

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

v.

A.B. Respondent

and

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

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

File No.: 24568.

1995: June 16; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

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

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

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

c.

A.B. Intimé

et

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

RÉPERTORIÉ: A. (L.L.) c. B. (A.)

Nº du greffe: 24568.

1995: 16 juin; 1995: 14 décembre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Held: The appeal should be allowed.

Jurisdiction

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

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

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

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

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Compétence

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

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

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

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

Production of Medical Records held by Third Parties

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

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

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

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

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

Production de dossiers médicaux détenus par des tiers

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Lamer C.J. and Sopinka J.

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

By L'Heureux-Dubé J.

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

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka

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

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

Lois et règlements cités

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

Authors Cited

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

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Relevant Statutory Provisions

6

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

2. (1) . . .

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

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

II. Facts and Judgments

7

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

8

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

I. Les dispositions législatives applicables

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

2. (1) . . .

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

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

II. Les faits et les jugements

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

produced to the respondent, subject to the condition that no copies be made. He then granted an adjournment to allow the parties to assess their respective positions. Given the appellants' intention to appeal the order for production, Loukidelis J. ordered a stay of his order until the appeals were disposed of. The appellants filed notices of appeal on March 17, 1994, at which time the respondent brought applications to quash the appeals.

cun privilège, il a ordonné la communication de tous les dossiers à l'intimé, sous réserve qu'aucune copie n'en soit faite. Il a ensuite ajourné l'audience pour permettre aux parties d'évaluer leur position respective. Vu l'intention des appellants d'interjeter appel de l'ordonnance de production, le juge Loukidelis a ordonné le sursis de son ordonnance jusqu'à ce qu'il soit disposé des appels. Les appellants ont déposé les avis d'appel le 17 mars 1994, date à laquelle l'intimé a présenté des requêtes en cassation des appels.

11

On January 6, 1995, the Ontario Court of Appeal quashed the appeal for want of jurisdiction in a unanimous decision (*A. (L.L.) v. B. (A.)* (1995), 37 C.R. (4th) 170). Relying upon the decision of this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, the Court of Appeal concluded that there was no provision under the *Code* allowing for interlocutory appeals either for parties or third parties from rulings at trial relating to the admissibility of evidence or documents. As such, it held that the appellants had no right to appeal to the Court of Appeal until there had been a final verdict at trial. As a result, the Court of Appeal ordered the production of the documents and directed that the trial before Loukidelis J. proceed.

12

Pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, the appellants applied for leave to appeal to this Court from Loukidelis J.'s order for the production of the documents. They also applied for a stay of the trial pending this Court's decision on their appeal. The trial date was set for June 5, 1995. On March 17, 1995, this Court remitted the question of the stay to the trial judge and, on March 27, the application for leave to appeal was granted: [1995] 1 S.C.R. viii.

III. Arguments of the Parties and the Intervenors

13

A number of issues were raised by the parties and the intervenors, which I will attempt to summarize without entering into all the detailed approaches which were suggested.

Le 6 janvier 1995, la Cour d'appel de l'Ontario, dans une décision unanime, a cassé l'appel pour absence de juridiction (*A. (L.L.) c. B. (A.)* (1995), 37 C.R. (4th) 170). Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la Cour d'appel a conclu qu'aucune disposition du *Code* n'autorisait les parties elles-mêmes ou les tierces parties à former des appels à l'encontre de décisions interlocutoires rendues en première instance relativement à l'admissibilité d'éléments de preuve ou de documents. À ce titre, elle a estimé que les appellants n'avaient pas de droit d'appel à la Cour d'appel avant que ne soit rendu le verdict définitif au procès. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné la production des documents ainsi que la reprise du procès devant le juge Loukidelis.

En vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, les appellants ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision du juge Loukidelis ordonnant la production des documents. Ils ont également demandé qu'il soit sursis au procès en attendant la décision de la Cour. La date du procès a été fixé au 5 juin 1995. Le 17 mars 1995, notre Cour a renvoyé la question du sursis au juge du procès et, le 27 mars, la demande d'autorisation d'appel a été accordée: [1995] 1 R.C.S. viii.

III. Arguments des parties et des intervenants

Les parties et les intervenants ont soulevé un bon nombre d'arguments que je m'efforcerai de résumer sans pour autant entrer dans le détail de toutes les avenues suggérées.

The appellants submit, first, that the threshold evidentiary basis, which must be established by the accused's seeking the production of private records held by third parties, must take into consideration the right to privacy of the complainant as guaranteed in ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, the initial burden would rest upon the accused to establish that the records are necessary for full answer and defence. The relevance of the records would have to be clearly established and a substantial foundation would have to be laid by material extraneous to the records themselves, the subject of records and the record holder. Secondly, the appellants submit that a common law privilege exists in favour of private records held by third parties and that, in balancing both the right of the accused to a full defence and the privacy right of the complainant, such records should be held privileged.

The respondent's first contention is to the effect that this Court does not have jurisdiction to hear third party interlocutory appeals arising out of sexual assault criminal proceedings. As to the question of production and disclosure, the respondent starts from the proposition that the principles elaborated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, with respect to documents in the possession of the Crown should apply to documents in the possession of third parties. Consequently, whenever the records at issue may be useful to the defence, disclosure should be the rule. According to the respondent, the privacy interest of sexual assault complainants in records held by third parties is not protected by the *Charter*. Therefore, there are no conflicting constitutional rights and the accused's right to full answer and defence must prevail. After the issuance of a *subpoena duces tecum* for the production of such private records, the respondent asserts that the onus is on the Crown to show that the documents are clearly irrelevant. In his supplementary factum, the respondent argues that there is no infringement of s. 15 of the *Charter* in the case at hand. With regard to privilege, the respondent argues that the onus of establishing the existence of a privilege rests upon the party opposing production and disclosure. Further, no privilege would

14

Les appellants soutiennent, en premier lieu, que la preuve initiale que doit apporter l'accusé demandant la production de dossiers privés en la possession de tiers, doit tenir compte du droit de la plaignante à sa vie privée, droit garanti aux art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, c'est à l'accusé qu'incomberait la charge initiale d'établir que les dossiers sont nécessaires à sa pleine et entière défense. La pertinence des dossiers devrait être clairement démontrée et une base solide devrait être établie à l'aide d'éléments extrinsèques aux dossiers eux-mêmes, à la personne visée et au détenteur de ces dossiers. En second lieu, les appellants soutiennent qu'il existe, en common law, un privilège en faveur des dossiers privés en la possession de tiers, et que si l'on soupèse le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et le droit à la protection de la vie privée de la plaignante, ces dossiers devraient être tenus pour privilégiés.

15

Comme premier argument, l'intimé fait valoir que notre Cour n'a pas juridiction pour entendre les appels interlocutoires formés par des tiers dans le cadre de procédures criminelles pour agression sexuelle. Sur la question de la production et de la divulgation, l'intimé part de la prémissse voulant que les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, relativement aux documents en la possession du ministère public, devraient s'appliquer aux documents en la possession de tiers. Conséquemment, chaque fois que les dossiers en cause pourraient être utiles à la défense, la divulgation devrait être la règle. Selon l'intimé, l'intérêt des plaignantes victimes d'agression sexuelle dans la protection du caractère confidentiel des dossiers en la possession de tiers n'est pas protégé par la *Charte*. Il n'y a donc pas conflit de droits constitutionnels et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière doit prévaloir. L'intimé soutient qu'après l'émission d'un *subpoena duces tecum* requérant la production de tels dossiers privés, il incombe au ministère public d'établir que ceux-ci sont manifestement non pertinents. Dans son mémoire supplémentaire, l'intimé prétend qu'il n'y a aucune atteinte à l'art. 15 de la *Charte* en l'espèce. En ce qui concerne la question de privilège, il fait valoir que c'est à la partie s'op-

exist because the traditional rules of confidentiality are trumped by the right of the accused to make full answer and defence.

16

The intervenor Criminal Lawyers Association ("CLA") agrees with the respondent that the *Stinchcombe* disclosure principles apply for the production and disclosure of private records held by third parties. CLA submits that the accused must have all available tools in order to exercise his right to make full answer and defence, including all potentially relevant information. According to CLA, the *Charter* is not engaged by the disclosure of private records held by third parties. Concerning privilege, CLA argues that, in weighing the complainant's privacy interest with the accused's right to make full answer and defence, the balance must be struck in favour of the latter.

17

On behalf of the intervenor Crown, the Attorney General of Ontario asserts that the proper procedure in the present case consists in the issuance of a *subpoena duces tecum* coupled with a formal application for production of the records, including stated grounds and supporting materials. As to the onus, it would be up to the defence to demonstrate, through evidence, that disclosure is necessary in order to make full answer and defence, as well as to establish a substantial likelihood that, without the court compelled infringement of the complainant's ss. 7, 8 and 15 *Charter* rights, the accused's right to make full answer and defence at trial would be violated. The evaluation of the relevance and probative value of the private records should be based on a factual foundation, within the context of the trial as a whole and in light of *Charter* values. With regard to privilege, the Attorney General of Ontario endorses the appellants' position that the private records in this case are protected by a class privilege. Alternatively, the proper application of the four Wigmore criteria leads to

posant à la production et à la divulgation qu'il appartient d'en prouver l'existence. Par ailleurs, il n'existerait aucun privilège parce que le droit à une défense pleine et entière prime sur les règles traditionnelles en matière de confidentialité.

L'intervenante Criminal Lawyers Association ("CLA") est d'accord avec l'intimé que les principes de divulgation énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquent à la production et à la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers. La CLA soutient que l'accusé doit pouvoir se prévaloir de tous les moyens disponibles afin d'exercer son droit de présenter une défense pleine et entière, y compris tous les renseignements potentiellement pertinents. Selon la CLA, la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers ne met pas en cause la *Charte*. En ce qui concerne le privilège, la CLA prétend que si l'on soupèse l'intérêt de la plaignante à la protection de sa vie privée et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance doit pencher en faveur de ce dernier.

Au nom du ministère public, intervenant, le procureur général de l'Ontario affirme que la procédure à suivre en l'espèce consiste en l'émission d'un *subpoena duces tecum* jumelé à une requête formelle pour production des documents, appuyée des motifs et documents pertinents. Quant au fardeau de preuve, c'est à la défense qu'il appartiendrait d'établir, preuve à l'appui, que la divulgation est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, en plus de démontrer qu'il existe une probabilité substantielle que, en l'absence d'une ordonnance judiciaire de production en violation des droits de la plaignante en vertu des art. 7, 8 et 15 de la *Charte*, il y aura atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière au procès. L'appréciation de la pertinence et de la force probante des dossiers privés devrait s'appuyer sur un fondement factuel, dans le contexte du procès dans son ensemble et au regard des valeurs de la *Charte*. Sur la question du privilège, le procureur général de l'Ontario endosse la position des appellants selon laquelle les dossiers privés en l'espèce sont protégés par un privilège générique. Subsidiairement, une application adéquate

the conclusion that this is an appropriate case for finding a case-by-case privilege.

The intervener Attorney General of Canada takes the position that the proper approach to the production of private records held by third parties should balance the rights of the accused to make full answer and defence with the rights of the complainant to security of the person, privacy and equality. The procedure would be initiated by *subpoena duces tecum* and the threshold test would be the likely materiality of the records, i.e., that they are capable of affecting the outcome of the trial. Likely materiality must be determined with regard to the purpose to which the evidence is put and must be based on a proper factual foundation. Hypothetical allegations based on erroneous assumptions informed by stereotypes and myths would be inappropriate and unfair to sexual assault complainants. The Attorney General of Canada further submits that the communications between sexual assault complainants and their counsellors enjoy a class privilege similar to solicitor-client communications. In the alternative, private records of sexual assault complainants are protected by a case-by-case privilege.

The intervener Attorney General of Manitoba submits that trial judges do not have jurisdiction to make pre-trial orders for the production of private records held by third parties. The subpoena procedure could only be used in order to have witnesses attend court to give evidence and not as a means of pre-trial discovery. As to the onus, the applicant seeking disclosure would have to establish that such records are likely to be necessary and useful for full answer and defence. In undertaking this exercise, the court would have to weigh the potential value of such records for ensuring the accused's full answer and defence against the prejudicial effect of disclosure. According to the Attorney General of Manitoba, no class privilege exists in favour of private records held by third

des quatre critères de Wigmore mène à la conclusion qu'il convient dans la présente affaire de reconnaître un privilège fondé sur les circonstances particulières du dossier.

Le procureur général du Canada, intervenant, fait valoir que, pour trancher la question de la production de dossiers privés en la possession de tiers, il convient de soupeser les droits de l'accusé à une défense pleine et entière avec les droits de la plaignante à la sécurité de sa personne, à la protection de sa vie privée et à l'égalité. La procédure serait mise en marche par un *subpoena duces tecum* et le critère préliminaire serait l'importance vraisemblable des dossiers, c.-à-d. leur capacité d'influencer l'issue du procès. Cette importance doit être appréciée eu égard à la fin à laquelle la preuve doit servir et doit reposer sur un fondement factuel suffisant. Des allégations hypothétiques fondées sur des présomptions erronées découlant de mythes et de stéréotypes seraient inappropriées et injustes pour les plaignantes victimes d'agression sexuelle. Le procureur général du Canada soutient, de plus, que les communications entre les plaignantes victimes d'agression sexuelle et leurs conseillers bénéficient d'un privilège générique analogue à celui qui protège les communications avocat-client. Subsidiairement, les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont protégés par un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas.

Le procureur général du Manitoba, intervenant, soutient que les juges du procès n'ont pas juridiction pour prononcer des ordonnances préliminaires de production de dossiers privés en la possession de tiers. Le subpoena ne peut servir qu'à enjoindre aux témoins de se présenter en cour pour y témoigner et non comme moyen de communication préalable de la preuve au procès. Quant au fardeau de preuve, il incomberait à la partie demandant la divulgation d'établir que ces dossiers seront vraisemblablement nécessaires et utiles à une défense pleine et entière. En procédant à cet exercice, le tribunal devrait soupeser la valeur potentielle de ces dossiers pour assurer la défense pleine et entière de l'accusé par opposition à l'effet préjudiciable de la divulgation. Selon le procureur général

parties but a case-by-case privilege may exist if Wigmore's four criteria are met.

du Manitoba, aucun privilège générique n'existe en faveur de dossiers privés en la possession de tiers, mais il pourrait y avoir un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas s'il est satisfait aux quatre critères de Wigmore.

20 The intervener Canadian Foundation for Children, Youth and the Law ("CFCYL") favours a consideration of the complainant's *Charter* right to privacy in the determination of the relevance of private records held by third parties. In the CFCYL's opinion, the right to privacy is broader than the privilege under the fourfold Wigmore test. This privacy interest must be weighed against the right of the accused to make full answer and defence. The threshold should be the rational or likely connection between the private records requested and the defence being raised by the accused. If the defence satisfies this threshold, the onus falls on the complainant to demonstrate an expectation of privacy or a common law privilege, to be weighed and reconciled with the accused's right to make full answer and defence.

La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law («CFCYL»), intervenante, est en faveur de tenir compte du droit de la plaignante à la protection de sa vie privée garanti par la *Charte* dans l'appréciation de la pertinence des dossiers privés en la possession de tiers. Selon la CFCYL, le droit à la vie privée est plus large que le privilège fondé sur le test en quatre volets de Wigmore. Cet intérêt à la vie privée doit être soupesé en regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le seuil préliminaire devrait être l'existence d'un lien rationnel ou vraisemblable entre les dossiers privés demandés et le moyen de défense soulevé par l'accusé. Si le moyen de défense satisfait à ce seuil préliminaire, il incombe alors à la plaignante d'établir l'existence d'une attente en matière de protection de sa vie privée ou d'un privilège de common law, qu'il faut alors équilibrer et concilier avec le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

21 The interveners Aboriginal Women's Council *et al.* (the "Coalition"), for their part, are of the view that, in the context of a sex-unequal legal and social culture, disclosure of sexual assault complainants' private records involves a balancing not only of the right to privacy and the right to make full answer and defence, but also of the right to equality without discrimination. The Coalition submits that disclosure of private records relating to sexual assault complainants would aggravate women's inequality by perpetuating the discriminatory stereotyping and discrediting of women. Further, disclosure of private records would undermine the integrity of the justice system by deterring reporting of sexual assaults and distorting the fact-finding process. As a consequence, the vindication of complainants' constitutional rights and the interests of justice can only be achieved by an absolute prohibition against the production of

La Coalition, c.-à-d. les intervenants Aboriginal Women's Council et autres, quant à elle, est d'avis que, dans le contexte d'une culture juridique et sociale marquée par l'inégalité des sexes, la divulgation de dossiers privés concernant des plaignantes victimes d'agression sexuelle supposent que l'on soupèse non seulement le droit à la protection de la vie privée et le droit à une défense pleine et entière, mais aussi le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination. La Coalition soutient que la divulgation de dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle agraverait l'inégalité des femmes en perpétuant les stéréotypes discriminatoires et le disredit dont elles font l'objet. De plus, la divulgation de dossiers privés minerait l'intégrité du système de justice en dissuadant la dénonciation d'agressions sexuelles et en créant des distorsions dans le processus de recherche des faits. Par conséquent, la défense des droits constitutionnels des plaignantes et l'intérêt de la justice ne peuvent être

complainants' private records in sexual offence proceedings.

IV. Jurisdiction

The first issue raised in this appeal concerns the jurisdiction of this Court to hear the present appeal, which the respondent puts into question. The narrow issue is whether and how sexual assault complainants and other third parties can appeal an interlocutory order for the production of private records. A larger question is whether and how third parties can challenge interlocutory court orders arising out of criminal proceedings. This Court addressed this larger question in *Dagenais, supra*, and recently applied the approach developed in that case in *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; and *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78.

In *Dagenais*, this Court had to decide whether the Canadian Broadcasting Corporation, a third party to a criminal proceeding, could challenge the interlocutory broadcast ban of the mini-series "The Boys of St. Vincent". The majority, by which I am bound, set out two distinct appeal routes from orders made in criminal proceedings depending on whether the appeal is sought by a party to the proceedings or by third parties. In the former situation, the accused and the Crown must await the end of the trial to appeal such orders. In the case of third parties, they can appeal court orders affecting them before the end of the trial through two procedural avenues. In *Primeau*, Sopinka and Iacobucci JJ., writing for the majority, outlined the rationale for appeals of interlocutory orders by third parties (at para. 12):

The procedure for third parties differs for two reasons. First, a third party, being outside the actual proceedings, cannot apply to the trial judge for relief. Second, an order deciding an issue with respect to a third party is a final order. Such a characterization is impor-

assurés que par une prohibition absolue, dans les procédures pour infraction sexuelle, à l'encontre de la production des dossiers privés des plaignantes.

IV. La compétence

La première question soulevée ici a trait à la juridiction de notre Cour d'entendre le présent pourvoi, juridiction que l'intimé conteste. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si et comment les plaignantes victimes d'agression sexuelle de même que d'autres tiers peuvent porter en appel une ordonnance interlocutoire de production de dossiers privés. De façon plus générale, la question est de savoir si et comment des tiers peuvent contester des ordonnances judiciaires interlocutoires dans le cadre de procédures criminelles. Notre Cour a traité de cette question générale dans l'arrêt *Dagenais*, précité, et a récemment appliqué l'analyse qui y a été élaborée dans les arrêts *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, et *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78.

Dans *Dagenais*, notre Cour devait décider si la Société Radio-Canada, un tiers à l'instance criminelle, pouvait contester l'interdiction de diffusion de la mini-série «Les garçons de Saint-Vincent». L'arrêt de la majorité, par lequel je suis liée, a reconnu deux procédures distinctes pour en appeler d'ordonnances rendues dans le cadre d'une instance criminelle, selon que l'appel est formé par une partie à l'instance ou par un tiers. Dans le premier cas, l'accusé et le ministère public doivent attendre la fin du procès pour en appeler de cette ordonnance. Dans le cas de tiers, ils peuvent, avant la fin du procès, interjeter appel des décisions judiciaires qui les touchent par le biais de deux voies procédurales. Dans l'arrêt *Primeau*, les juges Sopinka et Iacobucci ont expliqué ainsi, au nom de la majorité, les raisons pour lesquelles il est permis aux tiers d'interjeter appel d'ordonnances interlocutoires (au par. 12):

La procédure applicable aux tierces parties diffère pour deux raisons. Premièrement, du fait qu'elle n'est pas partie aux procédures, une tierce partie ne peut demander réparation au juge du procès. Deuxièmement, une ordonnance qui tranche une question relativement à

tant in order to comply with the general rule barring interlocutory appeals in criminal matters.

24

Third parties must follow a different procedural avenue depending on the level of court that issued the order being appealed. A provincial court order is to be challenged through an enlarged remedy of *certiorari*, which falls within the ambit of superior courts. This decision can then be appealed through the regular channels of our judicial system. On the other hand, where a court order is issued by a superior court judge in the first place, as in the present case, third parties can challenge it by seeking leave to appeal directly to this Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. These procedures were outlined in *Dagenais* with regard to publication bans but, as was pointed out in *Primeau* and *Jobin*, they generally apply to other court orders related to criminal proceedings. As a result, the proper procedure to appeal the interlocutory order for production of records issued by Loukidelis J., a superior court judge, was through leave to appeal to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

25

The respondent attempts to argue that because the term "final judgment" is defined in s. 2(1) of the *Supreme Court Act* as being "any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding", the appellants, who are third parties in the criminal proceeding, do not have standing to appeal before this Court. With respect, this argument does not take into account the full scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* as interpreted by this Court in *Dagenais*. The section provides for an appeal not only of a "final" judgment but also of "other judgment[s]". This, in the opinion of the Court, encompasses interlocutory appeals of court orders in criminal matters sought by third parties (see *Dagenais*, at p. 861). Furthermore, the majority of this Court in *Primeau* and *Jobin* expressed the view that an interlocutory order affecting third par-

une tierce partie est définitive. Cette qualification est importante si l'on veut se conformer à la règle générale qui interdit les appels interlocutoires en matière criminelle.

Les tiers doivent suivre une procédure différente selon le tribunal qui a rendu l'ordonnance frappée d'appel. Pour contester une ordonnance d'une cour provinciale, il faut procéder par voie de *certiorari* élargi, lequel relève de la juridiction des cours supérieures. Il y a appel de cette décision selon les règles ordinaires de notre système judiciaire. D'autre part, si l'ordonnance est d'abord rendue par un juge d'une cour supérieure, comme c'est le cas ici, les tiers peuvent la contester par requête en autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Ces procédures ont été exposées dans l'arrêt *Dagenais* concernant des interdictions de publication mais, comme on le souligne dans les arrêts *Primeau* et *Jobin*, elles s'appliquent de manière générale aux autres ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle. En conséquence, pour en appeler de l'ordonnance interlocutoire de production de dossiers rendue par le juge Loukidelis, de la cour supérieure, il fallait procéder par voie d'autorisation d'appel devant notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

L'intimé tente de faire valoir que, vu les termes du par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême* où l'expression «jugement définitif» désigne un «[j]ugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance», les appellants, qui sont des tiers à la procédure criminelle, n'ont pas qualité pour se pourvoir devant notre Cour. Avec égards, c'est se méprendre sur le sens global du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, tel que notre Cour l'a interprété dans l'arrêt *Dagenais*. Cette disposition porte qu'il peut être interjeté appel de «tout jugement, définitif ou autre». Cette expression englobe, de l'avis de la Cour, les appels interlocutoires d'ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle formés par des tierces parties (voir *Dagenais*, à la p. 861). De plus, dans les arrêts *Primeau* et *Jobin*, la Cour, à la majorité, a exprimé l'avis qu'une ordonnance interlocutoire

ties is a final order and, accordingly, s. 40(1) is available to appeal an order of a superior court judge, such as the one at issue. Finally, it is worth noting that s. 2(1) of the *Supreme Court Act* uses the terms "any of the parties in controversy" rather than any of the parties in the proceedings. There is no doubt that third parties' substantive rights might be affected by the outcome of the trial judge's order. They are "parties in controversy" before the Court.

The respondent further argues that the *Dagenais* line of cases is distinguishable on the ground that, in the case at bar, it was the Crown, a party to the proceedings, not third parties, who brought the original application to quash the subpoenas before the trial judge. In the respondent's view, this is significant because in *Dagenais*, *Primeau* and *Jobin* the majority of this Court did not allow for interlocutory appeals in criminal matters by parties to the proceedings. While the dismissal by the trial judge of a motion to quash the subpoenas may not open the door to an interlocutory appeal of that order by parties to the proceedings during the trial, the records here subpoenaed were not in the possession of the Crown but in that of third parties. The parties who seek to appeal the order are third parties, not the Crown. According to *Dagenais*, no appeal lies to the Court of Appeal, which rightly declined jurisdiction, but an appeal by third parties lies to this Court, with leave from the Court. Since this is the procedure followed by the third party appellants in this case, I must, therefore, conclude that this Court has jurisdiction to hear the appeal.

The one question that remains is whether both a complainant, a third party to the proceedings (whether or not an appellant, but here one of the appellants), and the Crown, a party to the proceedings, have standing in third party appeals. There is no doubt in my mind that they do. The *audi alteram partem* principle, which is a rule of natural

touchant des tiers est une ordonnance définitive et qu'en conséquence, le par. 40(1) permet d'interjeter appel d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure, comme celle rendue en l'espèce. Enfin, il importe de souligner que, selon le texte anglais, le par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême* renvoie à «*any of the parties in controversy*» («une ou plusieurs des parties à une instance»), plutôt qu'à *any of the parties in the proceedings*. Or, il ne fait aucun doute que l'ordonnance du juge du procès peut affecter les droits matériels de tiers. Ceux-ci sont donc des «*parties in controversy*» devant la Cour.

L'intimé soutient, en outre, qu'il faut distinguer l'arrêt *Dagenais* et sa lignée d'arrêts au motif que, en l'espèce, c'est le ministère public, partie à la procédure, et non des tiers, qui a présenté au juge du procès la requête initiale en cassation des subpoenae. À son avis, cet élément est important puisque dans les arrêts *Dagenais*, *Primeau* et *Jobin*, notre Cour à la majorité n'a pas autorisé les parties à l'instance à interjeter appel d'une décision interlocutoire dans le cadre d'une instance criminelle. Alors que le rejet par le juge du procès d'une requête en cassation des subpoenae n'est pas susceptible de donner lieu à un appel interlocutoire de cette ordonnance par les parties à l'instance, les dossiers requis ici par subpoena n'étaient pas en la possession du ministère public mais bien en celle de tiers. Ce sont les tiers qui cherchent à en appeler de l'ordonnance, non pas le ministère public. Suivant l'arrêt *Dagenais*, il ne peut y avoir appel devant la Cour d'appel qui, à bon droit, a décliné juridiction, mais les tiers peuvent en appeler devant notre Cour, sous réserve de l'autorisation de la Cour. Étant donné que c'est la procédure qu'ont suivie les tiers appellants dans le cas qui nous occupe, force m'est donc de conclure que notre Cour a juridiction pour entendre le pourvoi.

Une seule question demeure, soit celle de savoir si un plaignant, tiers à l'instance (appelant ou non, mais en l'occurrence l'un des appellants), et le ministère public, partie à l'instance, ont tous deux qualité pour agir dans le cadre d'appels formés par des tiers. À mon avis, cela ne fait aucun doute. Le principe *audi alteram partem*, règle de justice

justice and one of the tenets of our legal system, requires that courts provide an opportunity to be heard to those who will be affected by the decisions. The rules of natural justice or of procedural fairness are most often discussed in the context of judicial review of the decisions of administrative bodies, but they were originally developed in the criminal law context. In *Blackstone's Criminal Practice* (Murphy rev. 1993), the authors remark at p. 1529:

Traditionally, the rules of natural justice have been defined with a little more precision, and are said to involve two main principles — no man may be a judge in his own cause, and the tribunal must hear both sides of the case. [Emphasis added.]

See *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; and *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305.

28 Here, both the complainant and the Crown possess a direct and necessary interest in making representations. Both would be directly affected by a decision regarding the production of the complainant's private records. The decision is susceptible of affecting the course of the criminal trial. Both, therefore, must be afforded an opportunity to be heard.

29 The respondent's argument on this first issue must accordingly be dismissed.

30 I now turn to the second issue of the extent of production of private records in the possession of third parties. In that regard, the claim by the appellants and the interveners that those records are privileged must first be addressed.

V. Privilege

31 At the outset, it is useful to determine what is to be understood by private records. The context in which the question of production of private records not in the possession of the Crown generally arises is not limited to medical and therapeutic records of complainants in sexual assault cases. It extends generally to any record, in the hands of a third

naturelle et précepte fondamental de notre système juridique, exige que les tribunaux accordent aux personnes visées par leurs décisions l'occasion d'être entendues. Les règles de justice naturelle ou d'équité procédurale sont le plus souvent abordées dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions d'organismes administratifs, mais c'est en droit criminel qu'on en retrace l'origine. Dans *Blackstone's Criminal Practice* (Murphy rev. 1993), les auteurs font remarquer ceci, à la p. 1529:

[TRADUCTION] Traditionnellement, les règles de justice naturelle furent définies de façon un peu plus précise par deux principes majeurs — nul ne peut être à la fois juge et partie, et le tribunal doit entendre les deux parties au litige. [Je souligne.]

Voir *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; et *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305.

En l'espèce, tant la plaignante que le ministère public possèdent un intérêt direct et suffisant pour faire des représentations. Tous deux seront directement affectés par la décision concernant la production des dossiers privés de la plaignante. La décision est susceptible d'influer sur le cours du procès criminel. Tous deux doivent donc avoir l'occasion d'être entendus.

L'argument de l'intimé quant à cette première question doit, en conséquence, être rejeté.

J'en viens maintenant à la seconde question, celle de l'étendue de la production des dossiers privés en la possession de tiers. À cet égard, il faut d'abord discuter de la prétention des appellants et des intervenants selon laquelle ces dossiers sont privilégiés.

V. Le privilège

À titre préliminaire, il est utile de définir ce que l'on entend par dossiers privés. Le contexte dans lequel se pose généralement la question de la production de dossiers privés qui ne sont pas en la possession du ministère public ne se limite pas aux dossiers médicaux et thérapeutiques de plaignantes victimes d'agression sexuelle. Elle s'étend en

party, in which a reasonable expectation of privacy lies. These records may include medical or therapeutic records, school records, private diaries, social worker activity logs and so on. For the sake of convenience, I refer to such documents as "private records held by third parties".

The appellants and the interveners who favour recognizing a class privilege at common law for communications between counsellors and sexual assault complainants invoke several arguments in support of their view. Before addressing each of them, however, a brief reference to the principles and rationales for privilege as well as a review of the law of privilege in Canada and in other common law countries are in order.

A. *Principles and Rationales*

The doctrine of privilege acts as an exception to the truth-finding process of our adversarial trial procedure. Although all relevant information is presumptively admissible at trial, some probative and trustworthy evidence will be excluded to serve other overriding social interests. The same principles apply to exempt, completely or partially, particular communications arising out of certain defined relationships from disclosure in judicial proceedings. Since the existence of privilege impedes the realization of the central objective of our legal system in order to advance other goals, the question of privilege is essentially one of public policy.

Traditionally, the justification for the law of privilege has been based on utilitarian (or "instrumental") considerations. Essentially, this rationale asserts that communications made within a given relationship should be privileged only if the benefit derived from protecting the relationship outweighs

général à tout dossier en la possession d'un tiers dont le caractère confidentiel est raisonnablement susceptible de protection. Il peut s'agir de dossiers médicaux ou thérapeutiques, de dossiers scolaires, de journaux intimes, de notations de travailleurs sociaux, etc. Par souci de commodité, je réfère à ce type de documents sous la rubrique «dossiers privés en la possession de tiers». De même, l'expression «plaignantes» emporte le masculin.

Les appellants et les intervenants qui préconisent la reconnaissance d'un privilège générique de common law protégeant les communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle invoquent plusieurs arguments à l'appui de leur position. Avant de les examiner un à un, il convient toutefois d'exposer brièvement les principes et les fondements des priviléges et de faire une revue de la loi en matière de privilège telle qu'elle existe au Canada et dans d'autres pays de common law.³²

A. *Principes et fondements*

Le privilège constitue une exception au processus de recherche de la vérité qui caractérise notre système de procédure contradictoire. Ainsi, bien que toute preuve pertinente soit présumée recevable au procès, certains éléments de preuve probants et fiables seront exclus pour répondre à d'autres préoccupations sociales prépondérantes. Les mêmes principes font obstacle à la divulgation à la défense avant le procès de certains renseignements pertinents. En fait, l'existence d'un privilège a pour but d'empêcher la divulgation, en tout ou en partie, de communications particulières découlant de certains rapports définis, lors de procédures judiciaires. Étant donné que l'existence de priviléges entrave la réalisation de l'objectif central de notre système judiciaire afin de promouvoir d'autres buts, il s'agit essentiellement d'une question de politique judiciaire.³³

Traditionnellement, la loi en matière de privilège a cherché sa justification dans des considérations d'ordre utilitaire (ou «instrumental»). Essentiellement, selon cette philosophie, les communications effectuées dans le cadre de rapports donnés ne doivent être privilégiées que si

32

33

34

the detrimental effects of privilege on the search for the truth. The utilitarian theory of privilege focuses on the societal importance of certain relationships. Maxine H. Neuhauser, in "The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors" (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185, remarks at p. 188:

It [the utilitarian rationale] is based on the notion that if people fear that their confidences may be revealed in court they will choose not to form particular, valued relationships or will fail to communicate information necessary to the fostering of these relationships, and that, consequently, society will suffer.

See also, Robert Weisberg, "*Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges*" (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935, at pp. 940-42.

³⁵ More recently, an additional rationale based on privacy has emerged to justify the recognition of privileged communications (see Charles T. McCormick, *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at §§ 72 and 77; also *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at pp. 302-3, *per* L'Heureux-Dubé J., concurring). This non-utilitarian view is founded on more abstract premises, for example, that privilege is vital to the protection of fundamental individual values. In "Developments in the Law — Privileged Communications" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450, the authors observe at pp. 1480-81:

Rather than focusing on the systemic impact that compelled disclosures might have on behavior, the privacy rationale focuses on the protection that privileges afford to individual privacy. The confidentiality of communications is regarded as a privacy interest that itself justifies whatever impairment of truth-seeking that privileges may cause.

In the context of counsellor and sexual assault complainant communications, Anna Y. Joo, in "Broadening the Scope of Counselor-Patient Pri-

l'avantage qui découle de la protection de ces relations l'emporte sur les effets préjudiciables du privilège sur la recherche de la vérité. La théorie utilitaire du privilège met l'accent sur l'importance de certaines relations pour la société. Maxine H. Neuhauser, fait la remarque suivante dans «*The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors*» (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185, à la p. 188:

[TRADUCTION] Il [le raisonnement utilitaire] est fondé sur la notion que, si les gens craignent que leurs confidences soient révélées en cour, ils préféreront ne pas créer de relations spéciales, précieuses ou s'abstiendront de transmettre des renseignements nécessaires au soutien de ces relations et que, en conséquence, la société en souffrira.

Voir également Robert Weisberg, «*Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges*» (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935, aux pp. 940 à 942.

Plus récemment, la reconnaissance du principe des communications privilégiées a trouvé une justification additionnelle, fondée sur la protection de la vie privée (voir Charles T. McCormick, *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1, aux §§ 72 et 77; également *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, aux pp. 302 et 303, le juge L'Heureux-Dubé, souscrivant aux motifs). Cette vision non utilitaire se fonde sur des prémisses plus abstraites, tel le caractère vital du privilège pour la protection de valeurs individuelles fondamentales. Dans «*Developments in the Law — Privileged Communications*» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450, les auteurs notent ceci aux pp. 1480 et 1481:

[TRADUCTION] Plutôt que de s'attacher à l'effet systémique que la divulgation forcée peut avoir sur le comportement, le raisonnement fondé sur la vie privée met l'accent sur la protection que le privilège offre pour la vie privée individuelle. La confidentialité des communications est considérée comme répondant à une préoccupation en matière de vie privée qui, en soi, justifie toute entrave à la recherche de la vérité pouvant résulter du privilège.

Dans le contexte des communications entre la plaignante victime d'agression sexuelle et son conseiller, Anna Y. Loo, fait l'observation suivante dans

lege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor" (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255, makes these observations, at p. 260:

Whereas the utilitarian rationale views the goal of the counselor-patient privilege as promoting beneficial future relations, the privacy justification perceives the main purpose of the privilege as shielding the patient from the harm that disclosure may cause. According to the privacy justification, some human relationships are fundamental to human dignity and should be free from state interference. [Emphasis added.]

See also, Stephen A. Saltzburg, "Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists" (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597, at pp. 621-22.

It is useful at this stage to review briefly how the law of privilege has developed so far in Canada, as well as in other common law countries, particularly as regards the issue now before the Court.

B. A Comparative View

In Canada, very few communications are recognized as privileged either at common law or under statutory law. At common law, the solicitor-client privilege as well as the informer privilege are fully recognized. These privileges are not absolute however; they must yield, in some circumstances, to the accused's right to make full answer and defence. For example, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607, McLachlin J., speaking for the majority of the Court, held that informer privilege and solicitor-client privilege may yield in the context of a criminal trial if the accused's innocence is at stake. Similarly, in *Stinchcombe, supra*, at p. 340, Sopinka J. noted that existing privileges may, in certain circumstances, constitute unreasonable limits on the constitutional right to make full answer and defence. See also Loretta N. Colton,

«Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor» (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255, à la p. 260:

[TRADUCTION] Alors que dans la vision utilitaire, on considère que le privilège des communications conseiller-patient vise à favoriser des relations futures bénéfiques, le principal objet du privilège est, selon la justification fondée sur la vie privée, de protéger le patient du préjudice que pourrait lui causer la divulgation. Suivant cette thèse, certaines relations humaines sont essentielles à la dignité de la personne et devraient être à l'abri de l'ingérence de l'État. [Je souligne.]

Voir également Stephen A. Saltzburg, «Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists» (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597, aux pp. 621 et 622.

Il convient, à ce stade, de voir brièvement comment la loi en matière de privilège s'est développée jusqu'à maintenant au Canada ainsi que dans d'autres pays de common law, particulièrement en ce qui a trait à la question dont la Cour est présentement saisie.

B. Une approche comparative

Au Canada, très peu de communications sont reconnues comme privilégiées, que ce soit en common law ou dans la législation. En common law, le secret professionnel de l'avocat de même que le privilège relatif aux indicateurs de police sont pleinement reconnus. Ces priviléges ne sont toutefois pas absous; ils doivent céder le pas, dans certaines circonstances, au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 607, la Cour, sous la plume du juge McLachlin, a conclu à la majorité que le privilège relatif aux indicateurs de police et le secret professionnel de l'avocat pouvaient devoir s'effacer dans le contexte d'un procès criminel lorsque se joue l'innocence de l'accusé. De même, dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 340, le juge Sopinka a souligné que l'existence d'un privilège peut, dans certains cas, constituer une limite déraisonnable au droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière. Voir également Loretta N. Colton, «*R. v. Stinchcombe*:

“*R. v. Stinchcombe: Defining Disclosure*” (1995), 40 *McGill L.J.* 525, at p. 556.

By statute, as regards criminal law, communications between spouses are the only ones regarded as privileged (s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5; see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, regarding separated spouses without any reasonable possibility of reconciliation). Similarly, provincial legislation generally provides for spousal communications privilege in civil proceedings. Two Canadian provinces, Quebec and Newfoundland, have enacted statutes recognizing religious communications privilege: see Quebec’s *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 9; and Newfoundland’s *Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6. With regard to doctor-patient relationships, Quebec is the only province which has recognized a statutory privilege in civil matters: see s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q. 1977, c. M-9. Neither at common law nor by statute have communications between counsellors and sexual assault complainants been recognized as privileged in Canada.

Defining Disclosure» (1995), 40 *R.D. McGill* 525, à la p. 556.

Si on regarde du côté de la législation, les communications entre conjoints sont, en matière criminelle, les seules qui soient considérées comme privilégiées (par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5; voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, concernant des conjoints séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation). De même, les communications entre conjoints jouissent généralement d’un privilège en matières civiles en vertu des lois provinciales. Deux provinces canadiennes, Québec et Terre-Neuve, ont adopté des lois reconnaissant le secret des communications religieuses: voir la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. C-12, art. 9; et l’*Evidence Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6. En ce qui concerne les relations médecins-patients, le Québec est la seule province à avoir reconnu un privilège législatif en matières civiles: voir l’art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q. 1977, ch. M-9. Ni la common law ni la législation, au Canada, ne reconnaissent de statut privilégié aux communications entre conseillers et plaignantes victimes d’agression sexuelle.

The question of privilege has recently been visited by our Court in *Gruenke, supra*. In that case, the Court had to decide whether communications from an accused to her pastor and to a lay counsellor were privileged in criminal proceedings at common law and under the freedom of religion guarantee in s. 2 of the *Charter*. The majority discussed the two categories of privilege at common law: first, a “class” privilege, and second, a “case-by-case” privilege. A class privilege entails a *prima facie* presumption that such communications are inadmissible or not subject to disclosure in criminal or civil proceedings and the onus lies on the party seeking disclosure of the information to show that an overriding interest commands disclosure. In order for the privilege to attach, compelling policy reasons must exist, similar to those underlying the privilege for solicitor-client

La question du privilège a été examinée récemment par notre Cour dans l’arrêt *Gruenke*, précité. Dans cette affaire, la Cour devait décider si les communications d’une accusée avec son pasteur et avec une conseillère laïque étaient privilégiées, dans une procédure criminelle, en vertu de la common law et de la liberté de religion garantie à l’art. 2 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a analysé les deux catégories de privilège reconnues en common law: les priviléges «génériques» et les priviléges «fondés sur les circonstances de chaque cas». Un privilège générique comporte une présomption *prima facie* que ces communications sont inadmissibles ou non sujettes à divulgation dans le cadre de procédures criminelles ou civiles et la partie demandant la divulgation assume le fardeau d’établir qu’un intérêt prépondérant l’exige. Pour qu’il y ait privilège, il faut qu’existent des raisons de principe contraignantes, semblables à celles qui sous-tendent le privilège en matière de

communications, and the relationship must be inextricably linked with the justice system.

In a case-by-case privilege, the communications are not privileged unless the party opposing disclosure can show they should be privileged according to the fourfold utilitarian test elaborated by Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at § 2285). These criteria are:

(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 in original.]

See *Gruenke*, at p. 286, *per* Lamer C.J. for the majority; also *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, at p. 512, *per* Laskin C.J., dissenting; and *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at p. 260.

The issue of whether private records held by third parties are privileged at common law has never been decided by this Court. The Nova Scotia Court of Appeal did, however, consider it in *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226. The question was whether social agency records of two sexual assault complainants were privileged in a criminal trial for sexual assault and narcotic trafficking. The trial judge had recognized that the records were privileged and had ordered a stay of proceedings for denial of the accused's right to make full answer and defence. The Court of Appeal held that the competing interests at stake weighed in favour of disclosure and overruled the stay. Similarly, in *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115, the Ontario

communications avocat-client, et les relations doivent être inextricablement liées au système de justice.

Dans le cas du privilège fondé sur les circonstances particulières de chaque cas, les communications ne sont privilégiées que dans la mesure où la partie s'opposant à leur divulgation établit qu'elles devraient l'être suivant le test utilitaire à quatre volets élaboré par Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, au § 2285):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiallement* 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 subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision. [En italique dans l'original.]

Voir *Gruenke*, à la p. 286, le juge en chef Lamer au nom de la majorité; également *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, à la p. 512, le juge en chef Laskin, dissident; et *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, à la p. 260.

La question de savoir si des dossiers privés en la possession de tiers sont privilégiés en common law n'a jamais été tranchée par notre Cour. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a toutefois examiné cette question dans l'arrêt *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226. Il s'agissait de décider si les dossiers de deux plaignantes victimes d'agression sexuelle, que détenait un organisme de services sociaux, étaient privilégiés dans le cadre d'un procès criminel pour agression sexuelle et trafic de stupéfiants. Le juge du procès avait reconnu que les dossiers bénéficiaient d'un privilège et avait ordonné l'arrêt des procédures pour atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La Cour d'appel a conclu que les intérêts opposés en

Court of Appeal had to decide whether records relating to family group therapy sessions were privileged in the criminal trial of a man accused of having sexually assaulted his two step-daughters. The Court of Appeal opined that, in the context of child abuse, the search for the truth overcomes the interests in family therapy and, therefore, the records could be produced at trial. See also the decisions of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587, and of the Ontario Court, General Division, in *R. v. Coon* (1991), 74 C.C.C. (3d) 146.

présence penchaient en faveur de la divulgation et a annulé le jugement. De même, dans l'arrêt *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115, la Cour d'appel de l'Ontario devait décider si les dossiers relatifs à des séances de thérapie familiale de groupe étaient privilégiés dans le procès criminel d'un homme accusé d'avoir agressé sexuellement ses deux belles-filles. La Cour d'appel a estimé que, dans le contexte d'abus envers les enfants, la recherche de la vérité avait préséance sur les intérêts de la thérapie familiale et donc que les dossiers pouvaient être produits au procès. Voir également la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *R. c. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587, et celle de la Cour de l'Ontario, Division générale dans *R. c. Coon*, (1991), 74 C.C.C. (3d) 146.

⁴² In the context of civil litigation, some courts and masters have examined claims of privilege. In *M.(A.) v. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480, the British Columbia Supreme Court considered whether psychiatric records had to be produced in a civil suit for sexual abuse. The court held that, while confidentiality was essential to the psychiatrist-patient relationship, the interest in the proper administration of justice prevailed over the need to maintain confidentiality. In *M.(E.) v. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184 (Master), the defendant sought production of the plaintiff's counselling records of treatment for sexual abuse, alcoholism and drug addiction, in an attempt to show that the alleged pain and suffering did not result from the automobile accident which was the object of the suit. It was held that, in the circumstances, the interest in maintaining the confidentiality of the records outweighed the benefit there may have been to the administration of justice by their disclosure.

Dans le cadre de procès civils, des demandes de privilège ont été examinées par quelques tribunaux et protonotaires. Dans la décision *M.(A.) c. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est penchée sur la question de savoir si des dossiers psychiatriques devaient être produits dans une poursuite civile pour abus sexuels. La cour a estimé que, bien que la confidentialité soit essentielle à la relation psychiatre-patient, l'intérêt d'assurer la bonne administration de la justice l'emportait sur la nécessité de préserver la confidentialité. Dans l'affaire *M.(E.) c. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184 (Protonotaire), le défendeur a demandé la production des dossiers du demandeur relatifs aux traitements pour abus sexuels, alcoolisme et toxicomanie, afin de tenter d'établir que les douleurs et souffrances alléguées ne résultaient pas de l'accident d'automobile faisant l'objet de la poursuite. Il a été décidé que, dans les circonstances, la préservation de la confidentialité des dossiers avait préséance sur l'avantage que pouvait présenter leur divulgation pour l'administration de la justice.

⁴³ The Law Reform Commission of Canada has recommended the recognition of a general privilege for professionals in criminal proceedings in its *Report on Evidence* (1975), although not without a *caveat*. Section 41 of the proposed Evidence Code provides:

Dans son *Rapport sur la preuve* (1975), la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé que soit reconnu aux professionnels un privilège général dans les procédures criminelles, non toutefois sans un *caveat*. L'article 41 du Code de la preuve proposé prévoit:

41. A person who has consulted a person exercising a profession for the purpose of obtaining professional services, or who has been rendered such services by a professional person, has a privilege against disclosure of any confidential communication reasonably made in the course of the relationship if, in the circumstances, the public interest in the privacy of the relationship outweighs the public interest in the administration of justice. [Emphasis added.]

The American position with regard to privilege at common law is somewhat similar to the Canadian approach. The rationales underlying the recognition of privileged communications are also analogous (see *McCormick on Evidence, supra*, at § 72). However, in the United States, a number of communications, including those between counsellors and sexual assault complainants, are considered privileged as a result of the enactment of statutory privilege, both by the Federal Government and by the states, for communications that are not privileged at common law. See Scott N. Stone and Robert K. Taylor, in *Testimonial Privileges* (2nd ed. 1993), for a more detailed compilation of the statutes granting such privilege in the United States as well as the degree and the extent of confidentiality it affords to such communications.

Without going into a detailed analysis, it is fair to say that many states in the United States have enacted some statute limiting disclosure and testimony by doctors, psychiatrists, psychologists, social workers, and other psychotherapists. An increasing number of states are according privileged status to communications between counsellors and sexual assault complainants; they include Alaska, California, Connecticut, Florida, Illinois, Kentucky, Maine, Massachusetts, Minnesota, Pennsylvania, Utah, and Wyoming. Most of these privileges provide an absolute protection of private records relating to sexual assault complainants in criminal trials.

There is, however, a constitutional element to the law of privilege in the United States. The right to a fair trial (or "due process"), as guaranteed by

41. Celui qui s'adresse à un professionnel dans le but d'obtenir ses services ou qui les obtient, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle issue de cette relation si, eu égard aux circonstances, la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice. [Je souligne.]

La position américaine en matière de privilège de common law est assez semblable à l'approche canadienne. Les principes sur lesquels se fonde la reconnaissance de communications privilégiées sont également analogues (voir *McCormick on Evidence, op. cit.*, au § 72). Aux États-Unis toutefois, un certain nombre de communications, dont celles entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, sont considérées comme privilégiées en vertu de législations, tant par le gouvernement fédéral que par les États, concernant des communications dont le privilège n'est pas reconnu en common law. Voir Scott N. Stone et Robert K. Taylor, dans *Testimonial Privileges* (2^e éd. 1993), pour une compilation détaillée des lois accordant ce genre de privilège aux États-Unis et un examen du degré et de l'étendue de la confidentialité ainsi reconnue aux communications.

Sans entrer dans les détails, il est juste de dire que de nombreux États américains ont adopté des lois limitant l'obligation pour les médecins, psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux et autres psychothérapeutes de venir témoigner et de divulguer des renseignements. De plus en plus d'États accordent un statut privilégié aux communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle dont l'Alaska, la Californie, le Connecticut, la Floride, l'Illinois, le Kentucky, le Maine, le Massachusetts, le Minnesota, la Pennsylvanie, l'Utah et le Wyoming. La plupart de ces priviléges accordent, dans le cadre de procès criminels, une protection absolue aux dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle.

Aux États-Unis, toutefois, il y a un aspect constitutionnel en matière de privilège. Le droit à un procès équitable («*due process*») ou application

the Fourteenth Amendment, as well as the rights guaranteed by the confrontation clause and the compulsory process clause of the Sixth Amendment, impose limits on statutory privilege (see *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); and *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967)). The Supreme Court of the United States has determined the constitutionality of privilege in general as regards the disclosure and the admissibility of evidence through a balancing process, weighing the rights of the accused, as guaranteed by the American Constitution, against the public interests served by privilege. That court has yet to decide the question of constitutionality of absolute privilege attaching to private records of sexual assault complainants, but there are a number of commentators who have dealt with this issue: see Maureen B. Hogan, "The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling" (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411, at pp. 470-74; Welsh S. White, "Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence" (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377, at pp. 423-25; and Robert Weisberg, *supra*, at pp. 968-73.

régulière de la loi), garanti par le Quatorzième amendement, ainsi que les droits garantis par la clause de confrontation des témoins («*confrontation clause*») et la clause de citation forcée des témoins («*compulsory clause*») en vertu du Sixième amendement, imposent des limites aux priviléges législatifs (voir *Pennsylvania c. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis c. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); et *Washington c. Texas*, 388 U.S. 14 (1967)). La Cour suprême des États-Unis a décidé de la constitutionnalité des priviléges en général eu égard à la divulgation et à la recevabilité de la preuve en soupesant les intérêts en présence, soit les droits constitutionnels de l'accusé et les intérêts du public dans la reconnaissance du privilège. Cette cour n'a pas encore tranché la question de la constitutionnalité d'un privilège absolu attaché aux dossiers privés de plaignantes victimes d'agression sexuelle, mais un bon nombre d'auteurs se sont penchés sur la question: voir Maureen B. Hogan, «The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling» (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411, aux pp. 470 à 474; Welsh S. White, «Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence» (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377, aux pp. 423 à 425; et Robert Weisberg, *loc. cit.*, aux pp. 968 à 973.

47 On the other hand, several state courts have addressed the conflict between sexual assault defendants' constitutional rights and absolute confidentiality privilege for sexual assault counselling communications. Most have ruled that such absolute privilege is unconstitutional because it infringes upon defendants' constitutional rights: see *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (Conn. 1986); *Commonwealth v. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (Mass. 1986); *Commonwealth v. Samuels*, 511 A.2d 221 (Penn. 1986); *Advisory Opinion to the House of Representatives*, 469 A.2d 1161 (R.I. 1983). Both the Supreme Court of Pennsylvania, in *Commonwealth v. Wilson*, 602 A.2d 1290 (1992), and the Supreme Court of Illinois, in *People v.*

D'autre part, plusieurs tribunaux des États américains, ont traité de la question du conflit entre les droits constitutionnels des défendeurs dans les causes d'agression sexuelle et le privilège de confidentialité absolue des communications faites dans le cadre de consultations psychologiques. La plupart ont conclu à l'inconstitutionnalité d'un tel privilège absolu au motif qu'il portait atteinte aux droits constitutionnels des défendeurs: voir *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (Conn. 1986); *Commonwealth c. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (Mass. 1986); *Commonwealth c. Samuels*, 511 A.2d 221 (Penn. 1986); *Advisory Opinion to the House of Representatives*, 469 A.2d 1161 (R.I. 1983). La Cour suprême de la Pennsylvanie, dans l'arrêt

Foggy, 521 N.E.2d 86 (1988), have found the same kind of absolute privilege constitutional.

Most Commonwealth countries, including England, Scotland, Ireland, New Zealand and Australia, use a different qualification of privilege. These countries distinguish between private privilege and public interest immunity. See Sir Rupert Cross, *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 416 et seq. and 456 et seq.; David Field, *The Law of Evidence in Scotland* (1988), at pp. 248 et seq.; Caroline Fennell, *The Law of Evidence in Ireland* (1992), at pp. 165 et seq. and 193 et seq.; Sir Rupert Cross, *Evidence*, (3rd ed. 1979), at pp. 254 et seq. and 284 et seq.; and Andrew Ligertwood, *Australian Evidence* (2nd ed. 1993), at pp. 207 et seq. and 280 et seq.

Private privilege at common law is limited to legal professional relationships. As regards other relationships, such as doctor-patient, pastor-penitent, journalist-informants and spousal relationships, no privilege is recognized in the absence of statutory provisions. England, for example, has no statutory provision providing for a general privilege for doctor-patient communications, with only limited exceptions in civil proceedings; there is nothing specifically relating to counsellor-sexual assault complainant communications either. The situation is the same in both Scotland and Ireland. New Zealand and the states of Victoria and Tasmania and the Northern Territory in Australia have enacted civil proceeding privilege regarding communications between physicians and their patients. The legislation, however, is silent on sexual assault counselling communications and the case law has not extended the existing privileges to cover such communications.

In these Commonwealth countries, public interest immunity (formally referred to as Crown privilege) constitutes the residual basis to prevent relevant evidence from being disclosed or being found

Commonwealth c. Wilson, 602 A.2d 1290 (1992), et la Cour suprême de l'Illinois, dans l'arrêt *People c. Foggy*, 521 N.E.2d 86 (1988), ont toutes deux reconnu, quant à elles, la constitutionnalité du même privilège absolu.

La plupart des pays du Commonwealth, dont l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, qualifient différemment les priviléges. Ces pays distinguent en effet entre le privilège privé et l'immunité de droit public. Voir Sir Rupert Cross, *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), aux pp. 416 et suiv. et 456 et suiv.; David Field, *The Law of Evidence in Scotland* (1988), aux pp. 248 et suiv.; Caroline Fennell, *The Law of Evidence in Ireland* (1992), aux pp. 165 et suiv. et 193 et suiv.; Sir Rupert Cross, *Evidence* (3^e éd. 1979), aux pp. 254 et suiv. et 284 et suiv.; et Andrew Ligertwood, *Australian Evidence* (2^e éd. 1993), aux pp. 207 et suiv. et 280 et suiv.

Le privilège privé en common law se limite aux relations juridiques professionnelles. Pour les autres relations, telles les relations médecin-patient, pasteur-pénitent, journaliste-informateur et les relations entre conjoints, aucun privilège n'existe en l'absence de dispositions législatives. En Angleterre, par exemple, aucune disposition législative n'accorde de privilège général pour les communications médecin-patient, hormis quelques exceptions limitées en matières civiles; rien n'est non plus expressément prévu pour les communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle. La situation est identique en Écosse et en Irlande. La Nouvelle-Zélande et les États de Victoria et de Tasmanie ainsi que le Territoire du Nord en Australie ont décreté qu'en matière civile les communications entre les médecins et leurs patients étaient privilégiées. La législation est, toutefois, muette en ce qui a trait aux communications relatives aux consultations psychologiques en matière d'agression sexuelle et la jurisprudence n'a pas étendu les priviléges existants à ce type de communications.

Dans ces pays du Commonwealth, c'est l'immunité de droit public (appelée anciennement privilège de la Couronne) qui permet, à titre subsidiaire, d'empêcher qu'une preuve pertinente soit divul-

admissible when considerations of public policy are found to be more important than the full disclosure of facts. See *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (H.L.); *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405 (H.L.), and *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.). The immunity is founded in the common law; it is not a creature of statute. It gives protection to state interests, reports of proceedings in Parliament, police matters and other confidential subjects, including educational records, social worker logs and medical documents: see *Campbell v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065 (C.A.); and *Gaskin v. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549 (C.A.).

⁵¹ In the criminal law context, public interest immunity cannot prevent the disclosure or bar the admissibility of documents that can enable the accused to resist an allegation of crime or to establish innocence: see *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.). In that respect, English courts have held that the public interest in ensuring a fair trial for a defendant outweighs the interest in protecting such confidential records if their disclosure is necessary for the defendant's full answer and defence. See, in the context of governmental documents, *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281 (Q.B.); concerning the identity of police informants, *R. v. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442 (C.A.); and in the context of social worker logs, *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36 (C.A.). See also Rachel Langdale and Simeon Maskrey, "Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records" (1994), 24 Fam. L. 513.

⁵² Courts of Commonwealth countries have not addressed the issue of whether private records of sexual assault complainants must be disclosed in criminal proceedings. However, given how this issue has been decided in other contexts, it is doubtful that public interest immunity would bar

guée ou jugée recevable lorsque des considérations d'ordre public sont considérées plus importantes que la divulgation complète des faits. Voir *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (H.L.), *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405 (H.L.), et *Rogers c. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.). Cette immunité tire son fondement de la common law et non de la législation; elle protège les intérêts étatiques, les rapports des délibérations au Parlement, les affaires de police et autres sujets confidentiels, dont les dossiers pédagogiques, les notations des travailleurs sociaux et les documents médicaux: voir *Campbell c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065 (C.A.), et *Gaskin c. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549 (C.A.).

En matière criminelle, l'immunité de droit public ne peut empêcher la divulgation ou entraîner l'irrecevabilité de documents susceptibles de permettre à l'accusé de réfuter une allégation de crime ou d'établir son innocence: voir *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.). À cet égard, les tribunaux anglais ont statué que l'intérêt du public d'assurer au défendeur un procès équitable avait préséance sur l'intérêt de protéger de tels dossiers confidentiels si leur divulgation est nécessaire à la défense pleine et entière du défendeur. Voir, dans le contexte de documents gouvernementaux, *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281 (Q.B.); concernant l'identité d'indicateurs de police, *R. c. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442 (C.A.); et dans le contexte de notations de travailleurs sociaux, *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36 (C.A.). Voir également Rachel Langdale et Simeon Maskrey, «Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records» (1994), 24 Fam. L. 513.

Les tribunaux des pays du Commonwealth n'ont pas examiné la question de savoir si les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle doivent être divulgués dans le cadre d'instances criminelles. Toutefois, étant donné la façon dont la question a été tranchée dans d'autres con-

disclosure of such records when the accused's guilt or innocence is at stake. In the general context of medical records, the Lord Chancellor in England made the following statement (reported at (1956) 197 H.L. Official Report (5th series), col. 745):

We also propose that if medical documents, or indeed other documents, are relevant to the defence in criminal proceedings, Crown privilege [public interest immunity] should not be claimed.

This statement was quoted with approval by Lord Reid in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), at p. 942. Therefore, in England at least, in criminal proceedings, it appears that the balance between the right to full answer and defence and the public policies supporting the recognition of a privilege for sexual assault counselling communications is likely to be struck in favour of the former.

With this background in mind, I now turn to the question raised by the appellants and the interveners: Whether, as a matter of law, private records of complainants in sexual assault criminal proceedings should, as a class, be considered privileged communications. In my view, they should not for the reasons that follow.

C. Privilege for Private Records of Sexual Assault Complainants

Under this heading, the appellants and the interveners who favour recognizing a class privilege at common law for communications between counsellors and sexual assault complainants raise five arguments. They can be summarized as follows: (1) sexual assault counselling relationships are based upon and depend on confidentiality; (2) without confidentiality, sexual assault victims will be deterred from seeking counselling; (3) the deterrent effect of disclosure which leads to under-reporting of sexual assault cases, undermines the effectiveness of the criminal justice system; (4) records of statements made in the course of sexual

textes, il est douteux que l'immunité de droit public empêcherait la divulgation de ces dossiers lorsque la culpabilité ou l'innocence de l'accusé est en jeu. Dans le contexte général des dossiers médicaux, le lord chancelier d'Angleterre a fait la déclaration suivante (rapportée à (1956) 197 H.L. Official Report (5th series), col. 745):

[TRADUCTION] Nous proposons également que si des documents médicaux ou autres documents sont pertinents pour la défense dans des instances criminelles, le privilège de la Couronne [immunité de droit public] ne puisse être revendiqué.

Cette déclaration a été reprise par lord Reid qui l'a fait sienne dans l'arrêt *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), à la p. 942. Par conséquent, en Angleterre à tout le moins, il appert qu'en matière criminelle l'équilibre entre le droit à une défense pleine et entière et les considérations de politique judiciaire justifiant la reconnaissance d'un privilège pour les communications faites à un conseiller par une plaignante victime d'agression sexuelle penchera vraisemblablement en faveur du premier.

Ces considérations à l'esprit, j'en viens maintenant à la question que soulèvent les appellants et les intervenants: est-ce que, en droit, les dossiers privés des plaignantes dans les affaires d'agression sexuelle devraient, de manière générale, être considérés comme des communications privilégiées? À mon avis, ils ne le devraient pas pour les motifs qui suivent.

C. Privilège relatif aux dossiers privés de plaignantes victimes d'agression sexuelle

Sous cette rubrique, les appellants et les intervenants qui favorisent la reconnaissance en common law d'un privilège général en faveur des communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle soulèvent cinq arguments. Ils peuvent se résumer comme suit: (1) les services de consultation en matière d'agression sexuelle sont fondés sur la confidentialité et en dépendent; (2) en l'absence de confidentialité, les victimes d'agression sexuelle seront dissuadées d'avoir recours à des services de consultation; (3) l'effet dissuasif de la divulgation, qui entraîne la réduction du nombre de plaintes pour agression

assault counselling are both hearsay and inherently unreliable; and (5) the common law principles governing privilege need to be in step with *Charter* values. The appellants and the interveners elaborate on each of those arguments and their points are well taken.

sexuelle, mine l'efficacité du système de justice pénale; (4) les dossiers relatifs aux déclarations faites dans le cadre de consultations en matière d'agression sexuelle constituent du oui-dire et ne sont en soi aucunement fiables; et (5) les principes de common law régissant les priviléges doivent être en harmonie avec les valeurs de la *Charte*. Les appellants et les intervenants élaborent sur chacun de ces arguments, et j'en prends bonne note.

55 Firstly, victims of sexual assaults are subject to the lingering and debilitating effects of sexual assault trauma syndrome. The sexual assault counsellors are specifically trained to help victims recover from sexual assault trauma syndrome. Sexual assault victims often take the first step to recovery by talking about the sexual assault experience in a non-judgmental and confidential atmosphere: see Kim E. Williamson, "Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute" (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461, at pp. 466-67; and Carrie J. Scarmeas, "Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege" (1982), 86 *Dick. L. Rev.* 539, at pp. 543-44.

Premièrement, les victimes d'agression sexuelle subissent les effets persistants et débilitants d'un syndrome d'assaut sexuel traumatique. Les conseillers en matière d'agression sexuelle sont spécifiquement formés pour aider les victimes à se remettre de ce traumatisme. Les victimes d'agression sexuelle font souvent le premier pas vers leur rétablissement en parlant en toute confidentialité de leur expérience d'agression sexuelle dans une atmosphère où elles savent qu'elles ne seront pas jugées: voir Kim E. Williamson, «Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute» (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461, aux pp. 466 et 467; et Carrie J. Scarmeas, «Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege» (1982), 86 *Dick L. Rev.* 539, aux pp. 543 et 544.

56 Confidentiality in sexual assault counselling is essential in creating the sense of security necessary to encourage the free flow of discussion which is crucial to the victim's recovery. Unless the victim is guaranteed confidentiality she will be inhibited in her discussions and unable to receive the full benefits of counselling: see Michael Laurence, in "Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege" (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213, at pp. 1223-24.

Lors de consultations psychologiques par suite d'agression sexuelle, la confidentialité est essentielle à la création d'un sentiment de sécurité nécessaire pour favoriser la libre discussion cruciale pour le rétablissement de la victime. À moins que la confidentialité ne lui soit garantie, la victime sera inhibée dans ses discussions et ne pourra bénéficier pleinement des services de consultation: voir Michael Laurence, «Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege» (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213, aux pp. 1223 et 1224.

57 Secondly, without the assurance of confidentiality, sexual assault victims will be more likely to be deterred from seeking counselling or from divulging all the information to their counsellors. This deterrent effect of disclosure is not only detrimental to the victims but also to society as a whole. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, I made the fol-

Deuxièmement, sans une assurance de confidentialité, les victimes d'agression sexuelle seront vraisemblablement moins encouragées à demander assistance ou à révéler tous les renseignements à leurs conseillers. Cet effet dissuasif de la divulgation nuit non seulement aux victimes, mais aussi à l'ensemble de la société. Dans l'arrêt *R. c. Osolin*,

lowing observation regarding the disclosure of medical records (at p. 622):

First, common sense dictates that if people are aware that medical records can and may very well be obtained to attack the credibility of a witness, they may be reluctant to seek needed and valuable treatment if there is any prospect that they may be required to testify at trial, particularly if there is any connection between the events at trial and the subjects of discussion in the treatment process.

Thirdly, this deterrent effect has further repercussions on the functioning of the criminal legal process. Because sexual assault counselling and therapy may lead victims to report the crime to the authorities, anything that deters victims from seeking treatment will accentuate the under-reporting of offences. This Court has recognized that chronic under-reporting of sexual assault cases undermines the effectiveness of the criminal justice system. See, in the context of publication bans, *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at pp. 131-32; and, in the context of sexual assaults, *Seaboyer, supra*, at pp. 649-50, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting but not on this point, and *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 441-42, *per* L'Heureux-Dubé J. for the Court in the result.

According to Statistics Canada, only six percent of the sexual assaults surveyed in 1993 were reported to the police. Fear of the attitudes likely to be shown by the police and the courts toward complainants continues to deter significant numbers of women from reporting. See J. Roberts, "Criminal Justice Processing of Sexual Assault Cases" (1994), 14:7 *Juristat* 1; see also Canadian Panel on Violence Against Women, *Changing the Landscape: Ending Violence — Achieving Equality* (1993), at pp. 28-29.

The legal system has a direct and vital interest in promoting the reporting of sexual assaults. It is important to recognize the impact that procedural and substantive rules have upon the resolve of sex-

[1993] 4 R.C.S. 595, j'ai fait l'observation suivante concernant la divulgation de dossiers médicaux (à la p. 622):

En premier lieu, le bon sens nous enseigne qu'une personne, consciente de la possibilité, voire de la probabilité, que des dossiers médicaux servent à contester la crédibilité d'un témoin, pourrait être réticente à demander un traitement nécessaire et valable s'il y a risque qu'elle soit appelée à témoigner à un procès, en particulier s'il existe un lien entre les événements en cause et l'objet du traitement.

Troisièmement, cet effet dissuasif a des répercussions additionnelles sur le fonctionnement du processus de justice pénale. Étant donné que la consultation et la thérapie suite à une agression sexuelle peuvent conduire les victimes à signaler le crime aux autorités, tout ce qui dissuade les victimes de se faire traiter augmentera le nombre des infractions non signalées. Notre Cour a reconnu que la sous-dénonciation chronique des affaires d'agression sexuelle mine l'efficacité du système de justice pénale. Voir, dans le contexte des interdictions de publication, *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, aux pp. 131 et 132; et, en matière d'agression sexuelle, *Seaboyer*, précité, aux pp. 649 et 650, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, et *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, aux pp. 441 et 442, le juge L'Heureux-Dubé au nom de la Cour quant au résultat.

Selon Statistique Canada, seulement six pour cent des agressions sexuelles passées en revue lors de l'enquête de 1993 furent rapportées à la police. La peur de l'attitude de la police et des tribunaux envers les plaignantes continue de dissuader un nombre important de femmes de dénoncer ces agressions. Voir J. Roberts, «L'administration de la justice pénale dans les cas d'agression sexuelle» (1994), 14:7 *Juristat* 1; voir également Comité canadien sur la violence faite aux femmes, *Un nouvel horizon: éliminer la violence — atteindre l'égalité* (1993), aux pp. 31 et 32.

Le système juridique a un intérêt direct et vital à encourager la dénonciation des cas d'agression sexuelle. Il est important de reconnaître l'impact qu'ont les règles de fond et de procédure sur la

ual assault victims to obtain treatment and upon the reporting of crimes of this nature. Therefore, the societal importance of the relationships between counsellors and sexual assault complainants necessarily goes beyond the benefit to the victims; it is also vitally linked to the effectiveness of the criminal justice system to deal with sexual assault crimes.

décision des victimes d'agression sexuelle d'obtenir un traitement et sur le signalement des crimes de cette nature. Par conséquent, l'importance pour la société des relations entre les conseillers et les plaignantes victimes d'agression sexuelle va nécessairement au-delà du bénéfice qu'en tirent les victimes; elle est également intimement liée à la capacité du système de justice pénale de répondre aux crimes d'agression sexuelle.

61 As a fourth point, the appellants and the interveners note that records of statements made in the course of medical or therapeutic treatments are both hearsay and inherently unreliable (see *Osolin, supra*, at pp. 622-23). The information given by sexual assault victims expressed in the course of counselling sessions constitutes second-hand communications. The rule against hearsay evidence requires that such communications be considered inadmissible at trial because of its lack of trustworthiness. The same reasoning supports the conclusion that private records of sexual assault complainants ought not to be produced or serve as a basis for the defence.

En quatrième lieu, les appellants et les intervenants soulignent que les dossiers relatifs aux déclarations faites dans le cadre de traitements médicaux ou thérapeutiques constituent du oui-dire et ne sont en soi aucunement fiables (voir *Osolin*, précité, aux pp. 622 et 623). Les renseignements fournis par des victimes d'agression sexuelle lors de séances de consultation constituent des communications de seconde main. Suivant la règle d'exclusion de la preuve par oui-dire, ces communications doivent être considérées comme inadmissibles au procès vu leur manque de véracité. Le même raisonnement établit la conclusion selon laquelle les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle ne doivent pas être produits ou servir de fondement aux moyens de défense.

62 These records are inherently unreliable because they were gathered in a medical or therapeutic treatment context: see Marilyn T. MacCrimmon and Christine Boyle, "Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials", in Canadian Institute for the Administration of Justice, *Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity* (1995), 81, at pp. 103-5. The questions asked by sexual assault counsellors encompass more than the particular events in issue at trial; they include a wide range of elements such as personal history, thoughts, emotions and other irrelevant information. In fact, sexual assault counsellors' records are prepared for the sole purpose of assisting counselling, not for the purpose of establishing accurate historical records for criminal proceedings. Further, private records do not necessarily represent the precise words spoken by the sexual assault complainants. Even if they did, the records would not qualify as state-

Ces dossiers ne sont en soi aucunement fiables parce qu'ils ont été préparés dans un contexte de traitement médical ou thérapeutique: voir Marilyn T. MacCrimmon et Christine Boyle, «Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials», dans Institut canadien d'administration de la justice, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe* (1995), 81, aux pp. 103 à 105. Les questions que posent les conseillers en matière d'agression sexuelle vont au-delà des événements spécifiquement en cause au procès; elles regroupent une vaste gamme d'éléments, tels l'historique personnel, les pensées, les émotions et toute autre information non pertinente. En fait, les dossiers des conseillers en matière d'agression sexuelle sont préparés aux seules fins de la consultation et non afin d'établir un compte rendu historique fidèle en vue de procédures criminelles. De plus, les dossiers privés ne consignent pas nécessairement les

ments under s. 10(1) of the *Canada Evidence Act*, unless the complainants reviewed and ratified the content of the records. As well, sexual assault counselling records are not necessarily prepared contemporaneously with the counselling session, or even immediately afterwards. As a result, the reliability or even the relevance of private records relating to sexual assault complainants are highly questionable.

Finally, the common law principles governing privilege must be consistent with the constitutional values enshrined in the *Charter*: see Marilyn T. MacCrimmon, "Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality" (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225, at pp. 258-59. As regards private records of sexual assault complainants, these values include the complainant's privacy and equality interests. In *Gruenke*, *supra*, Lamer C.J.'s analysis of a case-by-case privilege in favour of communications made in confidence to a pastor was informed by the right to freedom of religion in s. 2(a) and by the multicultural interpretation clause in s. 27 of the *Charter*. He wrote at pp. 290-91:

The Wigmore criteria will be informed both by the *Charter* guarantee of freedom of religion and by the general interpretative statement in s. 27 of the *Charter*....

In applying the Wigmore criteria to particular cases, both s. 2(a) and s. 27 must be kept in mind. This means that the case-by-case analysis must begin with a "non-denominational" approach. The fact that the communications were not made to an ordained priest or minister or that they did not constitute a formal confession will not bar the possibility of the communications' being excluded. All of the relevant circumstances must be considered and the Wigmore criteria applied in a manner which is sensitive to the fact of Canada's multicultural heritage.

paroles exactes des plaignantes victimes d'agression sexuelle. Même si c'était le cas, ils ne constituaient pas des déclarations au sens du par. 10(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à moins que la plaignante n'en ait revu et approuvé le contenu. De plus, les dossiers en matière d'agressions sexuelles ne sont pas nécessairement préparés au moment de la consultation, ou même immédiatement après. Il en résulte que la fiabilité, voire même la pertinence des dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle est fort douteuse.

Enfin, les principes de common law en matière de privilège doivent être compatibles avec les valeurs constitutionnelles enchaînées dans la *Charte*: voir Marilyn T. MacCrimmon, «Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality» (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225, aux pp. 258 et 259. En ce qui a trait aux dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle, ces valeurs comprennent l'intérêt des plaignantes à la protection de leur vie privée et à l'égalité. Dans l'arrêt *Gruenke*, précité, l'analyse du juge en chef Lamer d'un privilège fondé sur les circonstances particulières à chaque cas en faveur de communications faites confidentiellement à un pasteur s'est inspirée du droit à la liberté de religion, garanti à l'al. 2a), et de la clause d'interprétation multiculturelle à l'art. 27 de la *Charte*. Il a écrit aux pp. 290 et 291:

Le critère de Wigmore s'inspirera à la fois de la liberté de religion garantie par la *Charte* et de la déclaration d'interprétation générale de l'art. 27 de la *Charte*...

Pour appliquer le critère de Wigmore à des cas particuliers, il faut garder à l'esprit l'al. 2a) et l'art. 27. Cela signifie que l'analyse de chaque cas doit commencer par l'adoption d'un point de vue «non confessionnel». Le fait que les communications n'ont pas été faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné ou qu'elles ne constituaient pas une confession formelle n'écartera pas la possibilité de les exclure. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et le critère de Wigmore doit être appliqué d'une manière qui tient compte du patrimoine multiculturel du Canada.

See also *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, at p. 540, where the Ontario Court of Appeal stated that the common law interpretation of privilege might have to be reconsidered in relation to the constitutional rights affected.

⁶⁴ This is consistent with the approach adopted by this Court in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J. said at p. 603: "the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution". More recently, in *Dagenais, supra*, the Court had to consider the common law rule governing the issuance of publication bans in the context of conflicting constitutional rights, namely freedom of expression and the presumption of innocence. Lamer C.J., speaking for the majority of the Court, after relying on this *dicta* of McIntyre J., added (at p. 878):

I am, therefore, of the view that it is necessary to reformulate the common law rule governing the issuance of publication bans in a manner that reflects the principles of the *Charter*. Given that publication bans, by their very definition, curtail the freedom of expression of third parties, I believe that the common law rule must be adapted so as to require a consideration both of the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights.

See also *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 95-97, *per* Cory J. for the Court in the result, and at para. 206, *per* L'Heureux-Dubé J., concurring; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 51, *per* L'Heureux-Dubé J. for the Court in the result; and *Salituro, supra*, at p. 675.

As can be seen from the above discussion, there are strong arguments of public policy which militate in favour of protecting the confidentiality of counsellor-sexual assault complainant communications in criminal trials. They do not, however, necessarily support the recognition of a class privilege in favour of private records. There are many ave-

Voir également *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, à la p. 540, où la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'interprétation en common law du privilège devrait peut-être être réexaminée au regard des droits constitutionnels en cause.

Ceci est conforme au point de vue adopté par notre Cour dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre a observé à la p. 603: «le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enracinées dans la Constitution». Plus récemment, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la Cour devait examiner la règle de common law régissant les ordonnances de non-publication dans le contexte de droits constitutionnels opposés, soit la liberté d'expression et la présomption d'innocence. Exprimant l'opinion majoritaire de la Cour, le juge en chef Lamer, après avoir cité l'*obiter dictum* du juge McIntyre, a ajouté ceci (à la p. 878):

Je suis par conséquent d'avis qu'il est nécessaire de reformuler la règle de common law en matière d'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte*. Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, j'estime que la règle de common law doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte*.

Voir également *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, aux par. 95 à 97, le juge Cory au nom de la Cour quant au résultat, et au par. 206, le juge L'Heureux-Dubé, souscrivant aux motifs; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 51, le juge L'Heureux-Dubé au nom de la Cour quant au résultat; et *Salituro*, précité, à la p. 675.

Ainsi qu'il appert de l'examen qui précède, de puissants arguments de politique judiciaire militent en faveur de la protection, dans les procès criminels, de la confidentialité des communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle. Ils ne justifient toutefois pas nécessairement la reconnaissance d'un privilège géné-

nues open to prevent production of such records if the need arises. Hearsay and irrelevance constitute one of these avenues; as discussed in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, released concurrently, the balancing of competing constitutional rights is another avenue, to which I will return later. The recognition of a class privilege for private records is not, in my view, the proper approach and I agree with the reasoning advanced by the Attorney General of Manitoba in this respect. Generally, class privilege presents many impediments to the proper administration of justice and, for that reason, has not been favoured in Canada and elsewhere in criminal trials. A class privilege is a complete bar to the information contained in such records, whether or not relevant, and the onus to override it is a heavy one indeed. The particular concerns raised by the recognition of a class privilege in favour of private records in criminal law relate to: (1) the truth-finding process of our adversarial trial procedure; (2) the possible relevance of some private records; (3) the accused's right to make full answer and defence; (4) the categories of actors included in a class privilege; and (5) the experience of other countries.

The principal aim of our adversarial trial process is the search for the truth. In order for justice to be rendered, the judicial system must have the right to all relevant information: see Pierre Tessier, "La vérité et la justice" (1988), 19 *R.G.D.* 29, at p. 32. This is the foundation of the requirement that everyone must testify in court if requested by subpoena and, in civil cases, of the rules relating to the disclosure of documents in the pre-trial discovery process. Accordingly, relevant information is presumptively admissible and subject to disclosure, while the recognition of privilege is confined to limited communications. In that respect, Professor Mewett, in *Witnesses* (1991), makes the following observations at p. 15-2:

rique en faveur des dossiers privés. Il existe en effet plusieurs moyens d'empêcher la production de tels dossiers si cela s'avère nécessaire. Le ouï-dire et la non-pertinence sont de ceux-là, ainsi que la pondération des droits constitutionnels opposés; tel que discuté dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, rendu simultanément, point sur lequel je reviendrai plus loin. La reconnaissance d'un privilège générique pour les dossiers privés n'est donc pas, à mon avis, la démarche qu'il convient de suivre et je suis d'accord avec le raisonnement du procureur général du Manitoba à cet égard. Généralement, un privilège générique gêne à plusieurs égards l'administration de la justice et, pour cette raison, il ne connaît pas la faveur au Canada et ailleurs dans les procès criminels. Un privilège générique constitue une entrave complète aux renseignements contenus dans ce type de dossiers, peu importe leur pertinence, et le fardeau de preuve pour en contester l'application est onéreux. La reconnaissance en droit criminel d'un privilège générique en faveur de dossiers privés soulève les préoccupations suivantes: (1) le processus de recherche de la vérité de notre procédure judiciaire contradictoire; (2) la pertinence possible de certains dossiers privés; (3) le droit de l'accusé à une défense pleine et entière; (4) les catégories d'acteurs inclus dans un privilège générique; et (5) l'expérience d'autres pays.

Notre système judiciaire contradictoire a pour but principal la recherche de la vérité. Afin que justice soit rendue, le système judiciaire doit pouvoir disposer de toutes les informations pertinentes: voir Pierre Tessier, «La vérité et la justice» (1988), 19 *R.G.D.* 29, à la p. 32. C'est là le fondement de l'obligation voulant que tous doivent témoigner devant le tribunal s'ils y sont assignés par subpoena et, en matière civile, de la règle relative à la divulgation de documents au moment de la communication préalable de la preuve. En conséquence, l'information pertinente est présumée admissible et sujette à divulgation, alors que la reconnaissance d'un privilège est limitée à certaines communications restreintes. À cet égard, dans *Witnesses* (1991), le professeur Mewett fait les observations suivantes, à la p. 15-2:

[T]he objective of all testimony is the eliciting of information from which conclusions may be drawn. It is therefore fundamental to the litigation process that the court or other tribunal have available to it all relevant evidence, unless some other social value is perceived to exist that takes priority over the ascertainment of the truth. All claims of privilege hinder the search for the truth since they result in the concealment of what may be helpful and, indeed, crucial information. It is not surprising, therefore, that claims to privilege should be carefully scrutinised by the courts and only rarely upheld. [Emphasis added.]

See also S. A. Tacon, "A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332; and Beverley McLachlin (now of this Court), "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.

Even if most private records relating to sexual assault complainants are generally irrelevant, some of them can contain information which may be "likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records" (see *O'Connor, supra*, at para. 134). The recognition of a class privilege for communications that can contain highly relevant information in criminal proceedings must be limited to situations where the other social interests are indubitably "compelling" (see *Gruenke, supra*, at p. 288). The recognition of a class privilege in favour of private records relating to sexual assault complainants would be a complete bar to the production and disclosure of the information contained therein, irrespective of its relevance. Because there can be instances where private records will be likely relevant, either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify, class privilege does not constitute the proper legal doctrine to govern the issue of production of private records held by third parties.

As a third point related to the possible relevancy of private records of sexual assault complainants,

[TRADUCTION] [D]ans tout témoignage, l'objectif est d'obtenir des éléments d'information susceptibles de permettre de tirer des conclusions. Il est donc essentiel au débat que le tribunal judiciaire ou autre dispose de toute la preuve pertinente, à moins que d'autres valeurs sociales soient perçues comme étant prioritaires à l'établissement de la vérité. Toute demande de privilège fait obstacle à la recherche de la vérité étant donné qu'elle a pour effet de dissimuler de l'information qui peut être utile, voire même cruciale. Aussi ne faut-il pas s'étonner que les tribunaux examinent attentivement les demandes de privilège et ne les accordent que rarement. [Je souligne.]

Voir également S. A. Tacon, «A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332; et Beverley McLachlin (maintenant juge de notre Cour), «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.

Même si la plupart des dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle sont généralement non pertinents, certains d'entre eux peuvent contenir des renseignements «susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers» (voir l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 134). La reconnaissance d'un privilège générique pour les communications pouvant contenir des renseignements hautement pertinents dans des procédures criminelles doit se limiter aux situations où les autres intérêts sociaux sont incontestablement «sérieux» (voir l'arrêt *Gruenke*, précité, à la p. 288). Dans le cas des plaignantes victimes d'agression sexuelle, la reconnaissance d'un tel privilège écarterait complètement la production et la divulgation des renseignements qui y sont contenus, quelle que soit leur pertinence. Étant donné qu'il peut y avoir des cas où les dossiers privés seront susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner, le privilège générique n'est pas la doctrine légale qu'il convient d'appliquer pour régir la question de la production des dossiers privés en la possession de tiers.

Troisième point relié à la possible pertinence des dossiers privés relatifs aux plaignantes vic-

the accused's right to make full answer and defence militates against the recognition of class privilege in criminal proceedings. Privilege constitutes a limit upon the truth-finding principle of our justice system and, consequently, may impair the accused's full enjoyment of his or her right to respond to criminal accusations.

When the enforcement of a privilege means that the accused will be limited as to his or her right to make full answer and defence to criminal accusations, this Court has strongly tended to favour disclosure. The informer privilege, for instance, will be set aside if the confidential material can demonstrate the innocence of an accused person: see *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 995-96, *per* Cory J. for the majority; and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93. Even the solicitor-client privilege, which has been elevated to a "fundamental civil and legal right" (see *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at p. 383, *per* Wilson J.; and *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839), will be overridden to allow the accused to make full answer and defence to criminal charges: see *Seaboyer, supra*, at p. 607, *per* McLachlin J. for the majority; and *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), at pp. 43-45.

At common law, the main condition for a class privilege to be recognized in favour of certain communications is that the category of actors be limited to specific people. The solicitor-client class privilege, for example, involves definite actors: one is a qualified lawyer and the other is the client. In that regard, John Sopinka (of this Court), Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, in *The Law of Evidence in Canada* (1992), remark at p. 649:

The protection [of the privilege], however, does not extend to communications with persons who are not duly qualified legal advisers even though the advice they might give is legal in nature.

times d'agression sexuelle, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière milite contre la reconnaissance d'un privilège générique en matière criminelle. Le privilège constitue une restriction au principe de la recherche de la vérité sous-jacent à notre système de justice et conséquemment, il peut porter atteinte à la capacité de l'accusé de jouir pleinement de son droit de répondre à une accusation criminelle.

Lorsque la reconnaissance d'un privilège signifie que sera limité le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière à une accusation criminelle, notre Cour a eu fortement tendance à favoriser la divulgation. Ainsi, le privilège relatif aux indicateurs de police sera écarté si les documents confidentiels peuvent démontrer l'innocence de la personne accusée: voir *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 995 et 996, le juge Cory au nom de la majorité; et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93. Même le secret professionnel de l'avocat, élevé au rang de «droit civil fondamental» (voir *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, à la p. 383, le juge Wilson; et *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839), sera écarté pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière à des accusations criminelles: voir *Seaboyer*, précité, à la p. 607, le juge McLachlin au nom de la majorité; et *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), aux pp. 43 à 45.

En common law, la principale condition pour qu'un privilège générique soit reconnu en faveur de certaines communications est que la catégorie des acteurs visés soit restreinte. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat fait intervenir des acteurs définis: l'avocat qualifié et le client. À cet égard, John Sopinka (de notre Cour), Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, font remarquer ceci dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 649:

[TRADUCTION] La protection [du privilège], toutefois, ne s'étend pas aux communications avec des personnes qui ne sont pas des conseillers juridiques dûment qualifiés, même si les conseils qu'elles peuvent donner sont d'ordre juridique.

71

By contrast, the category of actors involved in sexual assault counselling relationships is not restricted to a defined group of qualified professionals and their clients. Whereas counselling in such cases may be provided by medical professionals, such as physicians, psychiatrists and psychologists, sexual assault complainants may also resort to community resources, sexual assault crisis centres, pastors, parents, friends, etc. To extend a class privilege to all these interveners might mean that information gathered in group therapy or communications relating to mental health exchanged on pay-per-call telephone service lines could attract such privilege. At common law, as it now exists, such a wide category of actors militates against the recognition of a class privilege since it would considerably limit the defense and close avenues of information which the search for the truth and justice may warrant in some circumstances.

72

In the context of privileged communications for psychotherapist-patient relationships, which are very similar to sexual assault counselling relationships, Catharina J. H. Dubbelday, in "The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved" (1985), 34 *Emory L.J.* 777, makes these observations at p. 812:

In the case of doctors, lawyers, and spouses, determining the individual to whom communications are privileged is usually not difficult because of state regulation of these professions and relationships. In the case of clergymen, courts look to the tenets of the clergyman's faith for assistance when definitional problems arise. In the context of the psychotherapist-client privilege, however, determining who is a "psychotherapist" is a problem that is not easily resolved. On the one hand, the strong policy considerations supporting a psychotherapist-client privilege do not seem to apply only to clients of licensed individuals. On the other hand, the court's need for truth will not permit a privilege that is

Par contre, la catégorie d'acteurs que met en cause une relation de consultation socio-psychologique en matière d'agression sexuelle n'est pas restreinte à un groupe défini de professionnels qualifiés et leurs clients. Bien que les services de consultation socio-psychologique en pareils cas puissent être fournis par des professionnels de la médecine, tels des médecins, des psychiatres et des psychologues, les plaignantes peuvent également avoir recours aux ressources communautaires, aux centres d'urgence en matière d'agression sexuelle, aux pasteurs, aux parents, aux amis, etc. Élargir un privilège générique en faveur de tous ces intervenants pourrait signifier que les renseignements recueillis dans des thérapies de groupe ou les communications liées à la santé mentale échangées par l'entremise de services téléphoniques payants pourraient bénéficier du privilège. Or dans l'état actuel de la common law, une catégorie aussi étendue d'acteurs en cause milite contre la reconnaissance d'un privilège générique, étant donné que celui-ci limiterait considérablement les moyens de défense et préviendrait l'obtention d'informations qui seraient, dans certaines circonstances, justifiées aux fins de la recherche de la vérité et de la justice.

Dans le contexte des communications privilégiées dans le cadre des relations psychothérapeute-patient, qui sont très semblables aux relations de consultation socio-psychologique en matière d'agression sexuelle, Catharina J. H. Dubbelday fait les observations suivantes dans «The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved» (1985), 34 *Emory L.J.* 777, à la p. 812:

[TRADUCTION] Dans le cas des médecins, des avocats et des conjoints, il n'est habituellement pas difficile de déterminer envers qui les communications sont privilégiées en raison de la réglementation étatique. Dans le cas des membres du clergé, les tribunaux s'en reportent aux préceptes de leur foi s'il se présente un problème de délimitation. Toutefois, dans le contexte du privilège psychothérapeute-client, la question de savoir qui est un «psychothérapeute» pose un problème qu'il n'est pas aisément résoudre. D'une part, les importantes considérations de principe justifiant la reconnaissance d'un tel privilège ne semblent pas s'appliquer uniquement aux clients de professionnels qualifiés. D'autre part, l'impé-

so broad that almost every communication to any individual is covered. [Emphasis added.]

See also Kerry L. Morse, "A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741, at p. 745.

Lastly, a review of the position of other common law countries demonstrates that, in criminal proceedings, a class (or absolute) privilege for counsellor-sexual assault complainant communications is not generally supported. In the United States, no privilege exists at common law for sexual assault counselling communications and although many states have enacted a statutory class privilege for such communications, many of these absolute privileges have been struck down as unconstitutional by state courts on the basis that they infringe upon defendants' rights as guaranteed by the Sixth and Fourteenth Amendments: see *In re Robert H.*, *supra*; *Commonwealth v. Two Juveniles*, *supra*; *Commonwealth v. Samuels*, *supra*; and *Advisory Opinion to the House of Representatives*, *supra*. In Commonwealth countries, such as England, Scotland, Ireland, New Zealand and Australia, no private privilege exists, at common law or under statutory law, for communications between counsellors and sexual assault complainants. Where limited doctor-patient privileges exist, they are restricted to civil proceedings and have not been extended to cover sexual assault counselling communications. Public interest immunity in Commonwealth countries is different from class privilege as it exists in Canada. It is decided on an *ad hoc* basis and is more analogous to case-by-case privilege.

In the end, balancing those arguments, I am of the view that recognizing a class privilege in criminal trials for private records relating to sexual assault complainants is not the best way to serve the interests of justice. As argued by the appellants and the interveners, there are strong public policy considerations which may favour non-production

ratif judiciaire de recherche de la vérité ne permettra pas la reconnaissance d'un privilège si large qu'il couvrirait la presque totalité des communications faites à toute personne. [Je souligne.]

Voir également Kerry L. Morse, «A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals» (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741, à la p. 745.

Enfin, un examen de la position adoptée dans d'autres pays de common law démontre que, de façon générale, on ne reconnaît pas, en matière criminelle, de privilège générique (ou absolu) relatif aux communications entre une plaignante victime d'agression sexuelle et son conseiller. Aux États-Unis, aucun privilège n'existe en common law pour ce type de communications et bien que de nombreux États aient créé par voie législative un privilège générique pour ces communications, plusieurs de ces priviléges absolus ont été déclarés inconstitutionnels par les tribunaux des États au motif qu'ils portent atteinte aux droits garantis aux défendeurs par les Sixième et Quatorzième amendements: voir *In re Robert H.*, précité; *Commonwealth c. Two Juveniles*, précité; *Commonwealth c. Samuels*, précité; et *Advisory Opinion to the House of Representatives*, précité. Dans les pays du Commonwealth tels l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, aucun privilège privé n'existe, en common law ou dans la législation, pour les communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle. Lorsqu'un privilège limité médecin-patient existe, il est restreint aux procédures civiles et n'a pas été étendu aux communications relatives aux consultations pour agression sexuelle. Quant à l'immunité de droit public reconnue dans les pays du Commonwealth, elle diffère du privilège générique tel qu'il existe au Canada. Elle est établie de façon *ad hoc* et s'apparente davantage au privilège fondé sur les circonstances particulières à chaque cas.

En définitive, après avoir soupesé ces arguments, je suis d'avis que ce n'est pas en reconnaissant, dans les procès criminels, un privilège générique pour les dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle que les intérêts de la justice seront le mieux servis. Certes, comme l'ont fait valoir les appellants et les interve-

of private records relating to sexual assault complainants in criminal trials, but on balance, I conclude that class privilege is not the avenue which should govern the extent of production of private records held by third parties in criminal trials.

nants, il existe d'importantes considérations de politique judiciaire en faveur de la non-production, dans les procès criminels, de dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle, mais tout compte fait, j'en viens à la conclusion que ce n'est pas par la voie du privilège générique qu'il convient de décider de la question de la production en matière criminelle de dossiers privés en la possession de tiers.

75

This does not mean, however, that the granting of a case-by-case privilege may not be appropriate in some circumstances, where the Wigmore criteria are met. The determination of whether such a privilege ought to attach will, of course, depend on the facts of each case as they relate to the four Wigmore criteria. Given the nature of the relationship between counsellors and sexual assault complainants, the first three criteria will easily be met in most cases. As it appears from the foregoing discussion, such relationships are founded on trust and confidence, confidentiality is essential to their maintenance and the public fosters and supports these counselling relationships. The fourth criterion involves the balancing of the relative values which favour finding these records privileged with those which favour production, if, of course, the records are found to be likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify (see *O'Connor, supra*). This is where the arguments for and against production, which I have discussed earlier, will be examined.

Cela ne veut pas dire, cependant, que l'octroi d'un privilège fondé sur les circonstances particulières à chaque cas ne soit pas indiqué dans certaines circonstances, lorsqu'il est satisfait au test de Wigmore. L'opportunité de reconnaître un tel privilège dépendra naturellement des faits de chaque cause eu égard aux quatre critères de Wigmore. Étant donné la nature de la relation entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, les trois premiers critères seront facilement satisfaits dans la plupart des cas. Ainsi qu'il appert de la discussion qui précède, ces relations se fondent sur la confiance, la confidentialité est essentielle à leur maintien et elles ont l'appui et le soutien du public. Le quatrième critère renvoie à la pondération des valeurs en jeu soit d'une part celles qui favorisent la reconnaissance d'un privilège en faveur de ces dossiers avec celles qui, d'autre part, militent en faveur de leur production dans la mesure, naturellement, où l'on juge qu'ils sont pertinents soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habileté à témoigner (voir l'arrêt *O'Connor*, précité). C'est sous cet angle que les arguments favorables et défavorables à la production, dont j'ai déjà discuté, seront considérés.

76

It must be remembered that the determination as to whether privilege should be granted in a particular case is based purely on public policy considerations; it does not involve the balancing of the complainant's *Charter* rights to privacy and equality with those of the accused to make full answer and defense. Even though the confidentiality of private records relating to sexual assault complainants does engage privacy and equality interests, the

On doit se rappeler que la décision d'accorder un privilège dans un cas donné se fonde uniquement sur des considérations de politique judiciaire; elle n'engage pas la pondération des droits de la plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité, garantis par la *Charte*, avec ceux de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Bien que la confidentialité de dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle mette effectivement en cause des intérêts liés à la vie privée et à l'égalité, la revendication de droits

assertion of constitutional rights of privacy and equality is distinct from the issue of privilege.

In brief, while there is surely ground to recognize a case-by-case privilege for private records of sexual assault complainants in some instances, I do not think that such exceptions to the general evidentiary rule of admissibility and disclosure should be encouraged. This *ad hoc* approach to privilege will not serve the main policy consideration behind the granting of privilege for sexual assault counselling communications, i.e., that the complainants should be assured at the outset that information shared with counsellors will be kept confidential. Consequently, it will not cure the most important ills associated with production of private records, notably the deterrent effect that such production has on reporting and counselling.

A better approach to this difficult problem, in my view, lies in the balancing of, on the one hand, the *Charter* rights to privacy and equality of the sexual assault complainant with, on the other hand, the accused's *Charter* rights to a fair trial and to full answer and defence. While this approach may suffer from some of the shortcomings discussed previously as regards the granting of class and case-by-case privileges, it ensures that proper consideration is equally given to competing constitutional rights (*Dagenais, supra*, at p. 877). This is the approach advocated in *O'Connor, supra*, which should be read as herein recited at length and which I will briefly summarize.

VI. Balancing *Charter* Values

When deciding whether to order production of private records held by third parties, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values: *Dagenais, supra*, at p. 875. The constitutional values involved here are: (1) the

constitutionnels en la matière est une question distincte de celle du privilège.

En somme, bien qu'il y ait certainement lieu, dans certaines circonstances, de reconnaître un privilège fondé sur les circonstances particulières de chaque cas pour les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle, je ne crois pas qu'il faille encourager ces exceptions à la règle générale d'admissibilité et de divulgation de la preuve. Cette approche *ad hoc* ne permettra pas, en effet, d'atteindre le but recherché par la philosophie sous-jacente à l'octroi d'un privilège pour les communications relatives aux consultations en matière d'agression sexuelle, c.-à-d. l'assurance donnée dès le départ aux plaignantes que l'information qu'elles partagent avec leurs conseillers sera tenue confidentielle. Conséquemment, elle ne remédierait pas aux principaux problèmes associés à la production de dossiers privés, notamment l'effet dissuasif de cette production sur la signalisation de ces crimes et les recours à la consultation.

Une approche qui me paraît plus appropriée pour aborder ce difficile problème consiste à soulever les droits de la plaignante victime d'agression sexuelle à la protection de sa vie privée et à l'égalité, droits garantis par la *Charte*, d'une part, avec le droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière, droits également garantis par la *Charte*, d'autre part. Même si cette démarche peut souffrir de certains des défauts examinés précédemment en ce qui concerne l'octroi de priviléges génériques et de priviléges fondés sur les circonstances particulières de chaque cas, elle permet cependant d'assurer qu'une égale considération sera accordée aux droits constitutionnels qui s'affrontent (*Dagenais*, précité, à la p. 877). C'est l'approche préconisée dans l'arrêt *O'Connor*, précité, auquel je réfère comme si ici reproduit intégralement, et que je résumerai brièvement.

VI. Pondération des valeurs de la *Charte*

Lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés en la possession de tiers, le tribunal doit exercer sa discrétion d'une manière qui respecte les valeurs de la *Charte*: *Dagenais*, précité, à la p. 875. Les valeurs constitutionnelles en

right to full answer and defence; (2) the right to privacy; and (3) the right to equality without discrimination. These rights are well recognized and are discussed at length in *O'Connor, supra*. I will only briefly refer to them here.

80

The right to full answer and defence, as guaranteed in s. 7 of the *Charter*, does not need much elaboration. The ability for an accused to make full answer and defence constitutes a principle of fundamental justice (see *Stinchcombe, supra*; and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451). However, the extent of all principles of fundamental justice varies according to the context in which they are invoked (see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309).

81

This Court has on many occasions recognized privacy as an interest protected by the *Charter* (see *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145) and by the common law (see *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hill v. Church of Scientology of Toronto, supra*). The civil law in Quebec also provides legal protection to privacy interests (see arts. 35 and 36 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64; and art. 5 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*). It is interesting to note, in passing, that the Supreme Court of the United States has also conferred constitutional status upon certain aspects of privacy: see *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); and *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

82

In *O'Connor, supra*, I concluded that private records of sexual assault complainants attract a reasonable expectation of privacy (at para. 118):

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

cause en l'espèce sont: (1) le droit à une défense pleine et entière; (2) le droit à la protection de la vie privée; et (3) le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination. Ces droits sont bien établis et sont longuement discutés dans l'arrêt *O'Connor*, précité, auquel je ferai brièvement référence ici.

Le droit à une défense pleine et entière, garanti à l'art. 7 de la *Charte*, ne nécessite pas beaucoup d'explication. La capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière constitue un principe de justice fondamentale (voir l'arrêt *Stinchcombe*, précité; et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451). Toutefois, la portée de tous les principes de justice fondamentale varie selon le contexte dans lequel ils sont invoqués (voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309).

Notre Cour a reconnu à maintes reprises que le respect de la vie privée est un intérêt protégé par la *Charte* (voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145) ainsi que par la common law (voir *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, précité). Le droit civil au Québec reconnaît également une protection légale de la vie privée (voir les art. 35 et 36 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64; et l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*). Il est intéressant de noter, en passant, que la Cour suprême des États-Unis a également conféré un statut constitutionnel à certains aspects de la vie privée: voir *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); et *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, j'ai conclu qu'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée s'attache aux dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle (au par. 118):

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

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

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

Finally, the right to equality without discrimination, as guaranteed in s. 15 of the *Charter*, is relevant to the analysis because private records of sexual assault complainants relate to a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled. I had the opportunity in *O'Connor*, to consider the right to equality without discrimination and the following comment applies *mutatis mutandis* to the instant case (at para. 124):

Routine insistence on the exposure of complainants' personal backgrounds has the potential to reflect a built-in bias in the criminal justice system against those most vulnerable to repeat victimization. Such requests, in essence, rest on the assumption that the personal and psychological backgrounds and profiles of complainants of sexual assault are relevant as to whether or not the complainant consented to the sexual contact, or whether the accused honestly believed that she consented.

After a more detailed analysis of each of these rights and their constitutional basis in the *Charter*, I concluded in *O'Connor* (at para. 132):

The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are applied. First,

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

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

Enfin, le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination, garanti à l'art. 15 de la *Charte*, est pertinent aux fins de notre analyse étant donné que les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle se rapportent à un crime qui touche en très grande majorité les femmes, les enfants et les personnes handicapées. J'ai eu l'occasion, dans l'arrêt *O'Connor*, de traiter du droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination et le commentaire suivant s'applique ici *mutatis mutandis* (au par. 124):

Insister sur la révélation routinière des antécédents personnels des plaignantes peut refléter une partialité inhérente au système de justice pénale contre les personnes les plus vulnérables d'être victimisées à nouveau. De telles demandes reposent essentiellement sur l'affirmation que les antécédents et profils personnels et psychologiques des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont pertinents pour déterminer si la plaignante a consenti aux relations sexuelles ou si l'accusé a cru sincèrement qu'elle y consentait.

Après une analyse plus détaillée de chacun de ces droits et de leur fondement constitutionnel dans la *Charte*, j'ai conclu ainsi dans l'arrêt *O'Connor* (au par. 132):

L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront

production should only be granted when it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonably available and effective alternative means. Second, production which infringes upon a right to privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence. Third, arguments urging production must rest upon permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes. Finally, there must be a proportionality between the salutary effects of production on the accused's right to make full answer and defence as compared with the deleterious effects on the party whose private records are being produced.

appliqués. Premièrement, la production ne devrait être accordée que lorsqu'il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnablement disponibles et efficaces. Deuxièmement, la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière. Troisièmement, les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires. En dernier lieu, il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques de la production sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les effets préjudiciables pour la partie dont les dossiers privés sont divulgués.

85

In summary, in addition to the public policy considerations which the appellants and interveners have underlined, and which I have recounted earlier, militating against the production of private records held by third parties, a balancing of the *Charter* rights of complainants and accuseds also militates against such production. As Lamer C.J. said in *Dagenais, supra*, at p. 877, in the context of a publication ban, the common law should not accord pre-eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally entrenched rights:

En résumé, outre les considérations de politique judiciaire qu'ont fait valoir les appellants et les intervenants, et que j'ai reprises plus haut, qui militent contre la production des dossiers privés en la possession de tiers, la pondération des droits garantis par la *Charte* aux plaignantes et aux accusés milite également à l'encontre de cette production. Comme le notait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais*, précité, à la p. 877, dans le contexte d'une interdiction de publication, la common law ne devrait pas faire prévaloir le droit à un procès équitable au détriment d'autres droits consacrés par la Constitution:

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

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

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

VII. Procedure for Obtaining Production

The procedure for obtaining production of private records held by a third party is outlined in *O'Connor, supra*. Essentially, the first step for an accused who seeks production of such records is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. The form of the subpoena and the procedure for its issuance are described in Part XXII of the *Code*. When the subpoena is served, the Crown and the subject of the records referred to in the subpoena, as well as any other person with an interest in the confidentiality of the records, should be notified that the accused will ask the trial judge to order the production of the records.

At the trial, when the accused requests an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the person who is the subject of the records. At this stage, the subject's privacy interest does not enter into consideration. At the same time, however, the information must be sought because of its relevance, rather than for illegitimate purposes.

It may be useful at this stage for the third party to prepare a list of the records in its possession (*R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 136). In an appropriate case, the trial judge may require such a list to be provided to the accused, the Crown and the court.

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

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

VII. Procédure visant à obtenir la production

La procédure à suivre pour obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers est exposée dans l'arrêt *O'Connor*, précité. Essentiellement, l'accusé qui cherche à obtenir la production de tels dossiers doit obtenir un *subpoena duces tecum* et le signifier au tiers. La Partie XXII du *Code* décrit la forme que prend le subpoena et la procédure relative à son émission. Après signification du subpoena, le ministère public et la personne faisant l'objet des dossiers mentionnés dans le subpoena, de même que toute autre personne ayant un intérêt dans la confidentialité des dossiers, doivent recevoir avis que l'accusé demandera au juge du procès d'ordonner la production des dossiers.

Lorsque, lors du procès, l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait suivre une démarche en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont probablement pertinents soit quant à une question en litige dans l'instance soit quant à l'habileté à témoigner de la personne visée par les dossiers. À cette étape, le droit à la vie privée de cette personne n'entre pas en considération. Parallèlement toutefois, les renseignements doivent être recherchés pour leur pertinence plutôt que pour des fins illégitimes.

À ce stade, il peut être utile pour le tiers de préparer une liste des dossiers en sa possession (*R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 136). Le cas échéant, le juge du procès peut exiger qu'une telle liste soit fournie à l'accusé, au ministère public et au tribunal.

Toutefois, je tiens à souligner que, comme toute autre requête, une demande visant à obtenir une ordonnance de production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit être accompagnée d'une preuve par affidavit établissant à la satisfaction du

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

90 If the court is satisfied that the information contained in the records is likely to be relevant, then the analysis proceeds to the balancing stage, which has two parts. The accused must first show that the salutary effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production. If the judge decides that production to the court is warranted, he or she should so order. Then, after examining the records, the judge must balance and reconcile the conflicting constitutional rights discussed above to determine whether and to what extent production to the defence should be ordered. Only those parts of records that have a significant probative value to the issues at trial or the competence of the witness which is not substantially outweighed by prejudice to the administration of justice or to the witness' privacy and equality rights should be produced.

91 Of course, even if production is ordered, it must still be determined whether the produced records are admissible. Questions of voluntariness and hearsay, for example, may arise.

92 It is apparent from the procedure I have described that the court's inquiry into the relevance of the information and its balancing of the competing interests for and against production should be made at the time of the trial. Although the respondent has argued forcefully in favour of a pre-trial determination of these issues, I have not been persuaded by his arguments.

93 Although a pre-trial order for the production of documents held by a third party may be obtained in civil matters, such an order is alien to criminal proceedings. In criminal matters, witnesses are called at trial, whether by way of *subpoena duces*

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

Si le tribunal est satisfait que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles d'être pertinents, l'analyse passe alors à l'étape de la pondération qui comporte deux volets. L'accusé doit d'abord établir que les effets bénéfiques d'ordonner la production des documents en cour pour inspection sont plus importants que les effets préjudiciables de la production. Si le juge décide que la production des documents en cour se justifie, il devrait l'ordonner. Alors, après avoir examiné les dossiers, le juge doit pondérer et concilier les droits constitutionnels en conflit, examinés précédemment, pour déterminer si et dans quelle mesure la production à la défense devrait être ordonnée. Seules devraient être produites les parties de dossiers ayant une valeur probante qui est importante quant aux points en litige ou quant à l'habileté à témoigner et qui n'est pas substantiellement surpassée par le préjudice à l'administration de la justice ou l'atteinte aux droits du témoin à la protection de sa vie privée et à l'égalité.

De toute évidence, même si la production est ordonnée, encore faut-il déterminer si les dossiers produits sont admissibles. Des questions relatives au caractère volontaire ou au ouï-dire peuvent, par exemple, se poser.

Il ressort de la procédure décrite ci-haut que l'examen auquel se livre le tribunal quant à la pertinence des renseignements et la pondération des intérêts favorables et défavorables à la production devraient être faits au moment du procès. Bien que l'intimé ait plaidé fortement en faveur d'une détermination préliminaire sur ces questions, ses arguments ne m'ont pas convaincu.

Bien qu'il soit possible, en matière civile, d'obtenir une ordonnance préliminaire de production de documents en la possession d'un tiers, une telle ordonnance est étrangère à la procédure criminelle. En matière criminelle en effet, les témoins sont

tecum or otherwise. Only at that time can a witness be ordered to give evidence. In this respect, Professor Lee Stuesser, in "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67, remarks at p. 75:

Under the rules of civil procedure a court may order production of documents from non-parties, but nowhere in the *Criminal Code* do you find comparable authority for pre-trial disclosure by witnesses in a criminal case. Nor does *Stinchcombe* provide any such authority.

Before the trial, a prospective witness is not obliged to cooperate with either the Crown or the defence, and a court should not compel a witness to provide the defence with a preview of his or her evidence. The respondent has advanced no persuasive argument why prospective defence witnesses in sexual assault cases should be treated differently.

The respondent points out that, should the witness be uncooperative, the defence will have little means to verify, before the trial begins, whether the private records in question are relevant to its case. However, the situation would be no different in any other trial in which a witness has refused to cooperate with the defence. Moreover, regardless of the cooperation of the witness before the trial, the evidence in any trial is only ascertained once the witness is actually in the witness box.

Furthermore, one must not lose sight of the fact that, in most cases, private records of the kind here in question will be irrelevant and inadmissible hearsay evidence. As I have discussed above, notes of statements made by complainants in a therapeutic context are not necessarily contemporaneous with the counselling session, have not been ratified by the complainant, and are not intended to be an accurate record of what the complainant said. Moreover, they touch on a multitude of topics irrelevant to the issues in the trial or to the competence of the complainant to testify. Because of their unreliability and irrelevance, documents of this kind will be inadmissible in most cases.

assignés au procès, que ce soit par voie de *subpoena duces tecum* ou autrement. Ce n'est qu'à ce moment qu'il peut leur être ordonné de témoigner. À cet égard, le professeur Lee Stuesser, fait remarquer ceci dans «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67, à la p. 75:

[TRADUCTION] Suivant les règles de procédure civile, le tribunal peut ordonner la production de documents par des non-parties, mais nulle part le *Code criminel* ne confère-t-il un pouvoir comparable d'ordonner aux témoins, dans une affaire criminelle, de divulguer avant procès. L'arrêt *Stinchcombe* ne donne pas ce genre de pouvoir non plus.

Avant le procès, un témoin éventuel n'est pas obligé de collaborer avec le ministère public ou la défense, et le tribunal ne devrait pas contraindre un témoin à donner à la défense un aperçu de sa preuve. L'intimé n'a pas fait valoir d'argument convaincant justifiant d'accorder un traitement différent aux témoins éventuels de la défense en matière d'agression sexuelle.

L'intimé souligne que si le témoin n'est pas coopératif, la défense aura peu de moyens de vérifier, avant le début du procès, si les dossiers privés en question sont pertinents à sa cause. Cependant, la situation ne serait pas différente dans tout autre procès où un témoin refuse de collaborer avec la défense. De plus, peu importe le degré de collaboration du témoin avant le procès, la preuve dans tout procès n'est établie qu'une fois le témoin à la barre.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que, dans la plupart des cas, de tels dossiers privés ne seront pas pertinents et constitueront une preuve par ouï-dire inadmissible. Comme nous l'avons vu précédemment, les notes relatives aux déclarations d'une plaignante prises dans un contexte thérapeutique ne sont pas nécessairement contemporaines à la consultation, n'ont pas été approuvées par elle et ne se veulent pas un compte rendu exact de ses propos. Au surplus, elles touchent une multitude de sujets non pertinents quant aux questions en litige au procès ou à l'habileté de la plaignante à témoigner. Étant donné leur manque de fiabilité et leur non-pertinence, ces documents seront dans la plupart des cas inadmissibles.

97 In addition, there are sound reasons for not introducing, in criminal matters, the concept of pre-trial discovery of records held by third parties. As well as inconveniencing witnesses, who would have to appear in court on more than one occasion, the procedure advocated by the respondent would invite fishing expeditions and entail unnecessary delays. Moreover, the trial judge would not be in a position, before the beginning of the trial, to determine the relevance, much less the admissibility, of the records sought, or to balance effectively the constitutional rights affected by an order for the production of the records (see *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3).

En outre, il existe de solides raisons de ne pas introduire, en matière criminelle, le concept de communication préalable de dossiers en la possession de tiers. En plus d'incommoder les témoins, qui devraient comparaître plus d'une fois en cour, la procédure défendue par l'intimé encouragerait les parties de pêche et occasionnerait des délais inutiles. Au reste, le juge du procès ne serait pas en mesure, avant le début de l'instance, de déterminer la pertinence, encore moins l'admissibilité, des dossiers demandés, ou de pondérer efficacement les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production des dossiers (voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3).

98 Consequently, I am not persuaded that counselling records held by third parties are of such a nature as to warrant a pre-trial discovery procedure not available in any other criminal proceeding. The proper time for the relevance of the documents to be ascertained and for the competing rights to be balanced is at trial upon an application by the accused for an order for production of the records.

En conséquence, je ne suis pas convaincue que les dossiers de consultation en la possession de tiers soient de telle nature qu'ils justifieraient une communication préalable qui n'existe dans aucune autre procédure criminelle. C'est au procès qu'il convient d'établir la pertinence des documents et de soupeser les droits en conflit, sur requête de l'accusé en vue d'obtenir une ordonnance de production des documents.

99 It is against this background that we must now decide whether the trial judge properly disposed of the motions before him.

VIII. Application to the Case

100 In all fairness, it must be said at the outset that neither the trial judge nor the parties had the benefit of this Court's decision in *O'Connor, supra*, in dealing with the motions. However, the matter must be determined in accordance with *O'Connor*.

101 The record indicates that the respondent initiated the procedure by *subpoena duces tecum* coupled with a notice of motion requesting the judge to order the appellant counselling institutions to produce to the defence, before the scheduled trial date, all records relating to the appellant L.L.A. Although the motion came before a judge other than the trial judge, it was ultimately dealt with by Loukidelis J., the trial judge, as it ought to be. However, the trial judge ought not to have enter-

C'est dans ce contexte qu'il nous faut maintenant décider si le juge du procès a valablement disposé des requêtes dont il était saisi.

VIII. Application aux faits de la cause

En toute justice, il faut dire au départ que ni le juge du procès ni les parties n'ont eu l'avantage de prendre connaissance de la décision de notre Cour dans *O'Connor*, précité. La question doit, toutefois, se décider conformément à cet arrêt.

Selon le dossier, l'intimé a initié la procédure par voie de *subpoena duces tecum* accompagné d'un avis de requête demandant au juge d'ordonner aux établissements de consultation appellants de produire à la défense, avant la date prévue pour le procès, tous les dossiers relatifs à l'appelante L.L.A. Bien que la requête ait été présentée à un juge autre que le juge du procès, elle a été finalement traitée, comme il se devait, par le juge Loukidelis, le juge du procès. Toutefois, ce dernier

tained this motion at the pre-trial stage. As discussed previously, it is only at the trial that the relevance of such records can be assessed. The procedure followed by the respondent in the present case was consequently not appropriate.

Moreover, notice of the application for production of the private records was not given to all those with an interest in the confidentiality of the records. This encompasses not only the counselling institutions and the Crown, as was done, but it includes also the subject of the records, i.e., the sexual assault complainant L.L.A., who was not notified. The notification of all interested parties is not merely elective; failure to make the required notifications is fatal to an application for production.

As well, the trial judge did not apply the correct evidentiary threshold on the issue of relevance, i.e., likely relevance either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify (see *O'Connor, supra*). The Crown's application to quash the subpoenas was dismissed on the ground that "there may be information at hand that is relevant to the issue" without more. There is nothing in the record to indicate that the trial judge informed himself as to the likely relevance of these records either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify.

Moreover, as set out in *O'Connor*, in determining the likely relevance of the private records, the trial judge cannot rely upon illegitimate purposes or discriminatory and stereotypical reasoning. For instance, an application based on credibility "at large", based on unsupported assertions of "recent complaint" or of "allegations of sexual abuse by other people", or based on the mere fact that a witness has a past psychiatric history or that he or she received counselling after a sexual assault are all insufficient grounds to meet the threshold of likely relevance. In the case at hand, the respondent argued that "the records have to be reviewed to determine if there is any information in there which would be relevant to the trial, credibility of the complainant, [and] how the information was

n'aurait pas dû entendre cette requête au stade préliminaire du procès. Comme nous l'avons vu, ce n'est qu'au procès que peut être établie la pertinence de ces dossiers. La procédure qu'a suivie l'intimé en l'espèce n'était donc pas appropriée.

De plus, l'avis de demande de production des dossiers privés n'a pas été donné à toutes les personnes intéressées à la confidentialité des dossiers. Celles-ci comprennent en effet non seulement les établissements de consultation et le ministère public, qui ont été avisés, mais aussi la personne faisant l'objet des dossiers, c.-à-d. L.L.A., la plaignante victime de l'agression sexuelle, laquelle n'a pas été avisée. Or, la notification de toutes les parties intéressées n'est pas simplement facultative; le défaut de donner l'avis requis est fatal à une requête pour production.

Par ailleurs, sur la question de la pertinence, le juge du procès n'a pas appliqué le test préliminaire approprié, savoir la pertinence vraisemblable soit quant à une question en litige soit quant à l'habileté à témoigner (voir l'arrêt *O'Connor*, précité). La requête du ministère public en cassation des subpoenae a été rejetée au motif qu'[TRADUCTION] «il peut y avoir des renseignements pertinents quant à la question en litige», sans plus. Or, rien au dossier n'indique que le juge du procès se soit enquise de la pertinence vraisemblable de ces dossiers soit quant à une question en litige soit quant à l'habileté à témoigner.

Qui plus est, comme l'arrêt *O'Connor* le souligne, le juge du procès ne peut, pour décider de la pertinence vraisemblable de dossiers privés, invoquer des fins illégitimes ou un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé. Ainsi, une requête fondée sur la crédibilité «en général», sur des déclarations non étayées de «plainte récente» ou des «allégations d'abus sexuels commis par d'autres personnes», ou encore sur le simple fait qu'un témoin ait des antécédents psychiatriques ou qu'il ou elle a reçu des conseils suite à une agression sexuelle sont tous des motifs insuffisants pour rencontrer le test préliminaire de la pertinence vraisemblable. Dans le cas qui nous occupe, l'intimé a prétendu que [TRADUCTION] «les dossiers doivent être examinés afin de déterminer s'ils contiennent des ren-

102

103

104

extracted prior to them going to the police". These grounds do not meet the test for an application for production of private records held by third parties (see *O'Connor*). This should have been amply sufficient either to dismiss the respondent's application for production or to allow the Crown's application to quash the *subpoena duces tecum*.

105

Having decided to order production, however, the trial judge, without even reviewing the records to ensure that only relevant information would be produced, went on to discuss the appellants' arguments as to privileged communications. He held that the confidentiality of the records had to give way to the right of the accused and, consequently, that the records in question were not privileged and had to be produced to the defence. There was no discussion of, on the one side, the complainant's *Charter* rights to privacy and to equality without discrimination and, on the other, the accused's *Charter* right to make full answer and defence. This was also in error.

106

Given that the respondent has not established the first element of the test for production, namely the likely relevance of the private records held by the appellant third parties either to the issues at trial or to the competence of the witness, and that his request constituted nothing more than a fishing expedition, the trial judge's order directing the production of those records by the appellants must be quashed.

IX. Disposition

107

In the result, I would allow the appeal, quash the order of the trial judge for the production of the private records relating to the appellant L.L.A. and held by the other appellants and remit the matter to the trial judge for the trial to continue.

seignements susceptibles de se rapporter au procès, à la crédibilité de la plaignante [et] la façon dont les renseignements ont été obtenus avant qu'ils ne parviennent à la police». Or, ces motifs ne satisfont pas au test applicable à la requête pour production de dossiers privés en la possession de tiers (voir l'arrêt *O'Connor*). Cela aurait dû amplement suffire soit à rejeter la requête de l'intimé pour production soit à accueillir la requête du ministère public en cassation des *subpoenae duces tecum*.

Ayant décidé d'ordonner la production, toutefois, le juge du procès, sans même examiner les dossiers pour s'assurer que seuls les renseignements pertinents seraient produits, a ensuite disposé des arguments des appellants en ce qui a trait aux communications privilégiées. Il a conclu que la confidentialité des dossiers devait céder le pas au droit de l'accusé et qu'en conséquence, les dossiers en cause n'étaient pas privilégiés et devaient être produits à la défense. Il n'y a pas eu d'analyse des droits de la plaignante à la vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination garantis par la *Charte*, d'une part, et du droit de l'accusé, également garanti par la *Charte*, de présenter une défense pleine et entière, d'autre part. C'était là aussi une erreur.

Étant donné que l'intimé n'a pas établi le premier élément du test applicable à la production, soit la pertinence vraisemblable des dossiers privés en la possession des tiers appellants soit quant aux questions en litige dans l'instance soit quant à l'habilité à témoigner, et que sa requête ne constituait rien de plus qu'une partie de pêche, l'ordonnance du juge du procès enjoignant aux appellants de produire ces documents doit être cassée.

IX. Dispositif

En définitive, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais la décision du juge du procès d'ordonner la production des dossiers privés relatifs à l'appelante L.L.A. en la possession des autres appellants, et je renverrais l'affaire au juge du procès pour la poursuite de l'instance.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Diane Oleskiw, Toronto.

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener Her Majesty the Queen: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Women's Council: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Solicitor for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario and Women's Legal Education and Action Fund: The Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers Association: Gold & Fuerst, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants: Diane Oleskiw, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intervenante Sa Majesté la Reine: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Aboriginal Women's Council: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Procureur des intervenants l'Association canadienne des centres contre le viol, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers Association: Gold & Fuerst, Toronto.