiser le plus possible l'atteinte au droit à la vie privée tout en garantissant à l'accusé une défense pleine et entière et un procès équitable.

#### (v) L'admissibilité

Je ne saurais assez insister sur le fait que les lignes directrices énoncées ci-dessus ne correspondent pas nécessairement au test énoncé dans l'arrêt *Seaboyer* et à l'art. 276 du *Code* régissant l'admissibilité de la preuve lors du procès. La divulgation et la production sont des notions plus larges que l'admissibilité et, en conséquence, les éléments de preuve divulgués à la défense ne seront pas nécessairement admissibles lors du procès.

En fait, dans la plupart des cas, les dossiers privés qui se rapportent aux conseils socio-psychologiques reçus par la plaignante ou aux traitements qu'elle a suivis ne seront pas pertinents et constitueront une preuve par ouï-dire irrecevable. Les notes portant sur des déclarations faites par une plaignante dans un contexte thérapeutique sont, de façon inhérente, sujettes à caution parce qu'elles n'ont pas été préparées en même temps que les déclarations, ne sont pas censées constituer un enregistrement précis des déclarations et ne

testify. As I have observed earlier in these reasons, there is a real risk that statements having little or no real relevance may be taken out of context as a basis for unwarranted inferences.

sont pas ratifiées par la plaignante. Qui plus est, elles touchent à un grand nombre de sujets qui ne se rapportent pas aux questions soulevées dans l'instance ou à l'habileté de la plaignante à témoigner. Comme je l'ai fait remarquer précédemment dans ces motifs, il existe un risque réel que des déclarations peu ou non vraiment pertinentes puissent être utilisées hors de leur contexte afin d'en inférer des conclusions injustifiées.

1995 CanLII 51 (SCC)

166 In any event, the admissibility of the records as evidence must be determined if and when the accused seeks to introduce them. The fact that records have been ordered produced to the defence does not mean that the records are necessarily admissible.

De toute façon, l'admissibilité des dossiers à titre d'éléments de preuve doit être réglée au moment où l'accusé cherche à les mettre en preuve. Le fait que la production de dossiers à la défense ait été ordonnée ne signifie pas que les dossiers soient nécessairement admissibles.

167 I now turn to the last issue argued before this Court, which is the question of the proper forum for an application for production, and the timing of such an application.

Je passe maintenant à la dernière question plaidée devant notre Cour, qui est de savoir à quel tribunal doit être adressée une demande de production et à quel moment une telle demande doit être présentée.

(vi) Forum and Timing

(vi) La tribune et l'étape appropriée

(a) *Preliminary Inquiry*

a) *L'enquête préliminaire*

168 In *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, this Court stated that the powers of a preliminary inquiry judge are only those conferred either expressly by statute or by necessary implication. Since there is no explicit statutory authority for an order requiring third parties to produce private records to the defence at a preliminary inquiry, the power to make such an order, if it exists, must be necessarily incidental to some other statutory power.

Dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, notre Cour a statué que les pouvoirs d'un juge président une enquête préliminaire se limitent à ceux qui lui sont conférés expressément ou implicitement par la loi. Étant donné qu'il n'y a pas de disposition législative explicite visant une ordonnance obligeant les tiers à divulguer à la défense des dossiers privés lors de l'enquête préliminaire, le pouvoir de rendre une telle ordonnance, s'il existe, doit être accessoire à un autre pouvoir conféré par la loi.

169 The primary function of the preliminary inquiry, which is clearly set out in s. 548(1) of the *Code*, is undoubtedly to ascertain that the Crown has sufficient evidence to commit the accused to trial. See also *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. Over time, however, the preliminary inquiry appears to have taken upon itself an ancillary purpose, which is to afford the accused an opportunity to discover and appreciate the case to be made against him at trial: *Skogman v. The Queen*, [1984]

La principale fonction de l'enquête préliminaire, énoncée clairement au par. 548(1) du *Code*, est à n'en pas douter de vérifier si le ministère public a une preuve suffisante pour renvoyer l'accusé à procès. Voir également *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. Avec le temps, cependant, l'enquête préliminaire semble s'être donné un but accessoire, qui est de fournir à l'accusé l'occasion de découvrir et d'évaluer la preuve que le ministère public entend présenter contre lui lors du procès:

2 S.C.R. 93. This judicially inspired expansion of the nature and ambit of the preliminary inquiry has been attributed by learned commentators to the historical lack of any formal, institutionalized procedures by which an accused could obtain full and effective disclosure of the Crown's case. (See *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (Ont. C.A.), at p. 403, *per* Martin J.A., leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v.)

Although preliminary inquiry judges are not permitted to determine the credibility of witnesses, one might hazard to say that the ancillary purpose of "discovery" has lately begun to eclipse the primary purpose of sparing the accused the gross indignity of being placed on trial in circumstances where there is simply insufficient evidence to justify holding the trial at all. One provincial court judge, in the course of a thoughtful discussion on the evolving role of the preliminary inquiry, recently expressed great frustration with this apparent turn of events:

... the preliminary hearing or preliminary inquiry has been turned into a nightmarish experience for any provincial court judge. Rules with respect to relevancy have been widened beyond recognition. Cross-examination at a preliminary inquiry now seems to have no limits. Attempts by provincial court judges to limit cross-examination have been perceived by some superior courts as a breach of the accused's right to fundamental justice, a breach of his or her ability to be able to make full answer and defence.

The present state of the preliminary inquiry is akin to a rudderless ship on choppy waters. The preliminary hearing has been turned into a free-for-all, a living hell for victims of crime and witnesses who are called to take part in this archaic ritual.

(*R. v. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (Prov. Ct.), at paras. 9 and 10.)

Nevertheless, the "discovery" aspect of the preliminary inquiry remains, at most, an incidental aspect of what is in essence an inquiry into

*Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93. Cette expansion, inspirée de la jurisprudence, de la nature et de la portée de l'enquête préliminaire a été attribuée par les commentateurs à l'absence historique de toute procédure formelle par laquelle l'accusé pourrait obtenir une divulgation de tous les détails de la preuve du ministère public. (Voir *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (C.A. Ont.), à la p. 403, le juge Martin, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v.)

Bien que les juges qui président une enquête préliminaire ne soient pas autorisés à déterminer la crédibilité des témoins, on pourrait se risquer à dire que le but accessoire de la «communication préalable» a commencé dernièrement à éclipser son objectif principal qui était d'épargner à l'accusé le sérieux outrage de subir un procès dans des circonstances où la preuve n'est tout simplement pas suffisante pour justifier même la tenue d'un procès. Un juge d'une cour provinciale, à l'occasion d'un examen minutieux de l'évolution du rôle de l'enquête préliminaire, a récemment exprimé une grande frustration relativement à cette tournure des événements:

[TRADUCTION] ... l'audience ou enquête préliminaire a tourné au cauchemar pour tout juge de cour provinciale. Les règles relatives à la pertinence ont été élargies de façon méconnaissable. Le contre-interrogatoire lors d'une enquête préliminaire semble maintenant n'avoir plus de limites. Les tentatives des juges de cours provinciales en vue de limiter le contre-interrogatoire ont été perçues par certains tribunaux supérieurs comme une atteinte au droit à la justice fondamentale de l'accusé, une atteinte à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière.

Dans son état actuel, l'enquête préliminaire est une sorte de navire à la dérive dans des eaux agitées. L'enquête préliminaire a tourné à la mêlée générale, est devenue un véritable enfer pour les victimes d'infractions criminelles et les témoins qui sont appelés à participer à ce rituel archaïque.

(*R. c. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (C. prov.), aux par. 9 et 10.)

Néanmoins, la «communication préalable» dans le cadre de l'enquête préliminaire demeure tout au plus un aspect accessoire de ce qui est essentielle-

whether the Crown's evidence is sufficient to warrant the committal of the accused to trial. We must also recognize that the law of disclosure in Canada changed significantly as a result of this Court's decision in *Stinchcombe*, *supra*. *Stinchcombe* recognized that a rigorous duty exists on the Crown to disclose to the defence all information in its possession, both inculpatory and exculpatory, which is not clearly irrelevant or privileged. While the Crown retains a discretion as to what is "clearly irrelevant", this discretion is reviewable by the trial judge at the instance of the defence. In short, *Stinchcombe* marked the dawn of a new era in disclosure to the defence, by transforming a professional courtesy into a formal obligation. Failure by the Crown to comply with this obligation may, particularly when motivated by an intention to withhold relevant information, result in the drastic remedy of a stay of proceedings. Consequently, in light of *Stinchcombe* and other decisions of this Court that have elaborated on those disclosure guidelines (*R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Chaplin*, *supra*), it may be necessary to reassess the extent to which the "discovery" rationale remains appropriate as a consideration in the conduct of the modern-day preliminary inquiry.

ment un examen en vue de déterminer si la preuve à charge est suffisante pour justifier le renvoi à procès. Nous devons également admettre que le droit régissant la divulgation au Canada a changé de façon importante à la suite de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Stinchcombe*, précité. On y a reconnu que le ministère public a l'obligation stricte de divulguer à la défense tous les renseignements en sa possession, qu'ils soient inculpatatoires ou exculpatatoires, à l'exception de renseignements manifestement non pertinents ou privilégiés. Bien que le ministère public conserve un pouvoir discrétionnaire de décider ce qui «n'est manifestement pas pertinent», ce pouvoir discrétionnaire est susceptible de révision par le juge du procès à la demande de la défense. En résumé, l'arrêt *Stinchcombe* a marqué l'aube d'une ère nouvelle en matière de divulgation à la défense des détails de la preuve, en transformant en obligation formelle ce qui n'était auparavant qu'un geste de courtoisie professionnelle. L'omission par le ministère public de se conformer à cette obligation peut, particulièrement lorsqu'elle est motivée par l'intention de cacher des renseignements pertinents, entraîner la réparation draconienne que constitue l'arrêt des procédures. Par conséquent, compte tenu de l'arrêt *Stinchcombe* et d'autres arrêts de notre Cour qui ont élaboré sur ces lignes directrices en matière de divulgation (*R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Chaplin*, précité), il peut être nécessaire de réévaluer la mesure dans laquelle le fondement de la «communication des pièces du dossier avant l'audience» reste approprié à la conduite de l'enquête préliminaire moderne.

1995 CanLII 51 (SCC)

172 The more limited question for the purposes of this appeal, however, is whether the judge at a preliminary inquiry may consider applications for production of private records held by third parties.

Cependant, aux fins du présent pourvoi, la question plus limitée est de savoir si le juge président l'enquête préliminaire peut connaître des demandes de production de dossiers privés détenus par des tiers.

173 It is beyond doubt that the statutory powers of a preliminary inquiry judge include the power to order witnesses to give evidence. Section 545 of the *Code*, for example, contemplates that a preliminary inquiry judge may require a witness to produce documents. However, the jurisdiction of a judge at a preliminary inquiry must be interpreted

Il va sans dire que les pouvoirs que la loi accorde au juge président l'enquête préliminaire comprennent celui d'ordonner aux témoins de déposer. Par exemple, l'art. 545 du *Code* prévoit le cas où un juge peut, lors de l'enquête préliminaire, exiger d'un témoin qu'il produise des documents. Cependant, la compétence du juge à l'enquête pré-

in light of the essential purpose of the inquiry, which is to assess whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. The preliminary inquiry judge does not have the power to inquire into other matters, or to order the production of documents which are not related to this assessment.

In *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, for instance, this Court held that a preliminary inquiry judge had no power to compel production of a statement made to police by a prosecution witness. It is apparent that the Court was of the view that production of such a statement was not related to the purpose of the preliminary inquiry. On behalf of the majority, Judson J. stated (at p. 412):

The purpose of a preliminary inquiry is clearly defined by the *Criminal Code* — to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. It is not a trial and should not be allowed to become a trial. We are not concerned here with the power of a trial judge to compel production during the trial nor with the extent to which the prosecution, in fairness to an accused person, ought to make production after the preliminary hearing and before trial.

(See also *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. viii.) Similarly, I do not see how private records in the hands of third parties could ever be relevant to the issues at a preliminary inquiry.

In addition, it is crucial not to lose sight of the fundamental rationale for allowing an accused to obtain production of private records. The records are not part of the Crown's case against the accused; consequently, the purpose of ordering their production is not to give the accused advance notice of the case to meet. Nor would the records be produced for the purpose of providing possible leads for the defence's own "investigation" — third parties have no obligation to assist the defence in this manner. Rather, the sole basis on which third parties may be compelled to produce the records to the defence is that it would be unfair for an accused to be convicted if, as a result of evi-

liminaire doit être interprétée en fonction de l'objet fondamental de l'enquête, qui est de déterminer si le ministère public a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à procès. Le juge qui préside une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir d'examiner d'autres questions ni celui d'ordonner la production de documents qui n'ont aucun rapport avec cet examen.

Dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, notre Cour a statué que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir de forcer la production d'une déclaration faite à la police par un témoin à charge. De toute évidence, notre Cour était d'avis que la production d'une telle déclaration n'avait aucun rapport avec l'objet de l'enquête préliminaire. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, affirme (à la p. 412):

Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un. Il ne s'agit pas ici de la faculté qu'a le juge du procès d'exiger la production de pièces au cours du procès, ni de la mesure où la poursuite, par loyauté envers le prévenu, doit la faire entre l'enquête préliminaire et le procès.

(Voir aussi *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1983] 2 R.C.S. viii.) De même, je ne vois pas comment des dossiers privés détenus par des tiers pourraient être de quelque façon pertinents dans le cadre d'une enquête préliminaire.

En outre, il est important de ne pas perdre de vue la raison fondamentale qui justifie qu'un accusé obtienne la divulgation de dossiers privés. Les dossiers ne font pas partie de la preuve que fait valoir le ministère public contre l'accusé; par conséquent, en ordonnant leur divulgation, le but n'est pas de permettre à l'accusé de connaître d'avance la «preuve complète» à laquelle il devra répondre. Les dossiers ne devraient pas non plus être divulgués afin de fournir des pistes possibles permettant à la défense de mener sa propre «enquête» — les tiers ne sont pas tenus d'aider la défense de cette manière. Loin de là, les tiers ne peuvent être tenus de divulguer les dossiers à la défense que pour

dence having significant probative value being unjustifiably withheld from the defence, the accused were unable to put this evidence before the trier of fact.

176 Since a preliminary inquiry is not a final determination of guilt, this fundamental rationale for ordering production is inapplicable. It follows that, while production of the records at the preliminary inquiry would no doubt be useful to the defence, there is no constitutional imperative at that stage that would justify an infringement of the privacy rights of the subject of the records.

177 For these reasons, I am of the view that a preliminary inquiry judge is without jurisdiction to order the production of private records held by third parties.

(b) *Pre-trial Applications*

178 The disclosure order in the present case, however, did not emanate from a preliminary inquiry judge. Rather, it was issued in response to a pre-trial application by the defence before Campbell A.C.J., who was not seized of the trial. There is no question that Campbell A.C.J. had jurisdiction to make the order requested. However, for the following reasons, it is my view that even a superior court judge should not, in advance of the trial, entertain an application for production of private third party records.

179 In the first place, such applications should be heard by the judge seized of the trial, rather than a pre-trial judge. In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, this Court had occasion to examine the reviewability of a pre-trial severance order issued by a judge who was not seized of the trial. Although it noted that the collateral attack rule ordinarily precluded a trial judge from reviewing orders made by judges of concurrent jurisdiction, it

l'unique raison qu'il serait injuste qu'un accusé soit déclaré coupable parce que, sans raison valable, un élément de preuve ayant une valeur probante importante n'était pas communiqué à la défense, et que, en conséquence, l'accusé n'était pas en mesure de présenter cette preuve au juge des faits.

Étant donné qu'une enquête préliminaire ne constitue pas une décision définitive en ce qui concerne la culpabilité d'un accusé, la raison fondamentale d'ordonner la divulgation ne s'applique pas. Il en découle que, bien que la production des dossiers à l'enquête préliminaire soit sans doute utile pour la défense, il n'existe aucune obligation constitutionnelle à cette étape qui justifierait une atteinte au droit à la vie privée de la personne visée par les dossiers.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas compétence pour ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers.

b) *Requêtes préalables au procès*

En l'espèce, cependant, l'ordonnance de divulgation n'émanait pas du juge présidant une enquête préliminaire. Elle a plutôt été rendue à la suite d'une requête préalable au procès que la défense avait présentée devant le juge en chef adjoint Campbell, qui n'était pas lui-même saisi de l'affaire. Il n'y a pas de doute que le juge en chef adjoint Campbell avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que même un juge d'une cour supérieure ne devrait pas, avant le procès, entendre une demande de divulgation de dossiers privés en la possession d'un tiers.

Tout d'abord, de telles demandes devraient être entendues par le juge du procès plutôt que par un juge chargé d'entendre les requêtes préalables au procès. Dans l'arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, notre Cour a eu l'occasion de décider si une ordonnance de séparation des chefs d'accusation, rendue avant le procès par un juge autre que le juge du procès, pouvait être révisée. Bien qu'elle ait fait remarquer que la règle interdisant les

concluded that the rationales of the collateral attack rule did not apply in the case of a pre-trial division and severance order. More significantly, for our purposes, it went on to discuss practical and policy reasons why it was most desirable for only the judge seized of the trial to make orders of this nature (at p. 353):

Not only are trial judges better situated to assess the impact of the requested severance on the conduct of the trial, but limiting severance orders to trial judges avoids the duplication of efforts to become familiar enough with the case to determine whether or not a severance order is in the interests of justice.

Orders for production of private records held by third parties are, in my view, governed by similar logic.

In addition, it is desirable for the judge hearing an application for production to have had the benefit of hearing, and pronouncing upon, the defence's earlier applications, so as to minimize the possibility of inconsistency in the treatment of two similar applications. Otherwise, the possibility of such inconsistency raises the spectre of situations in which production is ordered by a pre-trial judge under circumstances later discovered to be unfounded at trial. The privacy rights of the complainant will have been infringed for naught.

More generally, for the following reasons, it is my view that applications for production of third party records should not be entertained before the commencement of the trial, even by the judge who is seized of the trial. First, the concept of pre-trial applications for production of documents held by third parties is alien to criminal proceedings. In criminal matters, witnesses can only be compelled to give evidence at trial. A prospective witness is not obliged to cooperate with either the Crown or

attaques collatérales empêchait le juge du procès de réviser les ordonnances rendues par des juges d'une juridiction concurrente, elle a conclu que la philosophie sous-jacente à la règle interdisant les attaques collatérales ne s'appliquait pas dans le cas d'une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès. Ce qui est toutefois plus important en ce qui nous concerne, c'est que la Cour a ensuite examiné les raisons pratiques pour lesquelles il était très souhaitable que seul le juge du procès rende des ordonnances de cette nature (à la p. 353):

Non seulement le juge du procès est-il mieux placé pour évaluer l'effet de la séparation demandée sur la conduite du procès, mais limiter au juge du procès les ordonnances de séparation des chefs d'accusation permet d'éviter le dédoublement des efforts déployés pour acquérir une connaissance du dossier suffisante pour déterminer si les intérêts de la justice exigent une telle ordonnance.

Les ordonnances de production des dossiers privés en la possession de tiers sont, à mon avis, régies par une logique semblable.

De plus, il est souhaitable que le juge qui entend une demande de production ait eu l'avantage d'entendre et de trancher les demandes antérieures de la défense, de façon à minimiser la possibilité de contradiction dans le traitement de deux requêtes semblables. Si tel n'est pas le cas, la possibilité d'une telle contradiction risque d'entraîner des situations dans lesquelles la production de dossiers est ordonnée par un juge qui entend la requête avant la tenue du procès dans des circonstances considérées plus tard lors du procès comme n'étant pas fondées. Les droits à la protection de la vie privée du plaignant auront été violés inutilement.

De façon plus générale, pour les motifs suivants, je suis d'avis que les demandes de production de dossiers de tiers ne devraient pas être entendues avant le début du procès, même par le juge du procès. Premièrement, le concept de demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers est étranger aux procédures criminelles. Dans les affaires criminelles, les témoins ne peuvent être obligés de déposer qu'au procès. Un témoin éventuel n'est tenu de collaborer ni

the defence before the trial, and a court should not compel the witness to provide the defence with a preview of his or her evidence. I am not persuaded that prospective defence witnesses in sexual assault cases should be treated any differently.

182 Second, if pre-trial applications for production from third parties were permitted, it would invite fishing expeditions, create unnecessary delays, and inconvenience witnesses by requiring them to attend court on multiple occasions. Moreover, a judge is not in a position, before the beginning of the trial, to determine whether the records in question are relevant, much less whether they are admissible, and will be unable to balance effectively the constitutional rights affected by a production order (see *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3).

183 Proponents of a pre-trial procedure argue that without such a procedure, an accused might not obtain access to important records until it is too late. However, the situation would be no different in any other trial in which a witness has refused to cooperate with the defence. I cannot emphasize enough that the records here in question do not form part of the Crown's case against the accused, and that the accused consequently has no right to advance notice of their contents. Nor does the accused have any right to search the records for potential leads. The sole ground on which third parties may be compelled to produce the records to the defence is if they have probative value in respect of the issues in the trial, or the competence to testify of the subject of the records, that is not significantly outweighed by prejudice to the administration of justice or to the subject's privacy and equality rights. I am not persuaded that this purpose requires that the accused have access to the documents in advance of the trial.

avec le ministère public ni avec la défense avant le procès et un tribunal ne devrait pas obliger le témoin à fournir à la défense un aperçu de son témoignage. Je ne suis pas convaincue que des témoins éventuels de la défense dans des affaires d'agressions sexuelles devraient être traités différemment.

Deuxièmement, encourager la demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers favoriserait les parties de pêche, entraînerait des délais inutiles et causerait un préjudice aux témoins en les obligeant à se présenter devant le tribunal à plusieurs reprises. Qui plus est, un juge n'est pas en position, avant le début du procès, de déterminer si les dossiers en question sont pertinents, encore moins s'ils sont admissibles, et sera incapable de soupeser de manière efficace les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production (voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3).

Ceux qui favorisent une procédure préalable au procès soutiennent que, sans une telle procédure, un accusé pourrait ne pas avoir accès, en temps opportun, à des dossiers importants. Toutefois, la situation ne serait pas différente dans tout autre procès où un témoin a refusé de collaborer avec la défense. Je tiens encore à souligner que les dossiers visés en l'espèce ne font pas partie de la preuve que le ministère public fait valoir contre l'accusé et que l'accusé n'a, par conséquent, aucun droit de connaître d'avance le contenu de ces éléments de preuve. L'accusé n'a pas non plus le droit d'examiner les dossiers pour y rechercher des pistes éventuelles. Le seul motif pour lequel des tiers pourraient être tenus de produire des dossiers à la défense est qu'ils ont une valeur probante relativement aux questions en litige, ou à l'habileté des sujets de ces dossiers à témoigner, valeur probante sur laquelle ne l'emportent pas substantiellement le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit de la personne visée au respect de sa vie privée et à son droit à l'égalité. Je ne suis pas convaincue que cet objectif exige que l'accusé ait accès aux documents avant le procès.



For these reasons, I am firmly of the view that applications for production of private records held by third parties should only be entertained at the trial.

### III. Summary

In summary, on the issue of abuse of process for non-disclosure by the Crown, I conclude that there is no need to maintain any type of distinction between the common law doctrine of abuse of process and *Charter* requirements regarding abusive conduct. On the facts of this case, no such abusive conduct by the Crown has been demonstrated and a stay of proceedings was not appropriate.

On the issue of production of private records held by third parties, courts must balance the right of an accused to a fair trial with the competing rights of a complainant to privacy and to equality without discrimination. Since this exercise has not been done in this case, I agree with the Court of Appeal that a new trial should be ordered.

### IV. Conclusion and Disposition

Since I am of the opinion that the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge erred in staying the proceedings against the appellant, I would dismiss the appeal and dispose of this matter in the manner suggested by the Court of Appeal.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY J. — The actions of Crown counsel originally responsible for the prosecution of this case were extremely high-handed and thoroughly reprehensible. Nonetheless, I cannot agree with Justice Major that the misdeeds of the Crown were such that, upon a consideration of all the circumstances of this case, the drastic remedy of a stay was merited. Like Justice L'Heureux-Dubé and the Court

Pour ces motifs, je suis fermement d'avis que les requêtes en production de dossiers privés en la possession de tiers ne devraient être entendues qu'au procès.

### III. Sommaire

En résumé, quant à la question de l'abus de procédures relativement à la non-divulgence de renseignements par le ministère public, je conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir quelque genre de distinction que ce soit entre la doctrine de l'abus de procédures en common law et les exigences de la *Charte* en ce qui concerne la conduite abusive. Dans le dossier qui nous occupe, la preuve ne révèle pas que le ministère public ait eu une telle conduite abusive, et l'arrêt des procédures était inapproprié.

En ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, les tribunaux doivent soupeser le droit d'un accusé à être jugé équitablement en regard des droits d'une plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination. Comme cette pondération n'a pas été faite en l'espèce, je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

### IV. Conclusion et dispositif

Comme j'estime que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur en arrêtant les procédures prises contre le requérant, je rejetterais le pourvoi et je disposerais de l'appel de la manière proposée par la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE CORY — Les actes du substitut du procureur général initialement chargé de la poursuite en l'espèce étaient extrêmement arrogants et tout à fait répréhensibles. Néanmoins, je ne puis souscrire à l'opinion du juge Major selon laquelle les méfaits du ministère public étaient tels que, après examen de toutes les circonstances de l'espèce, le tribunal était justifié de recourir à la réparation dra-

184

185

1995 CanLII 51 (SCC)

186

187

188

of Appeal for British Columbia, I do not think that this is one of those clearest of cases which merits the imposition of the ultimate remedy of a stay.

conienne qu'est l'arrêt des procédures. À l'instar du juge L'Heureux-Dubé et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que ce soit l'un des cas les plus manifestes qui justifie la réparation ultime que constitue l'arrêt des procédures.

189 I agree with the result reached by L'Heureux-Dubé J. and many of her conclusions pertaining to privacy and privilege. However, I concur with the reasons of the Chief Justice and Justice Sopinka with respect to their holding that the principles set forth in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, affirmed in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, pertaining to the Crown's duty to disclose must apply to therapeutic records in the Crown's possession.

Je suis d'accord avec le résultat retenu par le juge L'Heureux-Dubé et avec bon nombre de ses conclusions sur la protection de la vie privée et l'existence d'un privilège. Toutefois, je souscris aux motifs du Juge en chef et du juge Sopinka pour ce qui est de leur conclusion selon laquelle les principes relatifs à l'obligation de divulguer du ministère public, énoncés dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et confirmés dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, doivent s'appliquer aux dossiers thérapeutiques en sa possession.

190 I further agree with the Chief Justice and Sopinka J. as to the procedure they suggest for determining whether records in the possession of third parties are likely to be relevant. As well, I am in agreement with their reasons pertaining to the nature of the onus resting upon the accused and the nature of the balancing process which must be undertaken by the trial judge.

Je suis également d'accord avec le Juge en chef et le juge Sopinka quant à la procédure qu'ils proposent pour déterminer si les dossiers en la possession de tiers sont susceptibles d'être pertinents. De plus, je souscris à leurs motifs relativement à la nature du fardeau incombant à l'accusé et à la nature du processus de pondération auquel le juge du procès doit recourir.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

191 MCLACHLIN J. — I have read the reasons of my colleagues. I concur entirely in those of Justice L'Heureux-Dubé and wish only to add this comment in support of the position she adopts.

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues. Je souscris entièrement à ceux du juge L'Heureux-Dubé et je désire seulement ajouter l'observation suivante à l'appui de la position qu'elle adopte.

192 Discovery on criminal cases must always be a compromise. On the one hand stands the accused's right to a fair trial. On the other stands a variety of contrary considerations. One of these contrary considerations is the protection of privacy of third parties who find themselves, through no fault of their own, caught up in the criminal process. Another is the increase in the length and complexity of trials which exhaustive discovery proceedings may introduce. Both impact adversely and heavily on the public.

Dans les affaires criminelles, la communication préalable doit toujours être un compromis. D'un côté, il y a le droit de l'accusé à un procès équitable. De l'autre, il y a diverses considérations contraires. L'une d'elles est la protection de la vie privée des tiers qui, sans avoir commis de faute, se trouvent pris dans le processus pénal. Une autre de ces considérations est la longueur et la complexité accrues des procès auxquels peuvent mener des communications préalables poussées. Ces deux considérations ont des conséquences graves et préjudiciables pour le public.

The task before us on this appeal is to devise a test for the production of records held by third parties which preserves the right of an accused to a fair trial while respecting individual and public interest in privacy and the efficient administration of justice. The key to achieving this lies in recognition that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. What 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, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. Perfection in justice is as chimeric as perfection in any other social agency. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

Perfect justice in the eyes of the accused might suggest that an accused person should be shown every scintilla of information which might possibly be useful to his defence. From the accused's perspective, the catalogue would include not only information touching on the events at issue, but anything that might conceivably be used in cross-examination to discredit or shake a Crown witness. When other perspectives are considered, however, the picture changes. The need for a system of justice which is workable, affordable and expeditious; the danger of diverting the jury from the true issues; and the privacy interests of those who find themselves caught up in the justice system — all these point to a more realistic standard of disclosure consistent with fundamental fairness. That, and nothing more, is what the law requires.

I believe the test proposed by L'Heureux-Dubé J. strikes the appropriate balance between the desire of the accused for complete disclosure from everyone of everything that could conceivably be helpful to his defence, on the one hand, and the constraints imposed by the trial process and privacy interests of third parties who find themselves

En l'espèce, nous devons concevoir pour la production de dossiers détenus par des tiers un critère qui préserve le droit de l'accusé à un procès équitable tout en respectant le droit des particuliers et du public à la protection de la vie privée et l'administration efficace de la justice. Pour y parvenir, il faut reconnaître que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Le 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, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. Il est aussi utopique de chercher la perfection dans les institutions judiciaires que de la chercher dans tout autre organisme social. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.

Du point de vue de l'accusé, pour que la justice soit parfaite, il faudrait qu'il soit mis au courant de chaque éléments d'information susceptible d'être utile pour sa défense. La liste devrait alors comprendre non seulement les renseignements concernant les événements en cause mais tout ce qui, en théorie, pourrait servir en contre-interrogatoire à discréditer ou à ébranler un témoin à charge. Lorsqu'on tient compte d'autres points de vue, cependant, il en va autrement. La nécessité d'avoir un système de justice qui fonctionne et qui soit abordable et rapide, le danger de détourner le jury des vraies questions en litige et le droit à la protection de la vie privée de ceux qui se trouvent pris dans le système de justice sont tous des éléments qui convergent vers une norme de divulgation plus réaliste et compatible avec l'équité fondamentale. Voilà ce qu'exige la loi, et rien de plus.

Je crois que le critère proposé par le juge L'Heureux-Dubé trouve le juste équilibre entre le désir de l'accusé de se voir divulguer par chacun tout ce qui, en théorie, pourrait servir à sa défense, d'une part, et les contraintes imposées par le processus judiciaire et le droit à la protection de la vie privée des tiers qui se trouvent pris dans le système

caught up in the justice system, on the other, all without compromising the constitutional guarantee of a trial which is fundamentally fair.

196 I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

197 MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé, and agree that common law abuse of process has been subsumed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and should not be considered separately unless circumstances arise to which the *Charter* does not apply, which is not the case in this appeal. The party alleging abuse of process must prove on a balance of probabilities that a violation of the *Charter* has occurred. Upon proving this, a variety of remedies are available under s. 24(1).

198 With respect, I am unable to agree that a stay of proceedings was not appropriate. The conduct of the Crown in this case both impaired the ability of the accused to make full answer and defence and contravened fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency. This is so having regard to the failure of the Crown to disclose information within its control to alleged offences that were many years old. The remedy of a stay was within the trial judge's discretion and was appropriate under the circumstances.

### I. History of Crown Conduct

199 The circumstances giving rise to the complaints in this case occurred between January 1, 1964 and November 1, 1967. The appellant was charged by indictment dated November 6, 1991, 24 years after the last incident alleged. The long delay in charges being laid made the gathering of evidence difficult for both the Crown and defence. Some witnesses were dead or incompetent and some records were

de justice, d'autre part, le tout sans mettre en péril la garantie constitutionnelle d'un procès qui soit fondamentalement équitable.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et je suis d'accord pour dire que l'abus de procédure reconnu en common law a été considéré comme compris dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne devrait pas être examiné séparément à moins qu'il ne survienne des circonstances auxquelles la *Charte* ne s'applique pas, ce qui n'est pas le cas dans le présent pourvoi. La partie qui allègue l'abus de procédure doit prouver selon une prépondérance des probabilités qu'il y a eu violation de la *Charte*. Cette preuve faite, il y a ouverture à diverses mesures de réparations aux termes du par. 24(1).

En toute déférence, je ne saurais convenir qu'un arrêt des procédures n'était pas approprié. La conduite du ministère public en l'espèce a nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière et a aussi violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Il en est ainsi si l'on tient compte de l'omission par le ministère public de divulguer des renseignements sous son contrôle se rapportant à des infractions qui auraient été commises il y a de nombreuses années. Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de recourir à l'arrêt des procédures et cette réparation convenait dans les circonstances.

### I. L'historique de la conduite du ministère public

Les faits à l'origine des plaintes portées en l'espèce sont survenus entre le 1<sup>er</sup> janvier 1964 et le 1<sup>er</sup> novembre 1967. L'appelant a été mis en accusation le 6 novembre 1991, soit 24 ans après le dernier incident allégué. Ce long délai a rendu l'obtention d'éléments de preuve difficile tant pour le ministère public que pour la défense. Des témoins étaient décédés ou incapables de déposer

1995 CanLII 91 (SCC)

lost. The defence was entitled to assistance and consideration as it sought to uncover evidence from so long ago.

The case was also unusual in that the accused was, at the time of the alleged offences, a teacher and member of the clergy. Almost 30 years later when the charges had been laid he had become a Bishop of the Roman Catholic Church. It was important that because of the high degree of public interest in the case created by the position of the accused and the nature of the allegations that the accused receive the same treatment by the Crown as any accused person has the right to expect.

It is important in this case not to isolate instances of Crown conduct which, by themselves, are mere irritations or embarrassments. It is when the incidents are seen as a pattern of conduct that the "aura" mentioned by the trial judge becomes evident and the suggestion of it all being a comedy of errors disappears. It is relevant to summarize the actions and lack thereof by the Crown.

In the early stages of investigation Constable Grinstead of the RCMP taped interviews with the complainants. At this point the accused had not yet been charged. Three of these tapes were disclosed to defence counsel in 1991. There were more tapes in the possession and control of the Crown which were not disclosed at that time.

On December 16, 1991, the complainant M.B. and a witness, M.O., made statements to Crown prosecutor Wendy Harvey. The interview with M.O. contained information which tended to conflict with the statement of M.B. and corroborate the story of the accused. This information was not disclosed to the accused until November 25, 1992, 11 months after the initial trial date and five days before the trial date at the time of disclosure.

et des dossiers avaient été perdus. La défense avait droit à une certaine aide et à une certaine considération dans sa tentative de découvrir des éléments de preuve remontant aussi loin dans le temps.

Il s'agissait également d'un cas inhabituel du fait que, à l'époque où les infractions auraient été commises, l'accusé était enseignant et membre du clergé. Presque 30 ans plus tard, au moment où les accusations ont été portées, il était devenu évêque de l'Église catholique romaine. Vu le grand intérêt soulevé dans le public en raison du poste occupé par l'accusé et de la nature des allégations, il était important que ce dernier reçoive du ministère public le même traitement que celui auquel tout autre accusé serait en droit de s'attendre.

Il importe en l'espèce de ne pas isoler les circonstances où la conduite du ministère public en soi ne fait qu'engendrer de l'irritation ou de l'embarras. C'est lorsque les incidents dénotent un certain comportement que le « climat » dont parle le juge du procès devient évident et que disparaît l'hypothèse que tout cela constitue une comédie d'erreurs. Il convient d'esquisser les actes et les omissions du ministère public.

Au début de l'enquête, l'agent Grinstead de la GRC a enregistré des entretiens avec les plaignantes. À ce moment-là, aucune accusation n'avait encore été portée. Trois de ces enregistrements ont été divulgués à l'avocat de la défense en 1991. D'autres enregistrements qui étaient en la possession et sous le contrôle du ministère public n'ont toutefois pas été divulgués à l'époque.

Le 16 décembre 1991, la plaignante M.B. ainsi qu'un témoin, M.O., ont fait des déclarations au substitut du procureur général Wendy Harvey. L'entretien avec M.O. contenait des renseignements qui tendaient à contredire la déclaration de M.B. et à corroborer le récit de l'accusé. Ces renseignements n'ont été divulgués à l'accusé que le 25 novembre 1992, soit 11 mois après la date fixée initialement pour le procès et cinq jours avant la date fixée pour le procès au moment de la divulgation.

200

1995 CanLII 51 (SCC)

201

202

203

204 On May 25, 1992, the Crown gave a list of 14 witnesses to the defence with one-line summaries of what the witnesses would say. The accused should have received entire witness statements. The defence raised this matter before Campbell A.C.J. on June 4, 1992.

205 On June 4, 1992, Campbell A.C.J. made the order for disclosure reproduced in the reasons of L'Heureux-Dubé J. The Crown opposed the application for the order but did not make the policy arguments mentioned later by Ms. Harvey and by the interveners in this case other than mentioning that the complainants would have to disclose details of a personal nature. The Crown argued relevance and the fact that the records were not in their possession. The order granted by Campbell A.C.J. was not appealed. As a result of the order and the insufficient disclosure of the witness statements the trial was adjourned to November 30, 1992.

206 On June 16, 1992, Ms. Harvey wrote to two of the complainants' therapists. She included a copy of the order and described it. Her description narrowed the order to include only information related to alleged sexual assaults by the accused.

207 On July 8, 1992, Ms. Harvey wrote to the complainant P.P. stating that the Crown had resisted the application for the disclosure order, that the Crown intended to go before the Justice and ask for direction and that the Crown was not seeking the records of P.P.'s therapist at that time.

208 On September 21, 1992, Oppal J. expressed surprise that the order had not yet been complied with and said that the Crown should disclose the records. On October 16, 1992, Thackray J., who had been appointed trial judge, expressed similar surprise and ordered disclosure again. At that time the trial judge was given the notes of P.P.'s therapists, which he gave to the accused. On

Le 25 mai 1992, le ministère public a remis à la défense une liste de 14 témoins en plus de résumés d'une ligne de leurs dépositions éventuelles. L'accusé aurait dû recevoir toutes les déclarations des témoins. La défense a soulevé ce point devant le juge en chef adjoint Campbell le 4 juin 1992.

À cette date, le juge en chef adjoint Campbell a rendu l'ordonnance de divulgation reproduite dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé. Le ministère public s'est opposé à la demande d'ordonnance, mais n'a pas présenté les arguments de principe invoqués plus tard par M<sup>e</sup> Harvey et par les intervenants en l'espèce, si ce n'est pour dire que les plaignantes auraient à divulguer des détails de nature personnelle. Le ministère public a soulevé la question de la pertinence et le fait que les dossiers n'étaient pas en sa possession. Il n'a pas été interjeté appel de l'ordonnance rendue par le juge en chef adjoint Campbell. Par suite de l'ordonnance et de la divulgation insuffisante des déclarations des témoins, le procès a été ajourné au 30 novembre 1992.

Le 16 juin 1992, M<sup>e</sup> Harvey a écrit à deux des thérapeutes des plaignantes. Elle a joint une copie de l'ordonnance et en a donné une description comme si elle ne comprenait que des renseignements liés aux présumées agressions sexuelles commises par l'accusé.

Le 8 juillet 1992, M<sup>e</sup> Harvey a écrit à la plaignante P.P. pour l'informer que le ministère public s'était opposé à la demande d'ordonnance de divulgation, qu'il avait l'intention de se présenter devant le juge pour demander des directives et qu'il ne réclamait pas les dossiers du thérapeute de P.P. à ce moment-là.

Le 21 septembre 1992, le juge Oppal a été surpris d'apprendre que l'ordonnance n'avait pas encore été respectée et a déclaré que le ministère public devait divulguer les dossiers. Le 16 octobre 1992, le juge Thackray, qui avait été désigné comme juge du procès, s'est dit également surpris et a ordonné de nouveau la divulgation des dossiers. À ce moment-là, le juge du procès a reçu les notes des thérapeutes de P.P., qu'il a transmises à l'accusé. Le 30 octobre 1992, le ministère public a

October 30, 1992, the Crown informed Thackray J. that further disclosure would be forthcoming.

On October 30, 1992, the Crown gave the court the records of M.B.'s therapist, Dr. Cheaney. The Crown asked that these notes not be turned over to the defence until submissions could be made by Ms. Harvey, who was not present on that day. No such submission had been made by November 19, 1992, when the defence raised the matter of the records again. Mr. Jones, for the Crown, made submissions regarding the relevance of the documents in question and mentioned that Ms. Harvey had submissions concerning victimizing the complainants again by disclosing the documents.

Thackray J., observing that the trial was to commence in ten days, ordered production of the documents in question. Thackray J. also ruled that a diary which the complainant R.R. had used to refresh her memory at the preliminary hearing was to be given to the court so that he could rule on its relevance.

On November 25, 1992, the defence received, in response to a renewed request for disclosure, the transcripts of the M.B. and M.O. interviews as well as two tapes of interviews done by the RCMP early in the investigation. It was also discovered that M.B. had therapists whose names and records had not been disclosed. The files of Dr. Cheaney were found to be incomplete. The defence also received an affidavit sworn by Constable Grinstead which alleged that the defence counsel had not attempted to look at the files held by the RCMP and that all interview tapes had been disclosed the previous year. This information was not correct.

On November 26, 1992, the accused applied for a stay of proceedings, based on non-disclosure by the Crown. Ms. Harvey explained the Crown's actions by pointing out that the law had recently changed to overcome myths and biases surround-

informé le juge Thackray que d'autres renseignements seraient bientôt divulgués.

Le 30 octobre 1992, le ministère public a transmis à la cour les dossiers du thérapeute de M.B., le Dr Cheaney. Le ministère public a demandé que ces notes ne soient pas remises à la défense avant que M<sup>e</sup> Harvey, qui était absente ce jour-là, puisse présenter des arguments. Aucun n'avait encore été présenté le 19 novembre 1992, lorsque la défense a soulevé de nouveau la question des dossiers. M<sup>e</sup> Jones, au nom du ministère public, a présenté des arguments au sujet de la pertinence des documents en question et a mentionné que M<sup>e</sup> Harvey présenterait d'autres arguments relativement au fait que la divulgation des documents léserait de nouveau les plaignantes.

Le juge Thackray a alors fait remarquer que le procès devait commencer dans dix jours et a ordonné la production des documents en question. Il a également décidé que le journal que la plaignante R.R. avait utilisé pour se rafraîchir la mémoire lors de l'enquête préliminaire devait être remis à la cour pour qu'il puisse se prononcer sur sa pertinence.

Le 25 novembre 1992, à la suite d'une nouvelle demande de divulgation, la défense a obtenu la transcription des entretiens de M.B. et de M.O. ainsi que deux enregistrements des entretiens effectués par la GRC au début de l'enquête. On a aussi découvert que M.B. avait été suivie par des thérapeutes dont les noms et les dossiers n'avaient pas été divulgués. Les dossiers du Dr Cheaney se sont révélés incomplets. La défense a également obtenu un affidavit dans lequel l'agent Grinstead alléguait que l'avocat de la défense n'avait pas entrepris de démarches en vue de consulter les dossiers en possession de la GRC et que tous les enregistrements des entretiens avaient été divulgués l'année précédente. Ces renseignements n'étaient pas exacts.

Le 26 novembre 1992, l'accusé a demandé l'arrêt des procédures, en se fondant sur la non-divulgation par le ministère public. M<sup>e</sup> Harvey a expliqué la conduite du ministère public en signalant que le droit avait changé récemment pour

209

1995 CanLII 51 (SCC)

210

211

212

ing victims of sexual assault. She submitted that the order was difficult to enforce given the problems surrounding traditional stereotypes regarding sexual assault. She submitted that the order and the requests of the defence counsel for disclosure exhibited gender bias.

213 Ms. Harvey also submitted that the letters to the therapists included the order and that therefore her faulty summary should not have affected the eventual disclosure of the records. The trial judge pointed out that after the therapists were advised of the true meaning of the order, the full files were disclosed. The trial judge further pointed out that the complainants had authorized production of the records in question. He said that there was not, in reality, a problem.

214 Thackray J. asked why the Crown had not gone back before Campbell A.C.J. to obtain direction, as Ms. Harvey had indicated was her intention in her letter to P.P. The Crown replied that it had instead sought direction from the trial judge. Thackray J. noted that he had ordered production and that the complainants had been forthcoming after that.

215 Ms. Harvey then explained the delays as partially attributable to the difficulties encountered by having two prosecutors in two places handling the case. She submitted that *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, was a recent decision and that the Crown was still struggling with how to cope with the new disclosure rules. Ms. Harvey said that she knew at the time that M.B. and M.O.'s interview transcripts were information that the defence should have had and incredibly suggested that she must have "dreamt" she gave this information to the defence. Other failures to disclose were attributed to inadvertence.

216 The application for a stay was denied on November 27, 1992. Thackray J. felt the delay could be

écarter les mythes et préjugés touchant les victimes d'agression sexuelle. Elle a soutenu que l'ordonnance était difficile à exécuter en raison des problèmes suscités par les stéréotypes traditionnels en matière d'agressions sexuelles. Elle a ajouté que l'ordonnance de divulgation et les requêtes des avocats de la défense à cet effet faisaient preuve de sexisme.

M<sup>e</sup> Harvey a également soutenu que l'ordonnance était incluse avec les lettres adressées aux thérapeutes et que, par conséquent, son résumé fautif n'aurait pas dû influencer sur la divulgation éventuelle des dossiers. Le juge du procès a indiqué qu'il y a eu divulgation des dossiers complets après que les thérapeutes eurent été informés de la portée exacte de l'ordonnance. Il a ensuite signalé que les plaignantes avaient autorisé la production des dossiers en question. Il a dit qu'en réalité, cela ne posait pas de problème.

Le juge Thackray a demandé pourquoi le ministère public ne s'était pas adressé de nouveau au juge en chef adjoint Campbell afin d'obtenir des directives, comme M<sup>e</sup> Harvey en avait manifesté l'intention dans sa lettre à P.P. Le ministère public a répondu qu'il s'était plutôt adressé au juge du procès. Le juge Thackray a noté qu'il avait ordonné la production et que les plaignantes s'étaient montrées bien disposées par la suite.

M<sup>e</sup> Harvey a ensuite expliqué que les délais étaient attribuables en partie aux difficultés engendrées par le fait que deux avocats s'occupaient de l'affaire à deux endroits différents. Elle a allégué que l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, était récent et que le ministère public s'efforçait encore de savoir comment mettre en œuvre les nouvelles règles en matière de divulgation. Elle a dit qu'elle savait à l'époque que les transcriptions des entretiens avec M.B. et M.O. constituaient des renseignements que la défense aurait dû avoir et, chose incroyable, elle a laissé entendre qu'elle avait dû «rêver» avoir fourni ces renseignements à la défense. D'autres omissions de divulgation ont été attribuées à de l'inadvertance.

La demande d'arrêt des procédures a été rejetée le 27 novembre 1992. Le juge Thackray a estimé

1995 CanLII 91 (SCC)



remedied before trial and ordered the Crown to complete disclosure. He ordered that only a portion of the diary was to be disclosed. Thackray J. said that the Crown submissions were disturbing and commented on the general incompetence and "dilly-dallying" of the Crown. He adjourned the trial to December 1, 1992.

On November 28, 1992, the Crown agreed to waive privilege regarding its files and undertook to prepare four binders for the accused containing all information in the Crown's possession. At a pre-trial conference on November 30, 1992, Ms. Harvey indicated that the defence now had all of the notes she had prepared in connection with the case. The trial was adjourned an additional day to allow the accused's counsel time to review the newly disclosed material.

On the second day of trial, December 3, 1992, the Crown attempted to have P.P. give evidence through drawings. It was revealed that the Crown possessed several drawings from pre-trial interviews by the complainants. These had not been disclosed to the accused. The Crown turned over eight sets of drawings by the next day but was unable to guarantee that full disclosure had been made.

The accused renewed his stay application and the Crown requested an adjournment so that Ms. Harvey could make submissions. On December 4, 1992, Ms. Harvey was present but made no submissions. Mr. Jones said that the binders given to the defence were incomplete and that the Crown could still not guarantee full disclosure had been made. The trial judge gave counsel the weekend to formulate submissions regarding the stay. When the trial resumed on December 7, 1992, no submissions were made and the stay was entered: (1992), 18 C.R. (4th) 98.

qu'il était possible de remédier au délai avant le procès et a ordonné au ministère public de compléter la divulgation. Il a ordonné la divulgation d'une partie seulement du journal. Il a déclaré que les arguments du ministère public étaient troublants et a fait des commentaires sur l'incompétence générale et les «tergiversations» du ministère public. Il a ajourné le procès au 1<sup>er</sup> décembre 1992.

Le 28 novembre 1992, le ministère public a convenu de renoncer au privilège relativement à ses dossiers et s'est engagé à préparer à l'intention de l'accusé quatre cahiers qui contiendraient tous les renseignements en sa possession. Lors d'une conférence préparatoire tenue le 30 novembre 1992, M<sup>e</sup> Harvey a indiqué que la défense disposait alors de toutes les notes qu'elle-même avait préparées en rapport avec l'affaire. Le procès a été reporté d'un jour afin que les avocats de l'accusé puissent examiner les documents nouvellement divulgués.

Le deuxième jour du procès, soit le 3 décembre 1992, le ministère public a tenté de faire témoigner P.P. au moyen de dessins. On a appris que le ministère public était en possession de plusieurs dessins provenant d'entretiens préalables au procès avec les plaignantes. Ceux-ci n'avaient pas été divulgués à l'accusé. Le ministère public a remis huit séries de dessins le lendemain, mais n'a pu garantir qu'il y avait eu divulgation complète.

L'accusé a renouvelé sa demande d'arrêt des procédures et le ministère public a demandé un ajournement pour que M<sup>e</sup> Harvey puisse présenter des arguments. Le 4 décembre 1992, elle était présente mais n'a présenté aucun argument. M<sup>e</sup> Jones a dit que les cahiers remis à la défense n'étaient pas complets et que le ministère public ne pouvait toujours pas garantir qu'il y avait eu divulgation complète. Le juge du procès a accordé aux avocats toute la fin de semaine pour formuler leur argumentation au sujet de l'arrêt des procédures. À la reprise du procès le 7 décembre 1992, aucun argument n'a été présenté et l'arrêt des procédures a été prononcé: (1992), 18 C.R. (4th) 98.

## II. Effects of the Crown's Conduct

220 The actions by the Crown both impaired the accused's ability to make full answer and defence and contravened fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. I shall deal with each category.

### A. *Full Answer and Defence*

221 The actions of the Crown over time included a failure, until immediately before the trial, to comply with the order of Campbell A.C.J. The respondent submits that this breach is not significant in that the order was improper and was complied with before the trial and the final stay application.

222 The impropriety of the court order if any does not excuse the conduct of the Crown after the order was made. By July 10, 1992, the order had not been complied with, and Low J. was informed that there were problems in getting the complainants to comply. The court continually expressed surprise that the order had not been complied with, and reminded the Crown of its obligation to obey court orders. By October 16, 1992, the records in question were mainly in the possession of the Crown. It was not a complainant objection which barred disclosure but the fact that the Crown disagreed with the order. The order still had not been complied with after six months.

223 The Crown never took proper action regarding the objections it had to the order. If the Crown could not appeal the order it could have, and should have, returned to Campbell A.C.J. to request variation or rescission of the order if as was suggested by them they had reason to do so. The letter from the Crown prosecutor Ms. Harvey to the complainant P.P. suggests that this is what the Crown intended. This failure gives the Crown's submissions about the propriety of the order and

## II. Les effets de la conduite du ministère public

Les actes du ministère public ont nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière et ont aussi violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. J'examinerai chacun des aspects.

### A. *Une défense pleine et entière*

Les actes du ministère public au cours de la période concernée comprenaient le défaut, jusqu'à immédiatement avant le procès, de respecter l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell. L'intimée soutient que ce manquement n'est pas important en ce sens que l'ordonnance n'était pas appropriée et qu'elle a été respectée avant le procès et la dernière demande d'arrêt des procédures.

Le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire, le cas échéant, n'excuse pas la conduite du ministère public après son prononcé. Le 10 juillet 1992, l'ordonnance n'était pas respectée et le juge Low a été informé qu'il y avait des problèmes à la faire respecter par les plaignantes. La cour s'est dite maintes fois surprise que l'ordonnance n'ait pas été respectée et elle a constamment rappelé au ministère public qu'il devait obéir aux ordonnances judiciaires. Le 16 octobre 1992, les dossiers en question étaient en grande partie en possession du ministère public. Ce n'était pas une objection des plaignantes qui empêchait la divulgation mais le fait que le ministère public n'était pas d'accord avec l'ordonnance. Cette dernière n'avait toujours pas été respectée après six mois.

Le ministère public n'a jamais pris les mesures appropriées pour faire valoir les objections qu'il avait au sujet de l'ordonnance. Si le ministère public ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance, il aurait pu, et aurait dû, s'adresser de nouveau au juge en chef adjoint Campbell pour en demander la modification ou l'annulation si, comme il le prétendait, il avait raison de le faire. La lettre adressée par le substitut du procureur général M<sup>e</sup> Harvey à la plaignante P.P. laisse supposer que telle était l'intention du ministère public. Cette omission laisse peu de poids aux arguments présentés par le ministère public, sur le caractère inapproprié de

policy problems surrounding the order to justify non-compliance little weight.

The letters from Ms. Harvey to the therapists narrowed the scope of the order. It is unclear whether this was deliberate, given Ms. Harvey's opinion regarding the order, or whether it was an error. As soon as the order was clarified for the therapists, complete records were disclosed, suggesting that had the letters contained an accurate description of the order, compliance would have occurred at a much earlier time. The letter to the complainant P.P. dated July 8, 1992 displayed an intention to disregard the order.

The excuses proffered by the Crown were as the trial judge described them, limp. The recent *Stinchcombe* decision had nothing to do with obeying a court order for disclosure. The problems encountered by the two Crown prosecutors operating in different locations are not unusual and cannot explain the delay in either complying with or applying to vary the order.

The fact that by the time of trial the order seems to have been complied with is not much of a mitigating factor. The conduct of the Crown regarding the court order, in combination with their faulty disclosure after the trial began, would make it uncertain that the order had in fact been fully obeyed at the time of trial, notwithstanding what the Crown claimed. On previous occasions the Crown had said that the terms of the order had been fulfilled when this was not true.

The Crown also breached the general duty of disclosure as outlined in *Stinchcombe*. At the time *Stinchcombe* was a relatively new decision and prosecutors were still ascertaining the scope of the duty contained therein. However, the concepts outlined were clear enough: that the Crown had a general duty to disclose all relevant information. Sopinka J. set out the following principles in *Stinchcombe*:

l'ordonnance et les problèmes de principe qu'elle soulevait, pour justifier son non-respect.

Les lettres de M<sup>e</sup> Harvey aux thérapeutes limitaient la portée de l'ordonnance. On ne sait pas très bien si cela était délibéré, vu l'opinion de M<sup>e</sup> Harvey au sujet de l'ordonnance, ou si c'était par erreur. Aussitôt que la portée de l'ordonnance eut été communiquée aux thérapeutes, les dossiers complets ont été divulgués, ce qui laisse entendre que, si les lettres avaient donné une description exacte de l'ordonnance, elle aurait été respectée beaucoup plus tôt. La lettre adressée à la plaignante P.P. le 8 juillet 1992 manifestait une intention de ne pas tenir compte de l'ordonnance.

Les excuses présentées par le ministère public étaient faibles, selon l'expression du juge du procès. L'arrêt récent *Stinchcombe* n'avait rien à voir avec le respect d'une ordonnance judiciaire de divulgation. Les problèmes rencontrés par les deux substituts du procureur général, qui s'occupaient de l'affaire à partir d'endroits différents, ne sont pas inhabituels et ne peuvent pas expliquer le temps mis à respecter l'ordonnance ou à en demander la modification.

Le fait qu'il semble qu'au moment du procès l'ordonnance ait été respectée n'est pas un facteur atténuant très important. Les agissements du ministère public suite à l'ordonnance judiciaire et la divulgation imparfaite de renseignements après le début du procès portaient à douter qu'il se soit effectivement conformé intégralement à l'ordonnance au moment du procès, quoi qu'il ait prétendu. Le ministère public avait dit précédemment que l'ordonnance avait été respectée, alors que c'était faux.

Le ministère public a également manqué à l'obligation générale de divulgation qui est énoncée dans *Stinchcombe*. À l'époque, cet arrêt était relativement nouveau et les substituts du procureur général étaient encore incertains quant à la portée de l'obligation qui y était mentionnée. Toutefois, le principe était assez clair: le ministère public avait l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. Le juge Sopinka l'a explicité comme suit dans *Stinchcombe*:

224

2095 CanLII 51 (SCC)

225

226

227

— the Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence;

— the obligation is subject to a Crown discretion regarding information which is “clearly irrelevant” or subject to privilege, and to the time and manner of disclosure;

— the Crown’s use of the discretion is reviewable by the trial judge, guided by the general principle that information is not to be withheld if there is a reasonable possibility that this will impair the right to make full answer and defence;

— the absolute withholding of relevant information can only be justified on the basis of a legal privilege.

— le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents;

— cette obligation est assujettie à un pouvoir discrétionnaire du ministère public quant aux renseignements qui ne sont «manifestement pas pertinents» ou qui sont privilégiés, et quant au moment et à la forme de la divulgation;

— le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut faire l’objet d’un contrôle par le juge du procès, inspiré par le principe général qu’il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement si la non-divulgation est raisonnablement susceptible de porter atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière;

— le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents ne peut se justifier qu’en raison d’un privilège.

1995 CanLII 51 (SCC)

228 The Crown’s breach of this obligation includes the minimal disclosure of witness statements given to the accused on May 25, 1992. This was not proper disclosure as directed in *Stinchcombe*. Defence counsel prepare for cross-examination of Crown witnesses in three ways. They use information obtained at preliminary hearings, information supplied by their own witnesses and by the accused, and by the disclosure in the production of the Crown. The defence was, in this case, impaired to prepare for cross-examination and in gathering rebuttal evidence by the incomplete disclosure.

Le manquement à cette obligation par le ministère public comprend la divulgation minimale des déclarations des témoins remises à l’accusé le 25 mai 1992. Cette divulgation n’était pas conforme aux directives de l’arrêt *Stinchcombe*. Les avocats de la défense ont trois moyens de se préparer au contre-interrogatoire des témoins à charge. Ils utilisent les renseignements obtenus lors de l’enquête préliminaire, les renseignements fournis par leurs propres témoins et par l’accusé et les renseignements divulgués dans les documents produits par le ministère public. En l’espèce, la divulgation incomplète a nui à la défense dans la préparation du contre-interrogatoire et dans l’obtention de la contre-preuve.

229 The interviews with M.B. and with M.O. were statements which should have been disclosed. The interview with M.O. was particularly important as she was not called at the preliminary hearing, and her information tended to be exculpatory. The fact that the accused had, through his own sources, discovered the existence of this information has nothing to do with the breach of the duty of disclosure. This information was disclosed only when the defence raised the issue before the trial judge, suggesting that perhaps other information was not disclosed. This is part of the “aura” which the trial

Les entretiens avec M.B. et avec M.O. constituaient des déclarations qui auraient dû être divulguées. L’entretien avec M.O. était particulièrement important parce qu’elle n’a pas été assignée à l’enquête préliminaire et que les renseignements qu’elle a fournis tendaient à être disculpatoires. Le fait que l’accusé ait découvert l’existence de ces renseignements par ses propres moyens n’a rien à voir avec le manquement à l’obligation de divulguer. Ces renseignements n’ont été divulgués que lorsque la défense a soulevé la question devant le juge du procès, ce qui laissait croire que d’autres

judge suggested had been created by December 7, 1992.

Each time disclosure was made in this case it was the result of the defence having to raise the matter in court. The defence had to find out about the missing information through alternate means. The defence was left to wonder if information existed about which it knew nothing. In order for the public to have faith in the justice system it must be able to trust Crown counsel to be forthcoming with such information. The conduct of the Crown in this case was such that trust was lost, first by the defence, and finally by the trial judge on December 7, 1992.

The drawings at the centre of the final application for a stay of proceedings were not the working papers of Ms. Harvey. Since the intention of the Crown was to have these complainants give evidence in the form of drawings these drawings were witness statements. Even if the drawings were not significantly different from the ones which would have been produced at trial, the defence was entitled to disclosure. The test is not whether the information reveals contradictions, but merely is the information relevant. This was relevant material.

It is of little consequence on the facts of this case that a considerable amount of the non-disclosed material was ultimately released piecemeal to the defence prior to the trial. The effect of continual discovery of more non-disclosed evidence, coupled with the Crown admission that disclosure was possibly incomplete, created an atmosphere in which the defence's ability to prepare was impaired. The defence had to repeatedly renew requests for disclosure on the chance that more information was extant.

The breach of the undertaking to the defence by the Crown impaired the ability to prepare a full answer and defence. It does not matter whether this undertaking was unprecedented or whether it went beyond what is expected of the Crown. The defence was entitled to rely on the undertaking,

renseignements n'avaient peut-être pas été divulgués. Cela fait partie du «climat» qui, selon le juge du procès, régnait le 7 décembre 1992.

Chaque divulgation en l'espèce est le fruit d'une question de la défense devant le tribunal. La défense a dû découvrir les renseignements manquants par d'autres moyens. Elle en était réduite à se demander s'il existait des renseignements dont elle n'était pas au courant. Pour que le public croie au système judiciaire, il doit pouvoir faire confiance aux substituts du procureur général pour présenter ces renseignements. Le comportement du ministère public en l'espèce était tel que la défense d'abord et le juge du procès ensuite ont perdu cette confiance le 7 décembre 1992.

Les dessins qui étaient au centre de la dernière demande d'arrêt des procédures n'étaient pas les documents de travail de M<sup>e</sup> Harvey. Comme le ministère public avait l'intention de faire témoigner les plaignantes au moyen de dessins, ceux-ci constituaient des déclarations de témoins. Même si les dessins ne différaient pas énormément de ceux qui auraient été produits au procès, la défense avait droit à leur divulgation. Le critère n'exige pas que les renseignements révèlent des contradictions, mais simplement qu'il s'agisse de renseignements pertinents. Il s'agissait bien de documents pertinents.

Il importe peu en l'espèce qu'un grand nombre des documents non divulgués aient en fin de compte été remis petit à petit à la défense avant le procès. La découverte répétée d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués et l'admission par le ministère public que la divulgation n'avait peut-être pas été complète ont eu pour effet de créer un climat qui nuisait à la capacité de la défense de se préparer. Celle-ci devait sans cesse présenter de nouvelles requêtes en divulgation au cas où il existerait d'autres renseignements.

En manquant à l'engagement qu'il avait pris envers la défense, le ministère public a nui à la capacité de préparer une défense pleine et entière. Il importe peu que cet engagement ait été sans précédent ou qu'il ait dépassé ce dont on s'attend du ministère public. La défense était en droit de

230

1995 CanLII 51 (SCC)  
231

232

233

and did rely on it, as the trial commenced without comment. Since the previous breaches of the court order and the general duty had created concern on the part of the accused regarding disclosure, the undertaking by the Crown was an attempt to remedy the situation. The breach of the undertaking had the opposite effect and created a suspicious atmosphere in which the defence could not know what evidence the Crown was going to present.

compter sur cet engagement, et elle l'a effectivement fait, puisque le procès a débuté sans donner lieu à aucun commentaire. Comme les manquements à l'ordonnance judiciaire et à l'obligation générale survenus antérieurement avaient engendré de l'inquiétude chez l'accusé relativement à la divulgation, l'engagement du ministère public constituait une tentative de corriger la situation. Le manquement à l'engagement a eu l'effet contraire et a créé un climat de doute dans lequel la défense ne pouvait pas savoir quels éléments de preuve le ministère public allait présenter.

234 The Crown offered many reasons for delay in disclosure, including a philosophical dispute regarding the court order, differences of opinion regarding relevance, miscommunication between the two Crown prosecutors involved, and simple forgetfulness. The Crown behaved in a manner consistent with the view that it was not aware of or interested in its obligations to the court or the accused.

Le ministère public a avancé plusieurs motifs pour justifier le retard à divulguer les renseignements, y compris un débat philosophique concernant l'ordonnance judiciaire, les divergences d'opinions au sujet de la pertinence, la mauvaise communication entre les deux substituts du procureur général concernés et le simple oubli. Le comportement du ministère public donnait à penser qu'il n'était pas au courant ou ne se préoccupait pas de ses obligations envers la cour ou l'accusé.

235 Many of the explanations offered at different times during the proceedings before Thackray J. appear to be rationalizations for unacceptable conduct after the fact. Each time deficiencies in disclosure were revealed the Crown assured the court that best efforts would be made to complete disclosure. On some occasions the court was told that disclosure was complete when in fact it was not. As the trial judge mentioned, it became embarrassing to observe the Crown counsel attempt to duck its responsibility with excuses such as dreaming that interview transcripts had been disclosed.

Bon nombre des explications fournies à divers moments au cours du procès tenu devant le juge Thackray semblent être des tentatives de justifier après coup une conduite inacceptable. Chaque fois que des lacunes sont apparues dans la divulgation, le ministère public a affirmé à la cour qu'il verrait à y remédier au mieux. À quelques reprises, il a déclaré à la cour que tous les renseignements avaient été divulgués, alors que tel n'était pas le cas. Comme le dit le juge du procès, il devenait embarrassant de voir les substituts du procureur général tenter de se soustraire à leur responsabilité par des excuses comme celle d'avoir rêvé que les transcriptions des entretiens avaient été divulguées.

236 The respondent submitted that where an accused alleges that non-disclosure has impaired his ability to make full answer and defence, an inquiry into the materiality of the information in question is necessary. This is arguable in a situation involving a single piece of information. Here we have a history of non-disclosure over a year, and, where the disclosure problems are continual, the effects of the non-disclosure must be looked at over the whole period of time in question. This is what the

L'intimée a soutenu que, lorsqu'un accusé allègue que la non-divulgation a nui à sa capacité de présenter une défense pleine et entière, il faut enquêter sur l'importance des renseignements en question. On peut faire valoir ce point quand il s'agit d'un seul renseignement. En l'espèce, nous nous trouvons en présence d'une situation de non-divulgation s'étalant sur toute une année et, lorsque les problèmes de divulgation sont continuels, il faut examiner les effets de la non-divulgation

trial judge did. It was not simply the final non-disclosure of drawings or the incomplete binders supplied to the defence which the trial judge considered. He considered the history of Crown conduct outlined above.

It has frequently been stated that trial judges usually are in the best position to observe the conduct of both witnesses and counsel for the Crown and the defence. It is particularly true in this case as Thackray J. was seized of the matter by October 16, 1992, had heard several motions, and had observed the repeated attempts by the defence to obtain disclosure and the repeated attempts by Crown counsel to explain its delay in failing to comply with its obligations. The court had become, in the words of Thackray J., "an integral part of the trial preparation process" (p. 110). The familiarity of the trial judge with the conduct of the Crown and the material in question make further inquiry into materiality of the final non-disclosed material less necessary.

The respondent submitted that, at its highest, the prejudice suffered by the defence was merely an effect on the cross-examination of one of the witnesses. This understates the matter; it is not only cross-examination, but rebuttal evidence which is affected by the non-disclosure of information from or about a witness. The Crown's submission fails to consider the cumulative effect of the previous non-disclosures which affected the conduct of the entire defence.

The accused faced proceedings in which it had grown unlikely that he would be dealt with fairly by the Crown. The Crown had breached the common law duty of disclosure, the terms of a court order, and undertakings to the defence. The Crown's behaviour had created an atmosphere of mistrust. Defence counsel had repeatedly been taken by surprise, given assurances which were unreliable, and generally left in the dark. This dramatically impaired the accused to present a full

pendant l'ensemble de la période en question. C'est ce qu'a fait le juge du procès. Il ne s'est pas penché simplement sur la dernière non-divulgarion de dessins ou des cahiers incomplets remis à la défense. Il a tenu compte également de l'ensemble de la conduite du ministère public décrite plus haut.

On a souvent dit que les juges du procès sont habituellement les mieux placés pour observer la conduite des témoins, des substituts du procureur général et des avocats de la défense. C'est tout particulièrement vrai en l'espèce, car le juge Thackray avait été saisi de l'affaire dès le 16 octobre 1992, avait entendu plusieurs requêtes et avait observé les tentatives répétées de la défense d'obtenir la divulgation et celles des substituts du procureur général d'expliquer le temps mis à respecter leurs obligations. La cour était devenue, selon les termes du juge Thackray, [TRADUCTION] «partie intégrante du processus de préparation du procès» (p. 110). Compte tenu de la connaissance qu'avait le juge du procès de la conduite du ministère public et des renseignements en question il était moins nécessaire d'examiner plus à fond l'importance des derniers documents non divulgués.

L'intimée a fait valoir que le préjudice subi par la défense était tout au plus un effet sur le contre-interrogatoire de l'un des témoins. C'est minimiser la question. En effet, c'est non seulement le contre-interrogatoire, mais la contre-preuve qui sont touchés par la non-divulgarion de renseignements émanant d'un témoin ou le concernant. L'argumentation du ministère public ne tient pas compte de l'effet cumulatif des non-divulgations antérieures qui ont influé sur le déroulement de toute la défense.

L'accusé faisait face à une poursuite dans laquelle il devenait peu probable qu'il soit traité équitablement par le ministère public. Celui-ci a manqué à son obligation de divulgation reconnue en common law, aux exigences d'une ordonnance judiciaire et à des engagements pris envers la défense. Le comportement du ministère public a créé un climat de méfiance. Les avocats de la défense ont été pris très souvent au dépourvu, on leur a donné des garanties auxquelles ils ne pou-

237

238

239

answer and defence. The delay of the Crown in making disclosure and its inability to assure the trial judge that full disclosure had been made even after commencement of the trial were fatal to the proceedings.

240

It is the continual breaches by the Crown that made a stay the appropriate remedy. This is not a case where a further order for disclosure and an adjournment was appropriate. All this had been ordered earlier in the proceedings without success. Proceedings had become unworkable and unfair. Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are properly in the discretion of the trial judge. This discretion should not be interfered with unless the decision was clearly unreasonable. The repeated failure of the Crown to comply with its duty to disclose and, laterally, its failure to comply with its own undertakings suggest that if a stay was not granted in this case, it is difficult to imagine a case where a stay would be granted.

### B. Fair Play and Decency

241

The same breaches of the disclosure order, the duty under *Stinchcombe*, and the undertaking to disclose files to the defence which impaired the accused's right to make full answer and defence also violated fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The community would see proceedings as being unfair where the Crown continually failed in its obligations and finally was unable to assure the court that it could ever meet them.

242

The number and nature of adjournments due to the Crown's conduct is a factor to consider because of the consequences to the accused. Not only were adjournments necessary because of non-disclosure, but also because Ms. Harvey, who had requested the opportunity to make submissions

vaient se fier et, de façon générale, on les a laissés dans l'ignorance. Cela a grandement nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le temps mis par le ministère public à divulguer les renseignements et son incapacité de garantir au juge du procès que tous les renseignements avaient été divulgués même après le début du procès ont porté un coup fatal à l'instance.

Ce sont les manquements répétés du ministère public qui ont fait que l'arrêt des procédures était la réparation convenable. Ce n'est pas un cas où une autre ordonnance de divulgation et un ajournement convenaient. Tout cela avait déjà été fait au cours de l'instance, mais sans succès. Il était devenu impossible et injuste de poursuivre l'instance. Les réparations visées au par. 24(1) de la *Charte* relèvent à bon droit du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On ne devrait pas toucher à ce pouvoir discrétionnaire à moins que la décision ne soit nettement déraisonnable. L'omission répétée par le ministère public de s'acquitter de son obligation de divulgation et, incidemment, son omission de tenir ses propres engagements laissent penser que, si l'arrêt des procédures n'avait pas été accordé en l'espèce, il est difficile d'imaginer un cas où il pourrait l'être.

### B. Le franc-jeu et la décence

Les mêmes manquements à l'ordonnance de divulgation, à l'obligation énoncée dans *Stinchcombe* et à l'engagement de divulguer les dossiers à la défense qui ont porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ont également violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Celle-ci jugerait inéquitable une instance où le ministère public fait constamment défaut de s'acquitter de ses obligations et est incapable en fin de compte de garantir à la cour qu'il pourra les respecter.

Le nombre et la nature des ajournements attribuables à la conduite du ministère public sont des éléments qu'il faut prendre en considération en raison des conséquences qu'ils peuvent avoir pour l'accusé. Les ajournements étaient nécessaires non seulement à cause de la non-divulgation, mais éga-



regarding disclosure, was either unavailable or unprepared at the appointed time. In two instances Ms. Harvey failed to make the promised submission, thus wasting the adjournment granted for that purpose and the timing of the adjournments was obviously a factor to the trial judge, as several came immediately before and during the trial.

I accept the trial judge's view that there was no "grand design" on the part of the Crown; however, the motives of the Crown are still questionable. Ms. Harvey obviously disagreed with the court order. Her actions based on her disagreement were improper. The Crown at times took responsibility for the delays only grudgingly, offering a litany of "limp" excuses.

Non-disclosure is not the only conduct of the Crown which violated fundamental principles of fair play and decency. The Crown also displayed an intention to disregard complying with a court order. The Crown breached an undertaking to defence counsel. The Crown gave the court assurances which turned out to be false. While these actions were tied to the issue of disclosure they also stand on their own violating fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and failed the reasonable expectation of citizens of the expected conduct of the Crown.

The affidavit of Constable Grinstead should be considered as well. The affidavit was not explained by the Crown. The affidavit contained information which was false, namely that the defence counsel had not bothered to visit the RCMP in Williams Lake to look at file contents. This conduct by another agent of the Crown added to the "aura" of unfairness expressed by the trial judge.

lement parce que M<sup>e</sup> Harvey, qui avait demandé qu'on lui permette de présenter des arguments concernant la divulgation, n'était pas disponible ou disposée à le faire au moment prévu. Or, à deux reprises, M<sup>e</sup> Harvey n'a pas donné suite à sa demande, si bien que l'ajournement a été inutile. L'incidence des ajournements était évidemment d'importance pour le juge du procès, plusieurs survenant immédiatement avant le procès et pendant ce dernier.

Je suis d'accord avec le juge du procès pour reconnaître que le ministère public n'avait aucun «grand projet», mais les motifs du ministère public restent cependant discutables. M<sup>e</sup> Harvey n'était manifestement pas d'accord avec l'ordonnance judiciaire. Les gestes posés suite à ce désaccord étaient répréhensibles. Le ministère public n'a parfois pris la responsabilité des délais qu'à contrecœur, tout en offrant une litanie d'excuses «faibles».

La non-divulgation n'est pas le seul acte du ministère public qui ait violé les principes fondamentaux du franc-jeu et de la décence. Il a également manifesté l'intention de ne pas se conformer à une ordonnance judiciaire. Il a manqué à un engagement pris envers les avocats de la défense et il a donné à la cour des garanties qui se sont révélées fausses. Bien que ces actes aient été liés à la question de la divulgation, ils ont également, comme tels, violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et ont déçu l'attente raisonnable des citoyens en ce qui a trait à la conduite du ministère public.

L'affidavit de l'agent Grinstead devrait aussi être pris en considération. Le ministère public n'a pas fourni d'explications à son sujet. Il contenait des renseignements faux, à savoir que les avocats de la défense ne s'étaient pas donnés la peine de rendre visite à la GRC à Williams Lake afin de consulter les dossiers. Ce comportement d'un autre représentant du ministère public a ajouté au «climat» d'iniquité mentionné par le juge du procès.

243  
1995 CanLII 51 (SCC)

244

245

246 The complete record of non-disclosure, delay, excuses and breaches of obligation by the Crown violated the fundamental principles which underlie the community's sense of fair play and decency. The trial judge showed admirable tolerance for the behaviour of the Crown but in the end had no choice but to order a stay. The case was "now 'one of the clearest of cases'. To allow the case to proceed would tarnish the integrity of the court" (p. 110).

### III. Conclusion

247 When a criminal trial gains notoriety because of the nature of the offence, the parties charged or any other reason, there is an added burden in the paramount interest of ensuring fairness in the process. Fairness is a concern in every trial, but in high profile proceedings special attention must be paid because of the danger of extraneous factors interfering with the trial. The judicial system is on display and counsel for the Crown and the accused must take care to ensure the expected standards of conduct in all cases are maintained in the exceptional ones.

248 In this case, the facts of the offences alleged were many years in the past. As well, the accused had a high profile in the community. These ingredients called for a careful prosecution to ensure fairness and the maintenance of integrity in the process.

249 The Crown should have been scrupulous to its obligations to the court and to the accused. Ms. Harvey admitted that this was "a case that require[d] a great deal of diligence and professionalism". On December 7, 1992, it was clear to the trial judge, who had personally witnessed the conduct of the Crown over a three-month period and was aware of earlier failures to disclose, that the trial was no longer fair and could not be redeemed.

L'ensemble de ces actes, soit la non-divulgation, les retards, les excuses et les manquements à son obligation par le ministère public, a porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge du procès a fait preuve d'une tolérance remarquable à l'égard du comportement du ministère public, mais, à la fin, il n'avait pas d'autre choix que de prononcer l'arrêt des procédures. C'était [TRADUCTION] «maintenant «un des cas les plus manifestes». Permettre la poursuite de l'instance ternirait l'intégrité de la cour» (p. 110).

### III. Conclusion

Lorsqu'un procès criminel devient célèbre en raison de la nature de l'infraction, des accusés en cause ou pour toute autre raison, cela ajoute à l'importance de garantir l'équité du processus. L'équité est une préoccupation dans chaque procès, mais il faut y apporter une attention tout particulière dans les instances qui font la manchette à cause du danger que présentent les effets de facteurs extérieurs sur le procès. Le système judiciaire est sur la sellette et les substituts du procureur général ainsi que les avocats des accusés doivent s'assurer que les normes de conduite à respecter dans tous les cas le sont tout autant dans les cas exceptionnels.

En l'espèce, les faits constitutifs des infractions reprochées remontent à bien des années. De plus, l'accusé était une personne en vue dans la société. Ces éléments exigeaient que la poursuite soit très sensible aux exigences de l'équité et du maintien de l'intégrité du processus.

Le ministère public aurait dû agir de façon irréprochable en ce qui concerne ses obligations envers la cour et envers l'accusé. M<sup>e</sup> Harvey a reconnu qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] «affaire qui exige[ait] beaucoup de diligence et de professionnalisme». Le 7 décembre 1992, il apparaissait clairement au juge du procès, qui avait été personnellement témoin de la conduite du ministère public pendant trois mois et était au courant des omissions de divulguer survenues antérieurement, que le procès n'était plus équitable et ne pouvait pas être réchappé.

In summary and in chronological order the Crown impaired the ability of the appellant to prepare a defence in the following way:

1. In 1991 the Crown failed to disclose to the RCMP interviews with the complainants.
2. On December 16, 1991, the Crown failed to disclose statements made by M.B. and M.O. to Wendy Harvey.
3. On May 25, 1992, the Crown failed to disclose the complete witness statements in their possession but substituted one-line summaries.
4. On June 16, 1992, the Crown failed to disclose the letter from Wendy Harvey to therapists narrowing Campbell A.C.J.'s disclosure order of June 4, 1992.
5. On July 8, 1992, the Crown failed to disclose the letter from Crown Counsel Harvey to P.P. stating an intention to disregard the June 4, 1992 order.
6. On September 21, 1992, the Crown failed to comply with the order of Oppal J. who expressed concern and urged compliance.
7. On October 16, 1992, the Crown turned the records of P.P. over to the court. Thackray J. was concerned about the rest of the records and ordered disclosure.
8. On October 30, 1992, the Crown failed to disclose that Dr. Cheaney's records concerning M.B. had been turned over to the court, but not to the defence.
9. On November 19, 1992, the Crown failed to disclose its remaining records.
10. On November 30, 1992, the Crown waived privileges and produced four binders of material based on an undertaking to the defence to

Voici en bref et selon un ordre chronologique comment le ministère public a nui à la capacité de l'appelant de préparer sa défense:

1. En 1991, le ministère public a omis de divulguer les entretiens que la GRC avait eus avec les plaignantes.
2. Le 16 décembre 1991, le ministère public a omis de divulguer des déclarations faites par M.B. et M.O. à Wendy Harvey.
3. Le 25 mai 1992, le ministère public a omis de divulguer les déclarations complètes des témoins qui étaient en sa possession, mais il y a substitué des résumés d'une ligne.
4. Le 16 juin 1992, le ministère public a omis de divulguer la lettre de Wendy Harvey aux thérapeutes, dans laquelle elle limitait la portée de l'ordonnance de divulgation rendue le 4 juin 1992 par le juge en chef adjoint Campbell.
5. Le 8 juillet 1992, le ministère public a omis de divulguer la lettre adressée à P.P., dans laquelle le substitut du procureur général Harvey faisait part de son intention de ne pas donner suite à l'ordonnance du 4 juin 1992.
6. Le 21 septembre 1992, le ministère public a omis de se conformer à l'ordonnance du juge Oppal, qui s'était dit inquiet et avait recommandé que l'on s'y conforme.
7. Le 16 octobre 1992, le ministère public a remis les dossiers de P.P. à la cour. Le juge Thackray s'est inquiété du reste des dossiers et en a ordonné la divulgation.
8. Le 30 octobre 1992, le ministère public a omis de divulguer que les dossiers du Dr Cheaney concernant M.B. avaient été remis à la cour, mais non à la défense.
9. Le 19 novembre 1992, le ministère public a omis de divulguer les autres dossiers en sa possession.
10. Le 30 novembre 1992, le ministère public a renoncé à tout privilège et a produit quatre cahiers de documentation en raison d'un engagement qu'il avait pris envers la défense de lui divulguer toutes les pièces de son dossier. Le

disclose its whole file. The Crown indicated disclosure was now complete.

11. On December 3, 1992, the Crown discovered that it possessed drawings by the complainants which had not been disclosed. The Crown agreed it was now unable to say that full disclosure had been made.

12. On December 4, 1992, the Crown admitted that the binders it turned over to the defence were incomplete.

251 The conduct of the Crown during the time Thackray J. was involved, as well as in the months before his appointment, was negligent, incompetent and unfair. While I am content to accept Thackray J.'s interpretation of the Crown's behaviour as being without deliberate intent some concerns remain, particularly in regard to the continual avoidance of compliance with the court order of June 4, 1992.

252 The trial judge was as stated in the best position to observe the conduct of the Crown and its effect on the proceedings. He found that the trial had become so tainted that it violated fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and that the accused was impaired in his ability to make full answer and defence.

253 The trial judge carefully balanced the competing public interest in prosecuting offences with the need for a fair trial. He recognized that an order for a stay could be seen as a technicality, but concluded that in these unusual circumstances it was the appropriate, and only, remedy. He held that "[e]very citizen is entitled to the protection of the law, and to have the law meticulously observed" (pp. 110-11). I agree and would allow the appeal and restore the stay of proceedings.

ministère public a alors indiqué que tout avait été divulgué.

11. Le 3 décembre 1992, le ministère public s'est rendu compte qu'il avait en sa possession des dessins des plaignantes qui n'avaient pas été divulgués. Le ministère public a reconnu ne pas pouvoir dire alors s'il y avait eu divulgation complète.

12. Le 4 décembre 1992, le ministère public a admis que les cahiers qu'il avait remis à la défense étaient incomplets.

La conduite du ministère public pendant que le juge Thackray était saisi de l'affaire, ainsi que durant les mois précédant son affectation au dossier, a été négligente, inéquitable et entachée d'incompétence. Bien que je sois disposé à accepter l'interprétation du juge Thackray selon laquelle le comportement du ministère public n'était pas délibéré, il reste certaines inquiétudes, notamment en ce qui concerne ses défauts répétés de se conformer à l'ordonnance judiciaire du 4 juin 1992.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge du procès était le mieux placé pour observer la conduite du ministère public et son effet sur le déroulement de l'instance. Il a estimé que le procès était devenu entaché de vice au point de violer les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et de nuire à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le juge du procès a soigneusement mesuré les droits en présence, soit celui du public à ce que les infractions soient poursuivies et la nécessité de tenir un procès équitable. Il a reconnu qu'une ordonnance d'arrêt des procédures pouvait être perçue comme faisant preuve de formalisme, mais il a conclu que, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, c'était la réparation convenable, et la seule. Il a jugé que [TRADUCTION] «[t]out citoyen a droit à la protection de la loi et à ce que celle-ci soit observée scrupuleusement» (pp. 110 et 111). Je suis d'accord et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures.

1995 CanLIJ51 (SCC)

I concur with the Chief Justice and Justice Sopinka that the Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records in its possession. I agree with the substantive law and the procedure recommended in obtaining such records from third persons.

*Appeal dismissed, LAMER C.J., SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Considine & Lawler, Victoria.*

*Solicitors for the respondent: Cardinal Edgar Emberton & Macaulay, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Robert J. Frater, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General for Ontario: Miriam Bloomenfeld, Janet Gallin and Susan Chapman, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada and the Women's Legal Education and Action Fund: Sharon D. McIvor, Ottawa, and Elizabeth J. Shilton, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Frances Kelly, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Brian Weagant, Toronto.*

*Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Elizabeth Bennett, Q.C., Peck Tammen Bennett, Vancouver.*

Tout comme le Juge en chef et le juge Sopinka, je suis d'avis que les obligations de divulgation du ministère public établies dans l'arrêt *Stinchcombe* ne sont pas touchées par la nature confidentielle des dossiers thérapeutiques en sa possession. Je suis d'accord avec le droit substantiel et avec la procédure recommandée pour obtenir ces dossiers de tiers.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Considine & Lawler, Victoria.*

*Procureurs de l'intimée: Cardinal Edgar Emberton & Macaulay, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Robert J. Frater, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Miriam Bloomenfeld, Janet Gallin et Susan Chapman, Toronto.*

*Procureurs des intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Sharon D. McIvor, Ottawa, et Elizabeth J. Shilton, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne de la santé mentale: Frances Kelly, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Brian Weagant, Toronto.*

*Procureur nommé par la Cour à titre d'amicus curiae: Elizabeth Bennett, c.r., Peck Tammen Bennett, Vancouver.*