

**J.C. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**David Elliott McClure** *Respondent*

and

**The Advocates' Society and the Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MCCLURE

Neutral citation: 2001 SCC 14.

File No.: 27109.

2000: October 5; 2001: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

*Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with sexual offences — Complainant bringing civil action against accused — Accused seeking production of complainant's civil litigation file — Accused arguing that information needed in criminal action to determine nature of complainant's allegations and to assess motive for fabrication or exaggeration of abuse — Whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence — If so, in what circumstances — Whether trial judge erred in ordering civil litigation file to be disclosed.*

*Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Appropriate test to determine whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence.*

**J.C. Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**David Elliott McClure** *Intimé*

et

**The Advocates' Society et la Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. MCCLURE

Référence neutre : 2001 CSC 14.

N° du greffe : 27109.

2000 : 5 octobre; 2001 : 2 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action civile intentée par le plaignant contre l'accusé — Demande de l'accusé visant la production du dossier du plaignant relatif à son action civile — Accusé prétendant que les renseignements sont nécessaires dans les poursuites criminelles pour déterminer la nature des allégations du plaignant et pour évaluer ce qui a pu l'inciter à inventer ou à exagérer des épisodes d'agression — Le secret professionnel de l'avocat devrait-il céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, dans quelles circonstances? — Le juge du procès a-t-il eu tort d'ordonner la communication du dossier relatif à l'action civile?*

*Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Critère à appliquer pour déterminer si le secret professionnel de l'avocat devrait céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière.*

The respondent M was a librarian and teacher at the school attended by the appellant in the mid-1970s. In 1997, M was charged with sexual offences against 11 former students. After reading about M's arrest, the appellant gave a statement to the police alleging incidents of sexual touching by M. His allegations were later added to the indictment against M. The appellant also brought a civil action against M. M sought production of the appellant's civil litigation file to determine the nature of the allegations and to assess his motive to fabricate or exaggerate incidents of abuse. In his first ruling, the trial judge applied the *O'Connor* test and ordered the production of the appellant's civil litigation file for his review. In a second ruling, he granted M access to the file but ordered all references to quantum of settlement and fees deleted from the produced file. The trial judge ruled that certain matters of sequence were significant, and not available to the defence without access to the appellant's file. The order granting access was stayed pending appeal and the two counts involving the appellant were severed and never prosecuted. The appellant, who was not a party in the criminal trial, was granted leave to appeal the order to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

*Held:* The appeal should be allowed and the order for production set aside.

The solicitor-client privilege is a principle of fundamental importance to the administration of justice as a whole. Despite its importance, however, the privilege is not absolute and, in limited circumstances, may yield to allow an accused to make full answer and defence. The appropriate test for determining whether to set aside solicitor-client privilege is the innocence at stake test. The test is a stringent one. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction. Here, the trial judge erred in using the *O'Connor* test for the production of third party

L'intimé M était bibliothécaire et enseignant à l'école fréquentée par l'appellant au milieu des années 70. En 1997, M a été accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel contre 11 anciens étudiants. Après avoir lu que M avait été arrêté, l'appellant a présenté aux policiers une déclaration dans laquelle il alléguait que M lui avait fait des attouchements. Ses allégations ont par la suite été ajoutées à l'acte d'accusation déposé contre M. L'appellant a également intenté une action civile contre M. Ce dernier a sollicité la production du dossier de l'appellant relatif à son action civile pour déterminer la nature des allégations en cause et pour évaluer ce qui a pu inciter l'appellant à inventer ou à exagérer des épisodes d'agression. Dans sa première décision, le juge du procès a appliqué le critère de l'arrêt *O'Connor* et a ordonné la production du dossier de l'appellant relatif à son action civile pour qu'il puisse l'examiner. Dans une deuxième décision, il a permis à M d'avoir accès au dossier, mais il a ordonné que toutes les mentions du montant du règlement et des honoraires soient supprimées du dossier à produire. Le juge du procès a conclu que certaines questions d'ordre chronologique étaient importantes et que la défense ne pourrait pas en prendre connaissance sans consulter le dossier de l'appellant. L'ordonnance donnant accès au dossier a été suspendue en attendant l'issue de l'appel et les deux chefs d'accusation mettant en cause l'appellant ont été séparés et n'ont jamais donné lieu à des poursuites. L'appellant, qui n'était pas une partie au procès criminel, a obtenu l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance devant notre Cour conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production est annulée.

Le secret professionnel de l'avocat est un principe qui revêt une importance fondamentale pour l'administration de la justice dans son ensemble. Malgré son importance, le secret professionnel de l'avocat n'est toutefois pas absolu et, dans des circonstances limitées, il peut céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour déterminer s'il convient d'écarter le secret professionnel de l'avocat, il faut appliquer le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé. Ce critère doit être appliqué rigoureusement. Le privilège en question devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée. En l'espèce, le juge du procès a eu tort d'appliquer le critère établi par l'arrêt *O'Connor* relativement à la production des dossiers

confidential therapeutic records to govern whether the litigation file should have been produced to the defence.

Before the innocence at stake test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and that he is unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way. The test is applied in two stages in order to reflect the dual nature of the judge's inquiry. At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt. At this stage, the judge has to decide whether she will review the evidence. The judge must ask: "Is there some evidentiary basis for the claim that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt about the guilt of the accused?" It falls to the accused to demonstrate some evidentiary basis for his claim. Mere speculation as to what a file might contain is insufficient. If the judge is satisfied that such an evidentiary basis exists, she must, at the second stage, examine the record and ask: "Is there something in the solicitor-client communication that is likely to raise a reasonable doubt about the accused's guilt?" In most cases, this means that, unless the solicitor-client communication goes directly to one of the elements of the offence, it will not be sufficient to meet this requirement. If the second stage of the test is met, then the judge should order the production but only of that portion of the solicitor-client file that is necessary to raise the defence claimed.

The circumstances in this case did not justify invading the solicitor-client privilege and the trial judge should not have ordered the appellant's litigation file produced to M. The first stage of the innocence at stake test for solicitor-client privilege was not met. There was no evidence that information sought by M could raise a reasonable doubt as to his guilt. Even if in this case the chronological order of the appellant's revelations — to the lawyer, police, therapist, and then the start of a civil suit — was unusual, it does not justify overriding solicitor-client privilege. This "unusual" chronology does not rise to a level that demonstrates that the litigation file could raise a reasonable doubt as to guilt and so fails at the first stage. M would be entitled to raise the

thérapeutiques confidentiels d'un tiers pour décider si le dossier concernant le litige devait être remis à la défense.

Avant même que le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. L'application du critère se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve. Le juge doit se demander : « Y a-t-il des éléments de preuve qui étayent la prétention qu'il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? » Il incombe à l'accusé de démontrer qu'il y a des éléments de preuve qui étayent sa prétention. Une simple supposition quant à ce que pourrait contenir le dossier est insuffisante. Si le juge est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit, à la deuxième étape, examiner le dossier et se demander : « Y a-t-il, dans la communication avocat-client, quelque chose qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? » Dans la plupart des cas, cela signifie que, à moins qu'elle ne concerne directement l'un des éléments de l'infraction, la communication avocat-client ne sera pas suffisante pour satisfaire à cette exigence. Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.

Les circonstances de la présente affaire ne justifiaient pas la levée du secret professionnel de l'avocat et le juge du procès n'aurait pas dû ordonner que le dossier de l'appelant relatif au litige soit remis à M. La première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui s'applique dans le cas du secret professionnel de l'avocat n'a pas été franchie. Il n'avait aucune preuve que les renseignements demandés par M pourraient susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si, en l'espèce, l'ordre chronologique des révélations de l'appelant — à l'avocat, aux policiers, au thérapeute, et ensuite l'engagement de procédures civiles — était inhabituel, il ne justifie pas de passer outre au secret professionnel de l'avocat. Cette chrono-

issue of the appellant's motive to fabricate events for the sake of a civil action at trial from another source, simply by pointing out the sequence of events and the fact that a civil action was initiated.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **discussed:** *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; **referred to:** *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(3).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1997, c. 30], ss. 278.1 to 278.9.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

### Authors Cited

Auburn, Jonathan. *Legal Professional Privilege: Law and Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2000.  
 Orkin, Mark M. *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct*. Toronto: Cartwright & Sons, 1957.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court (General Division), rendered on December 4, 1998, ordering the production of the appellant's civil litigation file to the respondent McClure. Appeal allowed.

logie n'est pas « inhabituelle » au point de démontrer que le dossier relatif au litige pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité et ne franchit donc pas la première étape. M aurait le droit de soulever la question de ce qui a pu inciter l'appellant à inventer des faits pour les besoins d'une action civile, en signalant simplement la suite des événements et le fait qu'une action civile était intentée.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêt analysé :** *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1997, ch. 30], art. 278.1 à 278.9.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4(3).

### Doctrine citée

Auburn, Jonathan. *Legal Professional Privilege: Law and Theory*. Oxford : Hart Publishing, 2000.  
 Orkin, Mark M. *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct*. Toronto : Cartwright & Sons, 1957.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), rendu le 4 décembre 1998, qui a ordonné que le dossier de l'appellant relatif à son action civile soit remis à l'intimé McClure. Pourvoi accueilli.

*Anthony Moustacalis and Daniel Lawson*, for the appellant.

*Christine Bartlett Hughes*, for the respondent Her Majesty the Queen.

*Maureen Forestell and Samantha G. Peeris*, for the respondent McClure.

*John M. Rosen*, for the intervener The Advocates' Society.

*Leslie Pringle and Steven Skurka*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal revisits the reach of solicitor-client privilege. This privilege comes with a long history. Its value has been tested since early in the common law. Its importance has not diminished.

Solicitor-client privilege describes the privilege that exists between a client and his or her lawyer. This privilege is fundamental to the justice system in Canada. The law is a complex web of interests, relationships and rules. The integrity of the administration of justice depends upon the unique role of the solicitor who provides legal advice to clients within this complex system. At the heart of this privilege lies the concept that people must be able to speak candidly with their lawyers and so enable their interests to be fully represented.

Interests compete within our legal system. The policy justifying the existence of solicitor-client privilege might clash with an accused's right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. This appeal raises the issue of whether the solicitor-client privilege of a third person should yield to permit an

*Anthony Moustacalis et Daniel Lawson*, pour l'appelant.

*Christine Bartlett Hughes*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

*Maureen Forestell et Samantha G. Peeris*, pour l'intimé McClure.

*John M. Rosen*, pour l'intervenante The Advocates' Society.

*Leslie Pringle et Steven Skurka*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'étendue du privilège du secret professionnel de l'avocat est réexaminée dans le présent pourvoi. Ce privilège ne date pas d'hier et son utilité a été vérifiée dès les tout débuts de la common law. Il est toujours aussi important.

Le secret professionnel de l'avocat s'entend du privilège qui existe entre un client et son avocat et qui est fondamental pour le système de justice canadien. Le droit est un écheveau complexe d'intérêts, de rapports et de règles. L'intégrité de l'administration de la justice repose sur le rôle unique de l'avocat qui donne des conseils juridiques à des clients au sein de ce système complexe. La notion selon laquelle une personne doit pouvoir parler franchement à son avocat pour qu'il soit en mesure de la représenter pleinement est au cœur de ce privilège.

Des intérêts sont en concurrence dans notre système juridique. La politique justifiant l'existence du secret professionnel de l'avocat pourrait entrer en conflit avec le droit à une défense pleine et entière prévue que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat d'un tiers devrait céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une

1

2

3

accused to make full answer and defence to a criminal charge, and, if so, when.

4 Solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence are integral to our system of justice. Solicitor-client privilege is not absolute so, in rare circumstances, it will be subordinated to an individual's right to make full answer and defence. The problem is when and under what circumstances the right to full answer and defence will override the solicitor-client privilege.

5 For the reasons that follow, I conclude with respect that the occasions when the solicitor-client privilege yields are rare and the test to be met is a stringent one. The circumstances in this case did not justify invading the privilege. The trial judge should not have ordered the litigation file of the third party produced to the accused.

#### I. Facts

6 The respondent, David Elliott McClure, was a librarian and teacher at the Cherokee Public School attended by the appellant, J.C., in the mid-1970s. The respondent McClure was arrested on February 19, 1997 and charged with sexual offences against 11 former students alleged to have occurred between 1962 and 1993.

7 After reading about McClure's arrest in the newspaper, the appellant J.C. retained a lawyer and, on March 21, 1997, gave a taped statement to police alleging incidents of sexual touching by McClure. The appellant's allegations were eventually added to the indictment against the respondent. The appellant met with a therapist and, on May 27, 1997, brought a civil action in the Ontario Court (General Division) against both the respondent McClure and the North York Board of Education.

8 On November 2, 1997, McClure sought production of confidential records from 10 of the 11 complainants, including a demand for the appellant's

défense pleine et entière contre une accusation criminelle, et, dans l'affirmative, dans quels cas.

Le privilège du secret professionnel de l'avocat et le droit de présenter une défense pleine et entière font partie intégrante de notre système de justice. Ce privilège n'est pas absolu de sorte que, dans de rares circonstances, il sera subordonné au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. Le problème est de savoir quand et dans quelles circonstances le droit à une défense pleine et entière aura préséance sur le secret professionnel de l'avocat.

Pour les motifs qui suivent, je conclus en toute déférence que les cas où le secret professionnel de l'avocat cède le pas sont rares et que le critère qui doit être respecté est rigoureux. Les circonstances de la présente affaire ne justifiaient pas la levée du privilège. Le juge du procès n'aurait pas dû ordonner que le dossier du tiers relatif au litige soit remis à l'accusé.

#### I. Les faits

L'intimé, David Elliott McClure, était bibliothécaire et enseignant à l'école publique Cherokee fréquentée par l'appellant J.C. au milieu des années 70. Le 19 février 1997, l'intimé McClure a été arrêté et accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel contre 11 anciens étudiants, entre 1962 et 1993.

Après avoir lu dans le journal que McClure avait été arrêté, l'appellant J.C. a retenu les services d'un avocat et a présenté, le 21 mars 1997, une déclaration enregistrée aux policiers, dans laquelle il alléguait que McClure lui avait fait des attouchements. Les allégations de l'appellant ont par la suite été ajoutées à l'acte d'accusation déposé contre l'intimé. L'appellant a rencontré un thérapeute et a intenté, le 27 mai 1997, une action civile devant la Cour de l'Ontario (Division générale) contre l'intimé McClure et le Conseil de l'éducation de North York.

Le 2 novembre 1997, McClure a sollicité la production de dossiers confidentiels de 10 des 11 plaignants, dont le dossier de l'appellant relatif à son

civil litigation file. The appellant's litigation file was sought, it was submitted, to determine the nature of the allegations first made by the appellant to his solicitor and to assess the extent of the appellant's motive to fabricate or exaggerate the incidents of abuse.

## II. Judicial History

### A. *Ontario Court (General Division)*, Ruling of Hawkins J., November 25, 1998

Hawkins J. stated that in accordance with *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the appellant's therapeutic records, school records and solicitor-client records had to be produced to him for review.

The trial judge emphasized that he was only dealing with the first step of the "*O'Connor* test", to determine if the record was "likely relevant" to some specific issue or the issue of credibility", sufficient to order production to the trial judge for further screening prior to ordering production to the defence.

Hawkins J. concluded that the "unusual chronological order" of the revelations of the appellant — to the lawyer, police, therapist, and then the start of a civil suit — could raise the question of motive and pointed to the likely relevance for the defence of the appellant's privileged instructions to his lawyer.

### B. *Ontario Court (General Division)*, Ruling of Hawkins J., December 4, 1998

At the second hearing, presumably being satisfied that the first step had been met, Hawkins J. granted McClure access to J.C.'s litigation file. He concluded that the accused should be entitled to question the motive of the appellant at the trial of the accused in an attempt to show that the appellant's complaint in the criminal proceeding was made merely to bolster the civil action against the accused and the North York School Board.

action civile. Ce dossier de l'appelant, a-t-on prétendu, servirait à déterminer la nature des allégations que l'appelant avait d'abord faites à son avocat et à évaluer ce qui a pu inciter l'appelant à inventer ou à exagérer les épisodes d'agression.

## II. L'historique des procédures judiciaires

### A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, décision du juge Hawkins, le 25 novembre 1998

Le juge Hawkins a affirmé que, selon l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, les dossiers thérapeutiques et scolaires de l'appelant de même que ses dossiers protégés par le secret professionnel de l'avocat devaient lui être remis pour qu'il puisse les examiner.

Le juge du procès a souligné qu'il n'appliquait que le premier volet du « critère de l'arrêt *O'Connor* » pour déterminer si le dossier était [TRADUCTION] « vraisemblablement pertinent » quant à certaines questions particulières ou à la question de la crédibilité », et ce, dans une mesure suffisante pour en exiger la production afin de pouvoir l'examiner plus en profondeur avant d'en ordonner la production à la défense.

Le juge Hawkins a conclu qu'en raison de [TRADUCTION] « l'ordre chronologique inhabituel » des révélations de l'appelant — à l'avocat, aux policiers, au thérapeute, et puis l'engagement de procédures civiles —, la question du mobile pouvait se poser et il a souligné la pertinence vraisemblable pour la défense des directives privilégiées de l'appelant à son avocat.

### B. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, décision du juge Hawkins, le 4 décembre 1998

À la deuxième audience, probablement parce qu'il était convaincu que la première étape avait été franchie, le juge Hawkins a permis à McClure d'avoir accès au dossier de J.C. relatif au litige. Il a décidé qu'à son procès l'accusé devait être autorisé à mettre en question le mobile de l'appelant dans le but de démontrer que la plainte qu'il avait déposée dans les poursuites criminelles visait principalement à étayer l'action civile intentée contre l'ac-

9

10

11

12

Although most of this information was available to the respondent McClure without access to the appellant's litigation file, the trial judge nonetheless found that certain matters of sequence were significant, and not necessarily available to the defence without access to the complainant's file.

cusé et le Conseil de l'éducation de North York. Même si l'intimé McClure pouvait obtenir la majeure partie de ces renseignements sans avoir accès au dossier de l'appelant relatif au litige, le juge du procès a néanmoins conclu que certaines questions d'ordre chronologique étaient importantes et que la défense ne pourrait pas nécessairement en prendre connaissance sans consulter le dossier du plaignant.

13 He concluded that the balance between the confidentiality of the litigation file and the right of the respondent McClure to make full answer and defence could be met by ordering all references to quantum of settlement and fees deleted from the produced file.

Il a jugé que la conciliation entre le droit à la confidentialité du dossier relatif au litige et le droit de l'intimé McClure à une défense pleine et entière pourrait se faire au moyen d'une ordonnance enjoignant de supprimer du dossier à produire toutes les mentions du montant du règlement et des honoraires.

14 The trial judge's order was stayed pending appeal: [1999] O.J. No. 1405 (QL). The two counts involving the appellant were severed and never prosecuted. The respondent McClure was ultimately convicted of 11 counts, in relation to 6 other complainants.

L'ordonnance du juge du procès a été suspendue en attendant l'issue de l'appel : [1999] O.J. No. 1405 (QL). Les deux chefs d'accusation mettant en cause l'appelant ont été séparés et n'ont jamais donné lieu à des poursuites. L'intimé McClure a finalement été déclaré coupable relativement à 11 chefs d'accusation concernant 6 autres plaignants.

15 There is no court of appeal judgment. The third party appellant, J.C., was not a party in the criminal trial. Consequently, he could not appeal the interlocutory order for the production of his private records. An application was made directly to this Court (s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26) for leave to appeal the "final order" ordering production of his litigation file.

Aucun arrêt de cour d'appel n'a été rendu. Le tiers appellant, J.C., n'était pas une partie au procès criminel. Par conséquent, il ne pouvait pas interjeter appel contre l'ordonnance interlocutoire enjoignant de produire ses dossiers privés. Une demande a été présentée directement à notre Cour (par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26) en vue d'obtenir l'autorisation d'en appeler de l'« ordonnance définitive » enjoignant de produire son dossier relatif au litige.

### III. Issues

### III. Les questions en litige

- 16
1. Should the solicitor-client privilege ever give way to an accused's right to full answer and defence and if so in what circumstances?
  2. If solicitor-client privilege should yield, what is the appropriate test?
  3. Should the trial judge have ordered the litigation file to be disclosed in the circumstances of this case?

1. Se peut-il que le secret professionnel de l'avocat doive céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances?
2. Si le secret professionnel de l'avocat devait céder le pas, quel critère devrait être appliqué?
3. Le juge du procès aurait-il dû ordonner la communication du dossier relatif au litige dans les circonstances de la présente affaire?



IV. AnalysisA. *Evolution of Solicitor-Client Privilege*

Solicitor-client privilege is part of and fundamental to the Canadian legal system. While its historical roots are a rule of evidence, it has evolved into a fundamental and substantive rule of law.

There is academic dispute over the origins of solicitor-client privilege. The commonly accepted history of the privilege was set out by Wigmore in *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), at p. 543. In Wigmore's "honor theory," the rationale for solicitor-client privilege stems from "a consideration for *the oath and the honor* of the attorney rather than for the apprehensions of his client" (emphasis in original).

This theory was referred to in subsequent case law in Canada. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Dickson J., as he then was, at p. 834, stated that the history of the privilege could be traced to the reign of Elizabeth I:

[Solicitor-client privilege] stemmed from respect for the 'oath and honour' of the lawyer, dutybound to guard closely the secrets of his client, and was restricted in operation to an exemption from testimonial compulsion.

The honor theory was expounded by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 728:

The solicitor-client privilege is the oldest of the privileges for confidential communications with roots in the 16th century. The basis of the early rule was the oath and honour of the solicitor, as a professional man and a gentleman, to keep his client's secret. Thus, the early privilege belonged solely to the solicitor, and the client benefited from it only incidentally. [Footnotes omitted.]

IV. AnalyseA. *L'évolution du secret professionnel de l'avocat*

Le secret professionnel de l'avocat est un aspect fondamental du système juridique canadien. Bien qu'il ait son origine dans une règle de preuve, il est devenu une règle de droit fondamentale et substantielle.

Les auteurs ne s'entendent pas sur les origines du secret professionnel de l'avocat. L'historique généralement retenu de ce privilège est celui qu'en fait Wigmore dans *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), p. 543. D'après la [TRADUCTION] « théorie de l'honneur » de Wigmore, le secret professionnel de l'avocat découle d'un [TRADUCTION] « respect pour le serment et l'honneur de l'avocat plutôt que pour les craintes de son client » (en italique dans l'original).

Cette théorie a été évoquée dans la jurisprudence canadienne ultérieure. Dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 834, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé que l'histoire du privilège remontait au règne d'Élizabeth I :

[Le secret professionnel de l'avocat] découle [...] du respect [TRADUCTION] « du serment et de l'honneur » de l'avocat, tenu de garder étroitement les secrets de son client, et est limité, dans son application, à une exemption de l'obligation de témoigner.

La théorie de l'honneur a été expliquée par J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 728 :

[TRADUCTION] Le secret professionnel de l'avocat est le plus ancien des privilèges en matière de communications confidentielles et remonte au XVI<sup>e</sup> siècle. À l'origine, la règle reposait sur le serment et l'honneur de l'avocat qui, en sa qualité d'homme de profession libérale et de gentilhomme, était tenu de garder les secrets de son client. Par conséquent, à l'origine, le privilège était propre uniquement à l'avocat, et le client en tirait avantage de manière incidente seulement. [Renvois omis.]

17

18

19

20

21 The honor theory was rejected by J. Auburn in his book *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (2000), at pp. 6-7:

When “honour” was invoked in the sixteenth century in the context of witness testimony, it meant an alternative basis for the taking of evidence, i.e. that evidence should be taken on one’s word or in writing, rather than on the strength of the oath. It did not mean that evidence should not be taken at all.

The Wigmorean view of the origin of the privilege is flawed, both in regard to the original rationale for the privilege and in seeing it as an immediate reaction to testimonial compulsion. The privilege was not so obviously important that it immediately commended itself as a natural exception to compulsion. It may have arisen gradually, and some time after the advent of compulsion, as a rule grounded more on practicality and the apparent illogicality of having a lawyer testify to matters his client could not have spoken of. [Footnotes omitted.]

The debate surrounding the origin of solicitor-client privilege while of some interest need not be resolved here. Whatever the origin of the privilege, it has clearly evolved into a substantive rule of law in Canada.

22 The solicitor-client privilege began in Canada as a rule of evidence. See *R. v. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (Ont. H.C.), *per* Osler J., at p. 13:

Finally, the question of solicitor-client privilege is, in this connection, a troublesome one. On the one hand, no authority should be given *carte blanche* to search through the files in a solicitor’s office in hopes of discovering material prepared for the purpose of advising the client in the normal and legitimate course of professional practice. The privilege, however, is exclusively that of the client and does not extend to correspondence, memoranda or documents prepared for the purpose of assisting a client to commit a crime. . . .

There can be no sure way of classifying the various types of material in advance and, in any event, it must be remembered that the rule is a rule of evidence, not a rule of property. [Emphasis added.]

J. Auburn a rejeté la théorie de l’honneur dans son ouvrage intitulé *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (2000), p. 6-7 :

[TRADUCTION] Quand l’« honneur » était invoqué dans le cadre d’un témoignage au XVI<sup>e</sup> siècle, le témoignage avait un autre fondement en ce sens qu’il devait être recueilli par écrit ou en se fiant à la parole du témoin, plutôt que sur la foi du serment. Cela ne signifiait pas qu’aucun témoignage ne devait être recueilli.

La conception qu’a Wigmore de l’origine du privilège est boiteuse, à la fois en ce qui concerne la raison d’être initiale du privilège et le fait de le considérer comme une réaction immédiate à une contrainte à témoigner. Le privilège n’était pas manifestement important au point de se présenter aussitôt comme une exception naturelle à la contrainte. Il peut s’être développé progressivement, et quelque temps après l’émergence de la contrainte, comme une règle fondée davantage sur l’utilité et l’illogisme apparent de faire témoigner un avocat au sujet de questions dont son client n’aurait pas pu parler. [Renvois omis.]

Même si le débat entourant l’origine du secret professionnel de l’avocat présente un certain intérêt, il n’est pas nécessaire de le régler en l’espèce. Quelle que soit l’origine du privilège, il est clairement devenu une règle de fond du droit canadien.

Au Canada, le secret professionnel de l’avocat a son origine dans une règle de preuve. Voir *R. c. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (H.C. Ont.), le juge Osler, p. 13 :

[TRADUCTION] Enfin, la question du secret professionnel de l’avocat est épineuse à cet égard. D’une part, nulle autorité ne devrait avoir carte blanche pour fouiller les dossiers d’un cabinet d’avocat dans l’espoir d’y découvrir des documents préparés pour conseiller le client dans l’exercice normal et légitime de la profession. Toutefois, le privilège est exclusivement celui du client et ne s’étend pas à la correspondance, aux notes ou aux documents destinés à aider un client à commettre un crime . . .

Il n’y a aucun moyen sûr de classer les différents types de document à l’avance et, quoi qu’il en soit, il faut se rappeler que la règle en cause est une règle de preuve, et non une règle de propriété. [Je souligne.]

In time, the status of solicitor-client privilege as a rule was elevated in the common law. See *Solosky*, *supra*, per Dickson J., at p. 836:

Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room.

This was expanded in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Lamer J., as he then was, recognized the implications of *Solosky*, *supra*, at p. 875:

The Court [in *Solosky*, *supra*] in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

In *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at p. 383, Wilson J. confirmed that in *Solosky*, *supra*, solicitor-client privilege was a “fundamental civil and legal right”. Finally, in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, Cory J. for the majority stated at para. 45: “solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system” and at para. 48: “now it has evolved into a substantive rule.”

The existence of solicitor-client privilege as a fundamental legal right answers little. The solicitor-client privilege must be examined in the context of other types of privileges to demonstrate its unique status within the legal system.

#### B. *Types of Privilege*

The law recognizes a number of communications as worthy of confidentiality. The protection

Avec le temps, le secret professionnel de l’avocat en tant que règle a pris de l’importance en common law. Voir le juge Dickson dans l’arrêt *Solosky*, précité, p. 836 :

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège sur un plan nouveau. Le privilège n’est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d’écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d’audience.

Cette idée a été précisée dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a reconnu les répercussions de l’arrêt *Solosky*, précité, p. 875 :

En fait la Cour [dans l’arrêt *Solosky*, précité], à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Dans l’arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 383, le juge Wilson a confirmé que, dans l’arrêt *Solosky*, précité, le secret professionnel de l’avocat était un « droit civil fondamental ». Enfin, dans l’arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, le juge Cory a affirmé, au nom de la Cour à la majorité, que le « secret professionnel de l’avocat est considéré depuis longtemps comme étant d’une importance fondamentale pour notre système judiciaire » (par. 45) et qu’« [i]l s’agit maintenant d’une règle de fond » (par. 48).

L’existence du secret professionnel de l’avocat en tant que droit fondamental règle peu de choses. Il faut examiner le secret professionnel de l’avocat à la lumière d’autres types de privilège pour démontrer la place exceptionnelle qu’il occupe dans le système juridique.

#### B. *Les types de privilège*

Le droit reconnaît qu’un certain nombre de communications méritent d’être gardées confiden-

23

24

25

26

of these communications serves a public interest and they are generally referred to as privileged.

tielles. La protection des ces communications sert l'intérêt public et elles sont généralement qualifiées de privilégiées.

27

There are currently two recognized categories of privilege: relationships that are protected by a "class privilege" and relationships that are not protected by a class privilege but may still be protected on a "case-by-case" basis. See *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, *per* Lamer C.J., at p. 286, for a description of "class privilege":

Actuellement, deux catégories de privilèges sont reconnues : les rapports qui font l'objet d'un « privilège générique » et ceux qui ne font pas l'objet d'un tel privilège mais qui peuvent néanmoins faire l'objet d'un privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas ». Voir la description du « privilège générique » que donne le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 286 :

The parties have tended to distinguish between two categories: a "blanket", *prima facie*, common law, or "class" privilege on the one hand, and a "case-by-case" privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). Such communications are excluded not because the evidence is not relevant, but rather because, there are overriding policy reasons to exclude this relevant evidence. Solicitor-client communications appear to fall within this first category. . . . [Emphasis in original.]

Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories: un privilège *prima facie* « général » de common law ou un privilège « générique », d'une part, et un privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas », d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). De telles communications sont exclues non pas parce que l'élément de preuve n'est pas pertinent, mais plutôt parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent. Les communications entre un avocat et son client paraissent s'inscrire dans le cadre de cette première catégorie . . . [Souligné dans l'original.]

28

For a relationship to be protected by a class privilege, thereby warranting a *prima facie* presumption of inadmissibility, the relationship must fall within a traditionally protected class. Solicitor-client privilege, because of its unique position in our legal fabric, is the most notable example of a class privilege. Other examples of class privileges are spousal privilege (now codified in s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5) and informer privilege (which is a subset of public interest immunity).

Pour que des rapports fassent l'objet d'un privilège générique et justifient ainsi l'application d'une présomption *prima facie* d'inadmissibilité, ils doivent relever d'une catégorie traditionnellement protégée. Le secret professionnel de l'avocat, en raison de la place exceptionnelle qu'il occupe dans notre système juridique, est l'exemple de privilège générique le plus remarquable. Le privilège relatif aux conjoints (maintenant codifié au par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5) et le privilège relatif aux indicateurs de police (qui est une composante de l'immunité d'intérêt public) sont d'autres exemples de privilège générique.

Other confidential relationships are not protected by a class privilege, but may be protected on a case-by-case basis. Examples of such relationships include doctor-patient, psychologist-patient, journalist-informant and religious communications. The Wigmore test, containing four criteria, has come to govern the circumstances under which privilege is extended to certain communications that are not traditionally-recognized class privileges (Wigmore, *supra*, at p. 527):

(1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.

(2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.

(4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis deleted.]

Medical therapist records are different because, although a traditional common law privilege does not attach to these documents, a right to confidentiality exists upon balancing individual rights: the reasonable expectation of privacy of the third person versus the right to make full answer and defence to a criminal charge. The procedure for protection of such records is codified in ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

### C. Rationale of Solicitor-Client Privilege

The foregoing privileges, such as communication between a doctor and his patient, do not occupy the unique position of solicitor-client privilege or resonate with the same concerns. This privilege, by itself, commands a unique status within

D'autres rapports confidentiels ne font pas l'objet d'un privilège générique, mais peuvent faire l'objet d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas. À titre d'exemples, mentionnons les rapports médecin-patient, psychologue-patient et journaliste-informateur, ainsi que les communications religieuses. Le critère de Wigmore, qui comporte quatre conditions, en est venu à régir les circonstances dans lesquelles le privilège s'applique à certaines communications qui ne font pas l'objet de privilèges génériques traditionnellement reconnus (Wigmore, *op. cit.*, p. 527) :

[TRADUCTION]

(1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

(4) Le préjudice permanent que subirait les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. [Italiques omis.]

Les dossiers thérapeutiques médicaux sont différents parce que, même si aucun privilège de common law traditionnel ne s'y rattache, un droit à la confidentialité découle d'une évaluation des droits individuels : l'attente raisonnable qu'a le tiers en ce qui concerne la protection de sa vie privée par opposition au droit de présenter une défense pleine et entière face à une accusation criminelle. La procédure applicable à la protection de ces dossiers est codifiée aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

### C. La raison d'être du secret professionnel de l'avocat

Les privilèges qui précèdent, tel celui relatif aux communications entre un médecin et son patient, n'occupent pas la même place exceptionnelle que le secret professionnel de l'avocat et ne reflètent pas les mêmes préoccupations. Le secret profes-

29

30

31

the legal system. The important relationship between a client and his or her lawyer stretches beyond the parties and is integral to the workings of the legal system itself. The solicitor-client relationship is a part of that system, not ancillary to it. See *Gruenke*, *supra*, per Lamer C.J., at p. 289:

The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication (see: *Geffen v. Goodman Estate*, *supra*, and *Solosky v. The Queen*, *supra*). In my view, religious communications, notwithstanding their social importance, are not inextricably linked with the justice system in the way that solicitor-client communications surely are.

It is this distinctive status within the justice system that characterizes the solicitor-client privilege as a class privilege, and the protection is available to all who fall within the class.

32 That solicitor-client privilege is of fundamental importance was repeated in *Jones*, *supra*, per Cory J., at para. 45:

The solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system. Well over a century ago in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), at p. 649, the importance of the rule was recognized:

The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, . . . to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence . . . that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so

sionnel de l'avocat commande en soi une place exceptionnelle dans le système juridique. Les rapports importants qui existent entre un client et son avocat ne se limitent pas aux parties et font partie intégrante des rouages du système juridique lui-même. Les rapports entre un avocat et son client font partie de ce système et n'y sont pas subordonnés. Voir l'arrêt *Gruenke*, précité, le juge en chef Lamer, p. 289 :

La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée (voir: *Geffen c. Succession Goodman* et *Solosky c. La Reine*, précités). À mon avis, les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées au système de justice de la même manière que le sont certainement les communications entre l'avocat et son client.

C'est cette place distinctive qu'il occupe dans le système de justice qui fait du secret professionnel de l'avocat un privilège générique, de sorte qu'il peut être invoqué par tous ceux et celles qui relèvent de cette catégorie.

Le juge Cory réitère l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat dans l'arrêt *Jones*, précité, par. 45 :

Le secret professionnel de l'avocat est considéré depuis longtemps comme étant d'une importance fondamentale pour notre système judiciaire. Cette règle a été reconnue il y a plus de cent ans, dans *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), à la p. 649:

[TRADUCTION] L'objet et la teneur de la règle sont les suivants: comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu'un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [. . .] qu'il puisse, pour employer une expression populaire, tout avouer au professionnel qu'il consulte pour faire valoir sa demande ou pour se défendre [. . .], qu'il puisse placer toute sa confiance dans ce représentant professionnel et que les choses communiquées demeurent secrètes, sauf consentement de sa

makes to him should be kept secret, unless with his consent (for it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

The importance of solicitor-client privilege to both the legal system and society as a whole assists in determining whether and in what circumstances the privilege should yield to an individual's right to make full answer and defence. The law is complex. Lawyers have a unique role. Free and candid communication between the lawyer and client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client's position. The existence of a fundamental right to privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication between the lawyer and client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack.

#### D. *Scope of Solicitor-Client Privilege*

Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute. It is subject to exceptions in certain circumstances. *Jones, supra*, examined whether the privilege should be displaced in the interest of protecting the safety of the public, *per* Cory J. at para. 51:

Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail.

However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.

part (car il s'agit de son privilège et non de celui du mandataire qui reçoit l'information confidentielle), afin qu'il soit bien préparé à mener son procès.

L'importance du secret professionnel de l'avocat pour le système juridique et pour l'ensemble de la société aide à déterminer si et dans quelles circonstances ce privilège devrait céder le pas au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. Le droit est complexe. Le rôle des avocats est singulier. La communication libre et franche entre l'avocat et son client protège les droits que la common law reconnaît au citoyen. Il est essentiel qu'un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de son client. L'existence d'un droit fondamental au secret professionnel de l'avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l'avocat a avec son client. L'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. L'immunité de ce privilège contre toute attaque s'explique par la nécessité de le préserver.

#### D. *L'étendue du secret professionnel de l'avocat*

Malgré son importance, le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu. Il est assujéti à des exceptions dans certains cas. Dans l'arrêt *Jones*, précité, par. 51, le juge Cory a examiné si le privilège devait être supplanté afin d'assurer la sécurité du public :

De la même façon qu'aucun droit n'est absolu, aucun privilège ne l'est, y compris celui du secret professionnel de l'avocat qui souffre des exceptions bien définies. La décision d'exclure des éléments de preuve qui seraient à la fois pertinents et d'une grande valeur probante parce qu'ils font l'objet du secret professionnel de l'avocat constitue une décision de principe qui est fondée sur l'importance que revêt ce privilège pour notre système judiciaire en général. Dans certains cas, toutefois, d'autres valeurs sociales doivent avoir préséance.

Toutefois, le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

33

34

35

36 Not all communications between a lawyer and her client are privileged. In order for the communication to be privileged, it must arise from communication between a lawyer and the client where the latter seeks lawful legal advice. Wigmore, *supra*, sets out a statement of the broad rule, at p. 554:

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.

37 As stated, only communications made for the legitimate purpose of obtaining lawful professional advice or assistance are privileged. The privilege may only be waived by the client. See M. M. Orkin, *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct* (1957), at p. 84:

It is the duty of a solicitor to insist upon this privilege which extends to "all communication by a client to his solicitor or counsel for the purpose of obtaining professional advice or assistance in a pending action, or in any other proper matter for professional assistance" [Ludwig, 29 C.L. Times 253; *Minet v. Morgan* (1873), 8 Ch. App. 361]. The privilege is that of the client and can only be waived by the client.

#### E. Full Answer and Defence

38 While solicitor-client privilege is almost absolute, the question here is whether the privilege should be set aside to permit the accused his right to full answer and defence by permitting him access to a complainant's civil litigation file. It is agreed that the file in this case qualifies for solicitor-client privilege. The solicitor-client privilege and the accused's *Charter* right to full answer and defence are both protected by law. Which prevails when they clash?

39 *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607, opened this question:

The right of the innocent not to be convicted is reflected in our society's fundamental commitment to a

Les communications entre un avocat et son client ne sont pas toutes privilégiées. Pour qu'une communication soit privilégiée, il doit s'agir d'une communication entre un avocat et son client au cours de laquelle ce dernier sollicite des conseils juridiques licites. Wigmore, *op. cit.*, énonce ainsi la règle générale, p. 554 :

[TRADUCTION] Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

Ainsi, seules les communications faites dans le but légitime d'obtenir une aide ou des conseils professionnels licites sont privilégiées. Seul le client peut renoncer au privilège. Voir M. M. Orkin, *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct* (1957), p. 84 :

[TRADUCTION] Il incombe à l'avocat d'insister sur ce privilège qui s'applique à « toute communication qu'un client fait à son avocat dans le but d'obtenir une aide ou des conseils professionnels relativement à une action pendante ou à toute autre question qui se prête à une aide professionnelle » [Ludwig, 29 C.L. Times 253; *Minet c. Morgan* (1873), 8 Ch. App. 361]. Le privilège est celui du client et seul ce dernier peut y renoncer.

#### E. La défense pleine et entière

Bien que le secret professionnel de l'avocat soit presque absolu, il s'agit en l'espèce de savoir si ce privilège devrait être levé pour permettre à l'accusé d'exercer son droit à une défense pleine et entière en lui donnant accès au dossier du plaignant relatif à son action civile. Il est admis que le dossier en l'espèce est protégé par le secret professionnel de l'avocat. Le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à l'accusé sont tous les deux protégés par la loi. Lequel l'emporte en cas de conflit?

L'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 607, a soulevé cette question :

À l'appui du droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable, la société reconnaît le droit d'un inculpé à un



fair trial, a commitment expressly embodied in s. 11(d) of the *Charter*. It has long been recognized that an essential facet of a fair hearing is the “opportunity adequately to state [one’s] case”. . . . This applies with particular force to the accused, who may not have the resources of the state at his or her disposal. Thus . . . our courts have held that even informer privilege and solicitor-client privilege may yield to the accused’s right to defend himself on a criminal charge: . . . *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).

Rules and privileges will yield to the *Charter* guarantee of a fair trial where they stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence (see *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, *per* McLachlin J., as she then was). This Court has held that informer privilege will yield in circumstances where to fail to do so will result in a wrongful conviction. Our system will not tolerate conviction of the innocent. However, an accused’s right to make full answer and defence in our system, while broad, is understandably not perfect. Section 7 of the *Charter* entitles an accused to a fair hearing but not always to the most favourable procedures that could possibly be imagined (see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *per* La Forest J., at p. 362).

#### F. *Solicitor-Client Privilege vs. Full Answer and Defence*

Solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence are principles of fundamental justice. The right of an accused to full answer and defence is personal to him or her and engages the right to life, liberty, security of the person and the right of the innocent not to be convicted. Solicitor-client privilege while also personal is broader and is important to the administration of justice as a whole. It exists whether or not there is the immediacy of a trial or of a client seeking advice.

procès équitable, qui est expressément consacré à l’al. 11d) de la *Charte*. Il est depuis longtemps reconnu qu’un aspect essentiel d’un procès équitable est de donner à l’accusé «l’occasion d’exposer adéquatement sa cause»: [. . .] L’application de ce principe est particulièrement importante pour l’accusé qui n’a pas à sa disposition les ressources de l’État. Nos tribunaux ont donc [. . .] statué que le droit de l’accusé de répondre à une accusation criminelle peut même l’emporter sur le privilège relatif aux indicateurs de police et sur le secret professionnel de l’avocat: [. . .] *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

Les règles et privilèges cèdent le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte* dans les cas où ils empêchent une personne innocente d’établir son innocence (voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Notre Cour a statué que le privilège relatif aux indicateurs de police cédera le pas dans le cas où le défaut de le faire entraînerait une déclaration de culpabilité injustifiée. Notre système ne tolère pas qu’un innocent soit déclaré coupable. Cependant, il va sans dire que le droit à une défense pleine et entière que possède l’accusé dans notre système, bien qu’il soit large, n’est pas parfait. L’article 7 de la *Charte* reconnaît à l’accusé le droit à un procès équitable, mais il ne lui donne pas toujours le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer (voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 362).

#### F. *Le secret professionnel de l’avocat versus la défense pleine et entière*

Le secret professionnel de l’avocat et le droit à une défense pleine et entière sont des principes de justice fondamentale. Le droit d’un accusé à une défense pleine et entière lui est personnel et implique le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi que le droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable. Le privilège du secret professionnel de l’avocat, bien qu’il soit également personnel, est plus large et est important pour l’administration de la justice dans son ensemble. Il existe peu importe qu’un procès soit imminent ou qu’un client soit sur le point de demander des conseils.

40

41

42 The importance of both of these rights means that neither can always prevail. In some limited circumstances, the solicitor-client privilege may yield to allow an accused to make full answer and defence. What are those circumstances?

### G. Existing Tests

43 In determining those circumstances, there are two useful tests which help to identify when the right to make full answer and defence will prevail over the need for confidentiality. While useful, neither test sufficiently addresses the unique concerns evoked by solicitor-client privilege and, as explained later, more is needed.

44 The first test originated in *O'Connor, supra*, relative to procedures to govern production of medical or therapeutic records that are in the hands of third parties. Subsequently, Parliament codified the procedure in ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* and its constitutionality was upheld in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. The *O'Connor* test and ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* were created with the sensitivity and unique character of third party therapeutic records in mind. They focus on an individual's privacy interest and not the broader policy objectives underlying the administration of justice.

45 The other test is the innocence at stake test for informer privilege, see *Leipert, supra*. This test details the circumstances under which the identity of an informer might have to be revealed. The value of reliable informers to the administration of justice has been recognized for a long time, so much so that it too is a class privilege. This explains why the high standard of showing that the innocence of the accused is at stake before permitting invasion of the privilege is necessary. Should the privilege be invaded, the State then generally provides for the protection of the informer through various safety programs, again illustrating the public importance of that privilege. The threshold created by the innocence at stake test comes the closest to addressing the concerns raised in this appeal

L'importance de ces deux droits fait en sorte que ni l'un ni l'autre ne peut toujours l'emporter. Dans certaines circonstances limitées, le secret professionnel de l'avocat peut céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière. Quelles sont ces circonstances?

### G. Les critères existants

Deux critères peuvent aider à déterminer les circonstances dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière l'emportera sur le besoin de confidentialité. Bien qu'ils soient utiles, aucun de ces deux critères ne tient suffisamment compte des préoccupations particulières que soulève le secret professionnel de l'avocat et, comme je vais l'expliquer plus loin, il faut davantage.

Le premier critère remonte à l'arrêt *O'Connor*, précité, qui concernait la procédure régissant la production des dossiers médicaux ou thérapeutiques qui sont entre les mains de tiers. Par la suite, cette procédure a été codifiée par le Parlement aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* et sa constitutionnalité a été confirmée dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Le critère de l'arrêt *O'Connor* et les art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* ont été créés en fonction du caractère confidentiel et particulier des dossiers thérapeutiques de tiers. Ils sont axés sur le droit à la vie privée d'un individu et non sur les objectifs d'ordre public plus larges qui sous-tendent l'administration de la justice.

L'autre critère est celui de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui s'applique dans le cas du privilège relatif aux indicateurs de police; voir l'arrêt *Leipert*, précité. Ce critère énumère les circonstances dans lesquelles l'identité d'un indicateur de police pourrait devoir être dévoilée. L'importance que les indicateurs de police sûrs revêtent pour l'administration de la justice est reconnue depuis longtemps, à tel point que le privilège qui concerne ces indicateurs est lui aussi un privilège générique. Cela explique pourquoi la norme stricte qui assujettit la levée de ce privilège à la démonstration que l'innocence de l'accusé est en jeu est nécessaire. Si jamais le privilège est levé, l'État assure alors en général la protection de l'indicateur au moyen de divers programmes de sécurité, ce qui

as it is appropriately high. Both informer privilege and solicitor-client privilege are ancient and hallowed protections. See *Leipert, supra, per McLachlin J.*, at para. 12:

Informer privilege is of such importance that once found, courts are not entitled to balance the benefit enuring from the privilege against countervailing considerations, as is the case, for example, with Crown privilege or privileges based on Wigmore's four-part test: . . .

H. *The Innocence at Stake Test for Solicitor-Client Privilege*

In granting the respondent McClure access to the complainant's civil litigation file, the trial judge applied the *O'Connor* test for disclosure of confidential therapeutic records. With respect, this was an error. The appropriate test by which to determine whether to set aside solicitor-client privilege is the innocence at stake test, set out below. Solicitor-client privilege should be set aside only in the most unusual cases. Unless individuals can be certain that their communications with their solicitors will remain entirely confidential, their ability to speak freely will be undermined.

In recognition of the central place of solicitor-client privilege within the administration of justice, the innocence at stake test should be stringent. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction.

démontre encore une fois l'importance de ce privilège pour le public. Parce qu'elle est stricte comme il se doit, la norme établie par le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé est celle qui permet le mieux de tenir compte des préoccupations soulevées dans le présent pourvoi. Le privilège relatif aux indicateurs de police et le secret professionnel de l'avocat sont des protections anciennes et consacrées. Voir les propos du juge McLachlin dans l'arrêt *Leipert*, précité, par. 12 :

Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires comme, par exemple, le privilège de la Couronne ou les privilèges fondés sur le critère à quatre volets de Wigmore: . . .

H. *Le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui s'applique dans le cas du secret professionnel de l'avocat*

En donnant à l'intimé McClure accès au dossier du plaignant relatif à son action civile, le juge du procès a appliqué le critère de l'arrêt *O'Connor* qui concerne la communication de dossiers thérapeutiques confidentiels. En toute déférence, il s'agissait d'une erreur. Pour déterminer s'il convient d'écarter le secret professionnel de l'avocat, il faut appliquer le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé énoncé plus loin. Le secret professionnel de l'avocat ne devrait être écarté que dans les cas les plus inusités. À moins qu'une personne ne soit certaine que ses communications avec son avocat resteront entièrement confidentielles, sa capacité de parler librement sera amoindrie.

Eu égard à la place centrale que le secret professionnel de l'avocat occupe dans l'administration de la justice, le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé doit être appliqué rigoureusement. Le privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée.

48 Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and he is otherwise unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way.

49 By way of illustration, if the accused could raise a reasonable doubt at his trial on the question of *mens rea* by access to the solicitor-client file but could also raise a reasonable doubt with the defence of alibi and/or identification, then it would be unnecessary to use the solicitor-client file. The innocence of the accused would not be at stake but instead it is his wish to mount a more complete defence that would be affected. On the surface it may appear harsh to deny access as the particular privileged evidence might raise a reasonable doubt, nonetheless, the policy reasons favouring the protection of the confidentiality of solicitor-client communications must prevail unless there is a genuine danger of wrongful conviction.

50 The innocence at stake test is applied in two stages in order to reflect the dual nature of the judge's inquiry. At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt. At this stage, the judge has to decide whether she will review the evidence.

51 If the trial judge is satisfied that such an evidentiary basis exists, then she should proceed to stage two. At that stage, the trial judge must examine the solicitor-client file to determine whether, in fact, there is a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused. It is evident that the test in the first stage (could raise a reasonable doubt) is different than that of the second stage (likely to raise a reasonable doubt). If the

Avant même que le critère soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est, du reste, incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Par exemple, si l'accusé était en mesure de susciter un doute raisonnable à son procès relativement à la question de la *mens rea* en accédant au dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat, mais également en invoquant l'alibi ou l'identification, ou les deux à la fois, comme moyen de défense, il ne serait pas nécessaire alors d'utiliser le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat. L'innocence de l'accusé ne serait pas en jeu, mais ce serait sa volonté de préparer une défense plus complète qui serait contrariée. De prime abord, il peut paraître dur de refuser l'accès alors que l'élément de preuve privilégié en question pourrait susciter un doute raisonnable; toutefois, les raisons de politique générale qui militent faveur du maintien de la confidentialité des communications entre un avocat et son client doivent l'emporter sauf s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée.

L'application du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve.

Si le juge du procès est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit ensuite passer à la deuxième étape, qui consiste à examiner le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat afin de déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il est évident que le critère applicable à la première étape (pourrait susciter un doute raison-

second stage of the test is met, then the trial judge should order the production but only of that portion of the solicitor-client file that is necessary to raise the defence claimed.

(1) Stage #1

The first stage of the innocence at stake test for invading the solicitor-client privilege requires production of the material to the trial judge for review. There has to be some evidentiary basis for the request. This is a threshold requirement designed to prevent “fishing expeditions”. Without it, it would be too easy for the accused to demand examination of solicitor-client privileged communications by the trial judge. As this request constitutes a significant invasion of solicitor-client privilege, it should not be entered into lightly. On the other hand, the bar cannot be set so high that it can never be met. The trial judge must ask: “Is there some evidentiary basis for the claim that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt about the guilt of the accused?”

It falls to the accused to demonstrate some evidentiary basis for his claim that there exists a solicitor-client communication relevant to the defence he raises. Mere speculation as to what a file might contain is insufficient.

That is then followed by a requirement that the communication sought by the accused could raise a reasonable doubt as to his guilt. This must be considered in light of what the accused knows. It is likely that the accused who, it must be remembered, has had no access to the file sought, may only provide a description of a possible communication. It would be difficult to produce and unfair to demand anything more precise. It is only

nable) est différent de celui qui s’applique à la deuxième étape (suscitera probablement un doute raisonnable). Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge du procès ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l’avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.

(1) Première étape

La première étape de l’application du critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé qui permet de lever le privilège du secret professionnel de l’avocat exige que les documents soient remis au juge du procès pour qu’il puisse les examiner. La demande de production des documents doit être étayée par des éléments de preuve. Il s’agit là d’une exigence préliminaire destinée à empêcher les recherches à l’aveuglette. Sans elle, l’accusé pourrait trop facilement demander que le juge du procès examine des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat. Comme cette demande constitue une atteinte importante au secret professionnel de l’avocat, elle ne doit pas être faite à la légère. Par ailleurs, l’exigence ne doit pas être si stricte qu’il soit impossible d’y satisfaire. Le juge du procès doit se demander : « Y a-t-il des éléments de preuve qui étayent la prétention qu’il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé? »

Il incombe à l’accusé de démontrer qu’il y a des éléments de preuve qui étayent sa prétention qu’il existe une communication avocat-client pertinente quant au moyen de défense qu’il invoque. Une simple supposition quant à ce que pourrait contenir le dossier est insuffisante.

Il y a ensuite l’exigence que la communication sollicitée par l’accusé puisse susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cela doit être examiné à la lumière de ce que sait l’accusé. Il est probable que l’accusé qui, faut-il le rappeler, n’a pas eu accès au dossier sollicité ne pourra que décrire une communication possible. Il serait difficile de présenter et injuste d’exiger quelque chose de plus précis. C’est seulement à la deuxième étape qu’un

52

53

54

at stage two that a court determines conclusively that such a communication actually exists.

tribunal décide péremptoirement si une telle communication existe vraiment.

55 The evidence sought should be considered in conjunction with other available evidence in order to determine its importance. It is the totality of the evidence that governs. However, when the accused is either challenging credibility or raising collateral matters, it will be difficult to meet the standards required of stage one.

Pour établir l'importance de l'élément de preuve recherché, celui-ci doit être examiné conjointement avec les autres éléments de preuve disponibles. C'est l'ensemble de la preuve qui est déterminant. Toutefois, si l'accusé attaque la crédibilité ou soulève des questions incidentes, il sera difficile de satisfaire aux normes applicables à la première étape.

56 Where an accused fails to show that the information sought could raise a reasonable doubt as to guilt, the solicitor-client privilege prevails.

Le secret professionnel de l'avocat l'emporte si l'accusé ne démontre pas que les renseignements recherchés pourraient susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

(2) Stage #2

(2) Deuxième étape

57 Once the first stage of the innocence at stake test for setting aside the solicitor-client privilege has been met, the trial judge must examine that record to determine whether, in fact, there exists a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the accused's guilt. The trial judge must ask herself the following question: "Is there something in the solicitor-client communication that is likely to raise a reasonable doubt about the accused's guilt?"

Une fois franchie la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui permet de lever le secret professionnel de l'avocat, le juge du procès doit examiner le dossier en question pour déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Le juge du procès doit se poser la question suivante : « Y a-t-il, dans la communication avocat-client, quelque chose qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? »

58 After a review of the evidence of the solicitor-client communication in question, the judge must decide whether the communication is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused. In most cases, this means that, unless the solicitor-client communication goes directly to one of the elements of the offence, it will not be sufficient to meet this requirement. Simply providing evidence that advances ancillary attacks on the Crown's case (e.g., by impugning the credibility of a Crown witness, or by providing evidence that suggests that some Crown evidence was obtained unconstitutionally) will very seldom be sufficient to meet this requirement.

Après examen de la preuve concernant la communication avocat-client en question, le juge doit décider si la communication suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Dans la plupart des cas, cela signifie que, à moins qu'elle ne concerne directement l'un des éléments de l'infraction, la communication avocat-client ne sera pas suffisante pour satisfaire à cette exigence. Le simple fait de présenter des éléments de preuve qui favorisent des attaques incidentes contre la preuve du ministère public (comme, par exemple, le fait d'attaquer la crédibilité d'un témoin à charge ou de présenter une preuve qui indique que certains éléments de preuve du ministère public ont été obtenus inconstitutionnellement) sera très rarement suffisant pour satisfaire à cette exigence.

The trial judge does not have to conclude that the information definitely will raise a reasonable doubt. If this were the case, the trial would effectively be over as soon as the trial judge ordered the solicitor-client file to be produced. There would be nothing left to decide. Instead, the information must likely raise a reasonable doubt as to the accused's guilt. Also, upon reviewing the evidence, if the trial judge finds material that will likely raise a reasonable doubt, stage two of the test is satisfied and the information should be produced to the defence even if this information was not argued as a basis for production by the defence at stage one.

In determining whether or not the solicitor-client communication in question is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused, the trial judge should consider that the communication in the solicitor-client file cannot be marginal but must be sufficient to establish the basis for its admission. It is the totality of the evidence then available that the trial judge considers in determining whether it is likely that the evidence can raise a reasonable doubt.

The difficulties described in successfully overcoming solicitor-client privilege illustrate the importance and solemnity attached to it. As described earlier, it is a cornerstone of our judicial system and any impediment to open candid and confidential discussion between lawyers and their clients will be rare and reluctantly imposed.

#### *I. Application to the Case at Bar*

In this case, the litigation file should not have been produced to the defence.

With respect, the trial judge erred in using the earlier *O'Connor* test for the production of third party confidential therapeutic records to govern

Le juge du procès n'a pas à conclure que les renseignements susciteront certainement un doute raisonnable. Si c'était le cas, le procès prendrait fin dès que le juge du procès ordonne la production du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il ne resterait plus rien à décider. Il doit plutôt être probable que les renseignements susciteront un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. De plus, si, en examinant la preuve, le juge du procès découvre des éléments qui susciteront probablement un doute raisonnable, la deuxième étape de l'application du critère est franchie et les renseignements devront être présentés à la défense même si cette dernière ne s'en est pas servi pour justifier la production à la première étape.

Pour déterminer s'il est probable que la communication avocat-client en question suscitera un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, le juge du procès doit considérer que la communication contenue dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peut pas être incidente, mais doit être suffisante pour établir que son admission est justifiée. C'est l'ensemble de la preuve alors disponible que le juge du procès doit prendre en considération pour déterminer s'il est probable que l'élément de preuve en cause suscitera un doute raisonnable.

Les difficultés qu'il y a à obtenir la levée du privilège du secret professionnel de l'avocat montrent l'importance et la solennité qui s'y rattachent. Comme nous l'avons vu, il constitue un élément fondamental de notre système judiciaire et ce n'est que rarement et à contrecœur que l'on fera obstacle à la discussion ouverte, franche et confidentielle entre des avocats et leurs clients.

#### *I. Application à la présente affaire*

En l'espèce, le dossier relatif au litige n'aurait pas dû être remis à la défense.

En toute déférence, le juge du procès a eu tort d'appliquer le critère établi antérieurement par l'arrêt *O'Connor* relativement à la production des

59

60

61

62

63

whether the litigation file should have been produced to the defence.

dossiers thérapeutiques confidentiels d'un tiers pour décider si le dossier concernant le litige devait être remis à la défense.

64 The first stage of the innocence at stake test for solicitor-client privilege was not met. There was no evidence that the information sought by the respondent McClure could raise a reasonable doubt as to his guilt. Even if the chronology of events in this case — i.e. lawyer, police, therapist, civil suit — was unusual, it does not justify overriding solicitor-client privilege. This “unusual” chronology does not rise to a level that demonstrates that the litigation file could raise a reasonable doubt as to guilt and so fails at the first stage.

La première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui s'applique dans le cas du secret professionnel de l'avocat n'a pas été franchie. Il n'y avait aucune preuve que les renseignements demandés par l'intimé McClure pourraient susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si la chronologie des événements en l'espèce — c'est-à-dire avocat, policiers, thérapeute, action civile — était inhabituelle, elle ne justifie pas de passer outre au secret professionnel de l'avocat. Cette chronologie n'est pas « inhabituelle » au point de démontrer que le dossier relatif au litige pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité et ne franchit donc pas la première étape.

65 In addition, the accused would be able to raise the issue of the complainant's motive to fabricate events for the sake of a civil action at trial from another source, simply by pointing out the sequence of events and the fact that a civil action was initiated.

De plus, l'accusé pourrait s'y prendre autrement au procès pour soulever la question de ce qui a pu inciter le plaignant à inventer des faits pour les besoins d'une action civile, en signalant simplement la suite des événements et le fait qu'une action civile était intentée.

66 The third party appellant, J.C., could not appeal the interlocutory order for production of his litigation file because he was not a party in the criminal trial. Instead, he applied directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* for leave to appeal the final order ordering production of his litigation file. This avenue of appeal is unsatisfactory. The usual avenue for appeal should be to the court of appeal of the province. That court has broad powers of review and is the desirable forum for appeals of first instance. This appeal is not the first demonstration of the anomaly of a direct appeal of an interlocutory order to the Supreme Court of Canada. The only apparent method of resolving this problem is by legislative amendment. It is appropriate to echo the statements of Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, in

Le tiers appellant, J.C., ne pouvait pas interjeter appel contre l'ordonnance interlocutoire l'enjoignant de produire son dossier relatif au litige parce qu'il n'était pas une partie au procès criminel. Il a plutôt demandé directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance définitive enjoignant de produire son dossier relatif au litige. Ce recours en appel laisse à désirer. Le recours en appel devrait normalement être adressé à la cour d'appel de la province. Cette cour possède de vastes pouvoirs de révision et est le tribunal à qui il est souhaitable d'adresser les appels contre les jugements de première instance. Le présent pourvoi n'est pas le premier exemple de l'anomalie qui consiste à interjeter appel contre une ordonnance interlocutoire directement devant la Cour suprême du Canada. Le seul moyen évident de résoudre ce problème est de modifier la loi. Il convient de rappeler les propos que le juge en chef Lamer a tenus dans l'arrêt *Dagenais c. Société*



dealing with a similar situation when, at p. 874, he said:

I hope that Parliament will soon consider filling this jurisdictional *lacuna* and establishing statutory rights of appeal for third parties. . . .

#### V. Disposition

The appeal is allowed and the order for production by Hawkins J. is set aside.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Anthony Moustacalis, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the respondent McClure: Maureen Forestell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener The Advocates' Society: Rosen Wasser, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Skurka & Pringle, Toronto.*

*Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 874, au sujet d'une situation semblable :

J'espère que le législateur songera bientôt à combler cette lacune et à établir des droits d'appel d'origine législative à l'égard de tiers . . .

#### V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production rendue par le juge Hawkins est annulée.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Anthony Moustacalis, Toronto.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intimé McClure : Maureen Forestell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante The Advocates' Society : Rosen Wasser, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Skurka & Pringle, Toronto.*