

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668

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

c.

Brian Joseph Mills *Intimé*

et

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

Répertorié: R. c. Mills

N° du greffe: 26358.

1999: 19 janvier; 1999: 25 novembre.

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

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

en appel de la cour du banc de la reine de l'alberta

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

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

L'accusé devait répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. À la date prévue pour la tenue du procès, le ministère public a remis à l'accusé une déclaration de la plaignante L.C. L'avocat de l'accusé a aussi obtenu une communication partielle des dossiers thérapeutiques et des notes relatives à la plaignante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation. Par la suite, l'avocat de l'accusé a demandé la communication de dossiers relatifs à la plaignante qui étaient en la possession d'un psychiatre et d'une association offrant des services aux enfants et aux adolescents. Le juge du procès a alors informé les parties que

le projet de loi C-46 (ci-après «loi C-46») était entré en vigueur le 12 mai 1997 et qu'il modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91, qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. L'accusé a contesté la constitutionnalité de ces dispositions en faisant valoir qu'elles violaient l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et il a décidé, dans un jugement distinct, que les dispositions attaquées n'étaient pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

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

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

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

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la procédure établie par la loi C-46 viole les principes de justice fondamentale. Deux principes de justice fondamentale semblent entrer en conflit: le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; ils doivent tous être définis à la lumière de revendications opposées. Il y a lieu de donner à ces droits une

interprétation fondée sur le contexte parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits en cause dans les circonstances. Il importe, cependant, d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité doivent être définis dans ce contexte.

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

Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ou le droit de ne pas être importuné par l'État que garantit l'art. 8 comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. La vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable

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

Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. Une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Une

appréciation des répercussions, sur le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants.

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

Le simple fait que l'art. 278.2 du *Code criminel* empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public ne prive pas l'accusé de son droit à une défense pleine et entière. Cette disposition ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Il était loisible au législateur de déterminer la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. On ne saurait assimiler la possession ou le contrôle de tels dossiers par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Bien que le ministère public puisse obtenir des dossiers privés au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation, alors qu'en l'absence de renonciation expresse l'accusé ne peut que présenter une demande fondée sur la loi C-46 en vue d'obtenir ces documents, l'art. 278.2 du *Code criminel* ne confère pas au ministère public un avantage inconstitutionnel. Il est constitutionnellement acceptable que le

ministère public fasse l'objet d'un traitement différent, d'une procédure différente, ou même qu'il se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable. Toute iniquité envers l'accusé est supprimée par la disposition qui prescrit la divulgation à la défense en cas de renonciation à la protection de la mesure législative et par l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant informe l'accusé des documents privés qu'il a en sa possession. Un plaignant peut renoncer, en toute connaissance de cause, à la protection de la mesure législative au moyen d'une déclaration expresse ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public. Le fait que le ministère public puisse posséder des documents que l'accusé n'a pas vus ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* et les autres dispositions de la loi C-46 donnent à l'accusé un accès suffisant à tous les documents pertinents.

Le paragraphe 278.3(4) du *Code criminel*, qui énumère une série d'affirmations qui ne sont pas susceptibles en soi d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent, ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Cette disposition a pour objet d'empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées. Elle n'empêche pas totalement l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l'empêcher d'invoquer de simples affirmations au sujet des questions énumérées, lorsqu'il n'y a pas d'autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être considérés en soi. Cette disposition empêche que les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d'agression sexuelle et des catégories de dossiers ne constituent le seul fondement d'une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée. Lorsqu'une des affirmations énumérées est faite et qu'elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès demeure l'arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable est franchi.

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

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

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

veiller à ce que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

Le juge en chef Lamer (dissident en partie): Bien que la loi C-46 soit conforme à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code criminel* portent atteinte à ces dispositions de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de la question de la procédure applicable à la communication de dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Toutefois, les moyens choisis par le législateur ne sont pas irrécusablement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'obligation constitutionnelle et déontologique qu'a le ministère public de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable découle du droit à une défense pleine et entière, qui est lui-même un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. L'exigence de la loi C-46 que l'accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l'exercice utile du droit à une défense pleine et entière. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code* confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu'il détient des renseignements pour l'obtention desquels l'accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) n'est pas justifiée par l'article premier de la *Charte*. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne protègent pas les droits à la vie privée et

à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'obligation qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence vraisemblable est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs importants dont il est question. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. Les alinéas 278.3(3)b) et 278.5(1)b) ne devraient pas être interprétés comme ne s'appliquant pas aux dossiers en la possession ou sous le contrôle du poursuivant. Les principes applicables à la divulgation par le ministère public, énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés. Si le ministère public est incapable de s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé, afin de protéger le droit à la vie privée du plaignant. La deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91.

Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Iacobucci

Arrêt examiné: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés:**

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2

R.C.S. 406; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. c. Strommer* (1997), 205 A.R. 385; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver n^{os} CC970130 et CC960237, 15 mai 1997.

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

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

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 11d), 15(1), 28.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91 [aj. 1997, ch. 30, art. 1].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 3; mod. 1990, ch. 8, art. 37].

Doctrine citée

Busby, Karen. «Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148.

Busby, Karen. «Third Party Records Cases Since *R. v. O'Connor*: A Preliminary Analysis». A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Version française des motifs rendus par

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

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

3 En l'absence de renonciation, la loi C-46 exige toutefois que l'accusé suive la même procédure en deux étapes applicable à la communication de dossiers en la possession de tiers: communication au juge du procès et communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier en la possession du ministère public est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» (al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*). Le juge du procès doit également décider si la communication au tribunal «sert les intérêts de la justice» et prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière de même que sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin (al. 278.5(1)*c*) et par. 278.5(2)). Si la première étape est franchie, la deuxième étape comporte un examen des documents par le juge pour décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé (art. 278.6 à 278.91).

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

5 Comme notre Cour l'a maintenu dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 336, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un pilier de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour empêcher que des innocents soient déclarés

coupables. Il s'agit d'un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le droit à une défense pleine et entière fait en sorte que le ministère public a l'obligation constitutionnelle et déontologique de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité: *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466. Cette obligation n'est assujettie qu'au pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser la divulgation pour le motif que les documents en cause ne sont pas pertinents ou qu'ils sont protégés.

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

7 Dans leurs motifs, les juges McLachlin et Iacobucci soulignent que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas absolue. La *Charte* consacre le droit à un procès équitable, affirment-ils, et non le droit au meilleur procès. Les principes de justice fondamentale ne garantissent pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. Tout cela est vrai. J'estime cependant que mes collègues minimisent l'importance que la divulgation par le ministère public revêt pour l'équité du procès. La communication de dossiers en la possession du ministère public favorise la recherche de la vérité étant donné qu'elle permet à la défense de contester l'exactitude et la force de la

preuve de la poursuite. La capacité de l'accusé d'avoir accès à des renseignements pertinents qui, en fin de compte, peuvent avoir pour effet de le priver de sa liberté est au cœur même des principes de justice fondamentale.

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

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

10 Ayant conclu que les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) violent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du ministère public, je dois examiner si cette violation constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis conscient que les violations de l'art. 7 sont rarement validées par l'article premier: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au par. 99. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, le juge Iacobucci a résumé comme suit le cadre analytique applicable à l'article premier:

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

11 Il n'y a pas de doute que la loi C-46 a été adoptée pour répondre à des préoccupations urgentes et réelles, à savoir la protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle. Le régime législatif a également un lien rationnel avec cet objectif important. Cependant, j'estime que les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne protègent pas ces droits d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'exigence que l'accusé démontre la pertinence vraisemblable de dossiers en la possession du ministère public est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 118. En

outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Je conclus donc que les violations ne sont pas justifiées au sens de l'article premier.

12 Bien que, à mon avis, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) soient inconstitutionnels dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du ministère public, je demeure conscient que la communication de dossiers thérapeutiques à la défense nuit au droit à la vie privée du plaignant. En fait, la communication peut être d'autant plus dommageable pour la dignité et l'intégrité psychologique du plaignant quand le ministère public obtient les documents sans son consentement.

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

14 Si le ministère public est incapable de s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé (comme ils le seraient normalement dans le cas d'une demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*), à cause du droit à la vie privée qui est en jeu. Comme l'expliquent mes

collègues, la deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91. À mon avis, dégager l'accusé de son obligation de démontrer la pertinence permet d'établir un équilibre plus juste entre les divers droits en jeu. Cela supprime un obstacle important à la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité tout en maintenant une large mesure de protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins.

15 J'examine enfin la question de la réparation qu'il convient d'accorder aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ma conclusion à l'inconstitutionnalité se limite à deux dispositions d'un régime législatif par ailleurs complexe. J'estime qu'un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large des dispositions est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu, «sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire»: *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, à la p. 1012, le juge Sopinka. Les alinéas 278.3(3)*b* et 278.5(1)*b* du *Code criminel* devraient donc être interprétés de façon à ce qu'ils ne s'appliquent plus aux demandes de communication de dossiers en la possession du ministère public. Les alinéas 278.3(3)*b* et 278.5(1)*b* devraient être considérés comme incluant une phrase du genre suivant: «à moins que le dossier ne soit en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, auquel cas le présent alinéa ne s'applique pas». Les principes applicables à la divulgation par le ministère public énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés.

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

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

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

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

Réponse: Non.

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

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) portent atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

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

Réponse: Non.

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

LES JUGES MCLACHLIN ET IACOBUCCI --

I. Introduction

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

II. Résumé

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

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

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

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

22 Quant à la mesure législative en cause dans le présent pourvoi, nous la jugeons constitutionnelle. On ne conteste pas que la loi C-46 diffère à maints égards importants du régime énoncé dans l'arrêt *O'Connor*. Ces différences ne sont toutefois pas fatales parce que la loi C-46 protège suffisamment tous les droits pertinents garantis par

la *Charte*. Certes, plusieurs dispositions de cette loi font l'objet d'interprétations divergentes. Toutefois, le cas échéant, nous donnerons, si possible, à ces dispositions une interprétation conforme à la Constitution: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Ce faisant, nous concluons que la loi C-46 est une réponse constitutionnelle au problème de la communication des dossiers de plaignants ou de témoins dans des procédures en matière d'agression sexuelle.

III. Procédures et jugements des tribunaux d'instance inférieure

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

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

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

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

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

il a droit selon la procédure établie dans l'arrêt *O'Connor*. Le juge Belzil a donc conclu que l'intimé avait le droit de présenter, à ce stade, une demande visant à déterminer la constitutionnalité de la loi C-46.

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

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

- (3) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à procéder à une évaluation avant d'examiner les dossiers en question, ce qui le force à soupeser en vase clos des droits importants et ce qui aggrave la situation sans issue décrite dans l'arrêt *O'Connor*.
- (4) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à utiliser des facteurs qui ont été expressément rejetés par la Cour suprême du Canada à la majorité, à savoir les facteurs *f)*, *g)* et *h)*.
- (5) La loi C-46 limite la capacité du ministère public de communiquer des dossiers pertinents, ce qui atténue les obligations qui lui incombent en vertu de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

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

30 Dans un jugement distinct déposé le 31 octobre 1997, le juge Belzil a décidé que la loi C-46 n'était pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301) (B.R.)). Aucun témoignage ne justifiait l'exclusion des dossiers thérapeutiques pour cause d'effets préjudiciables, et les dossiers étaient susceptibles de contenir des éléments de preuve très probants. Le juge Belzil a dit qu'on ne lui avait cité aucun précédent où notre Cour avait déjà approuvé le recours à l'article premier pour une atteinte au droit fondamental à un procès équitable. Il était d'avis que, presque par définition, un droit fondamental ne peut jamais faire l'objet d'une atteinte dont la

justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le juge Belzil a conclu que la loi C-46 constitue non pas une réponse proportionnelle et une atteinte minimale à des droits, mais plutôt une atteinte grave au droit fondamental à un procès équitable. Il a décidé que la loi C-46 ne pouvait pas être sauvegardée par l'article premier et qu'elle devait être annulée au complet.

31 Notre Cour a accordé à l'appelante L.C. l'autorisation de se pourvoir. Comme l'a établi notre jurisprudence, un tiers peut contester une ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle par un juge d'une cour supérieure, en demandant l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour conformément à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Voir *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Dagenais*, précité.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

32 *Charte canadienne des droits et libertés*

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

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

11. Tout inculpé a le droit:

...

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

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

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

Loi C-46

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

Attendu:

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

que le Parlement du Canada reconnaît que la violence a des effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

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

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

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

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

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

qu'il reconnaît que si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée

et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et que, de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence,

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

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

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, «dossier» s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a)* les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;
- b)* les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

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

- a)* le dossier existe;
- b)* le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;
- c)* le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;
- d)* le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;
- e)* le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;
- f)* le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;
- g)* le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;
- h)* le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;
- i)* le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;
- j)* le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;
- k)* le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

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

doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

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

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

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

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

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

- a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);
- b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;
- c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment:

a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;

b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;

c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;

d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;

e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;

f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Les questions en litige

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

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

VI. Analyse

A. *Introduction*

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

B. *Le caractère prématuré*

35 L'appelant le procureur général de l'Alberta («Alberta») a soutenu que la conclusion à l'inconstitutionnalité tirée par le juge Belzil était prématurée et n'avait aucun fondement factuel adéquat. L'Alberta a fait valoir qu'étant donné que l'intimé n'avait fait

aucune demande de dossiers fondée sur les nouvelles dispositions, on ne savait pas clairement à quels dossiers, le cas échéant, l'intimé se verrait refuser l'accès. Plusieurs tribunaux d'instance inférieure ont adopté ce raisonnement. Voir, par exemple, *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (B.R.); *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Div. gén.); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Div. prov.); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.); *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.); *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Div. gén.). D'autres tribunaux ont cependant suivi le raisonnement adopté au procès par le juge Belzil: voir, par exemple, *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Div. gén.); *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Div. gén.); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Div. gén.).

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

37 Toutefois, accepter que l'intimé peut contester la constitutionnalité générale de la mesure législative en cause ne répond pas à la question de savoir si, avant de procéder à une contestation constitutionnelle, il doit préalablement demander et se voir refuser la communication de dossiers de tiers. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si le dossier d'appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. Comme le juge Sopinka l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, à la p. 955, lorsqu'il analysait la

règle générale selon laquelle les contestations constitutionnelles devaient être tranchées à la fin des débats: «Une attaque, fondée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès pourrait être visée par cette exception à la règle générale» (nous soulignons).

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

Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

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

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

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

Notre Cour a certes veillé autant que possible à s'assurer de l'existence d'une base factuelle appropriée avant d'évaluer une loi en fonction de la *Charte* (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099, et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 362). Pourtant, comme nous l'avons indiqué plus haut, la jurisprudence portant sur l'art. 12 n'envisage pas une norme d'examen qui repose dans chaque cas sur ce genre de base factuelle. La norme applicable doit être centrée sur des circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne. [Nous soulignons.]

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

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

C. Les facteurs contextuels

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

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

a) *Le régime de l'arrêt *O'Connor**

44 L'arrêt *O'Connor* de notre Cour portait sur la procédure de common law que devait suivre l'accusé qui cherchait à obtenir la communication de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. À titre préliminaire, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité sur la question de la communication, ont également analysé la question de la communication des dossiers thérapeutiques qui sont en la possession du ministère public. Ils étaient d'avis que l'obligation du ministère public de communiquer les dossiers qui sont en sa possession ou sous son contrôle, qui a été établie dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, n'est pas modifiée par la nature confidentielle des dossiers thérapeutiques lorsque ces dossiers ont été communiqués au ministère public ou que «l'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé» (par. 9).

Même s'ils sont protégés, ces dossiers doivent être communiqués à l'accusé lorsqu'ils sont «manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense» (par. 11).

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

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

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

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

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

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

b) *La loi C-46*

48 Le 12 mai 1997, environ 17 mois après que notre Cour eut rendu l'arrêt *O'Connor*, la loi C-46 est entrée en vigueur. Cette loi énonce une procédure régissant la communication des dossiers privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, qui vient remplacer le régime de common law établi par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Son préambule indique que le législateur était préoccupé par les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne, par la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants et par leurs «effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte*». Le préambule précise que le législateur cherche à établir un cadre juridique qui soit équitable et qui protège à la fois les droits des accusés et ceux des plaignants.

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

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

51 Une troisième disposition préliminaire, soit le par. 278.2(2), prévoit que la Loi s'applique aux dossiers en la possession ou sous le contrôle de toute personne, y compris le procureur du ministère public, sauf si le plaignant ou le témoin «a expressément renoncé à l'application» de la Loi. En l'absence de renonciation, les documents en la possession de la poursuite sont traités de la même manière que les documents détenus par un particulier ou par un organisme privé, et ils sont donc sujets à communication selon la procédure établie par la Loi.

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

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

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

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

55 L'intimé et plusieurs intervenants qui l'appuient font valoir que la loi C-46 est inconstitutionnelle dans la mesure où elle établit un régime de communication qui diffère

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

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

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

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

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

à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

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

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

aux femmes et aux enfants, mais le traitement des plaignants en matière d'agression sexuelle constitue toujours un problème. Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix.

59 Le législateur a adopté la présente mesure législative à la suite d'un long processus de consultation qui a comporté un examen des normes constitutionnelles exposées par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. Il va sans dire que cette gamme ne se limite pas à la règle particulière que la Cour a adoptée conformément à sa compétence en matière de common law. En l'espèce, le législateur a décidé qu'une mesure législative était nécessaire pour aborder de façon plus exhaustive la question des dossiers de tiers. Comme l'indique clairement le préambule de la loi C-46, le législateur a également cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénonciation des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé. Un bon nombre de ces préoccupations nécessitent des décisions de principe concernant la procédure criminelle et son lien avec la collectivité en général. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d'égalité «horizontale» lorsque l'inégalité des femmes, qui résulte d'actes accomplis par d'autres personnes et groupes plutôt que par l'État, peut néanmoins avoir de nombreuses conséquences sur le système de justice criminelle. Il est tout à fait raisonnable que ces nombreuses préoccupations puissent mener à une procédure qui diffère de la position de la common law mais qui respecte néanmoins les normes constitutionnelles requises.

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

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

a) *Évaluation des intérêts et définition des droits*

61 Trois principes étayés par des dispositions particulières de la *Charte* sont en jeu dans le présent pourvoi. Ce sont les principes de la défense pleine et entière, de la vie privée et de l'égalité. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *Dagenais*, précité, à la p. 877: «Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.» Cela montre l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte -- non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

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

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

64 De plus, l'interprétation et l'analyse complètes de ces principes fait intervenir d'autres droits garantis par la *Charte*, comme l'égalité et la sécurité de la personne. Si les droits en cause ne relèvent pas des art. 7 à 14, il est évident que le recours aux principes de justice fondamentale ne sera pas suffisant pour résoudre la question. Toutefois, cela ne changera rien à l'analyse. Peu importe que les droits en cause soient

tous ou non des «principes de justice fondamentale», les droits garantis par la *Charte* doivent toujours être définis en fonction du contexte.

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

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

67 À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n'est pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant

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

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

b) *Nature des principes de la Charte*

(i) La défense pleine et entière

69 Il est bien établi que la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. La défense pleine et entière est également liée à d'autres principes de justice fondamentale «comme la présomption d'innocence, le

droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination»: *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, au par. 98. Un bon nombre de ces principes de justice fondamentale reposent sur les garanties juridiques exposées aux art. 8 à 14 de la *Charte: Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. En fait, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603, notre Cour, à la majorité, a reconnu que l'art. 7 et le droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) étaient «inextricablement liés» et qu'ils protègent le droit à une défense pleine et entière.

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

71 Notre jurisprudence a reconnu, à maintes reprises, qu'il est «dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière»: *O'Connor*, précité, au par. 25; voir également *Dersch*, précité, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Ce facteur est important dans le contexte de la communication de dossiers, car souvent l'accusé peut se

trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Lorsque les dossiers font partie de la preuve du ministère public, cette préoccupation est d'autant plus grande qu'une telle situation influe très directement sur la capacité de l'accusé de soulever un doute quant à sa culpabilité. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, «[n]otre Cour a constamment affirmé que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*». Toutefois, lorsque les dossiers auxquels l'accusé cherche à avoir accès ne font pas partie de la preuve du ministère public, des considérations de vie privée et d'égalité peuvent exiger qu'il lui soit plus difficile d'avoir accès à des dossiers thérapeutiques ou autres.

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

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

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

73 Cette gamme d'intérêts que reflètent les principes de justice fondamentale fait ressortir la nécessité d'éviter d'examiner un principe donné indépendamment des autres. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 14:

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

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

74 Un exemple est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire aboutisse à la vérité. Par conséquent, notre Cour a conclu que le droit à une défense pleine et entière ne permet pas à l'accusé d'admettre, lors du procès, tous les éléments de preuve qui tendent à établir son innocence, sans égard aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve, comme l'exclusion de la preuve par ouï-dire: *Dersch*, précité, à la p. 1515. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 609 et suiv., le juge McLachlin a affirmé que le principe sous-jacent d'un bon nombre de ces règles

d'exclusion est qu'elles révèlent des circonstances où l'effet préjudiciable que l'élément de preuve à admettre peut avoir sur l'appréciation des faits l'emporte sur sa valeur probante. De même, l'accusé n'a jamais eu droit à des éléments de preuve non pertinents. En d'autres termes, il n'est pas permis à l'accusé de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire.

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

76 Plusieurs principes relatifs au droit à une défense pleine et entière émanent de l'analyse qui précède. Premièrement, le droit à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte du danger de placer l'accusé dans une situation sans issue à titre de condition pour présenter une défense pleine et entière, et ils vont même passer outre à des intérêts opposés pour protéger le droit à une défense pleine et entière dans certains cas comme

celui de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui s'applique au privilège de l'indicateur de police. Deuxièmement, le droit de l'accusé doit être défini dans un contexte qui englobe d'autres principes de justice fondamentale et dispositions de la *Charte*. Troisièmement, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

(ii) La vie privée

77 Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour reconnaît que l'art. 8 de la *Charte* protège l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Ce droit est pertinent en l'espèce puisqu'une ordonnance de communication de documents est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627), à l'instar du pouvoir de faire des copies de documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406). Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est donc visée par l'art. 8.

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

. . . toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est

pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

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

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

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

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

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

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements «relatifs au

mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses»: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

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

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

Voir également D. Feldman, «Privacy-related Rights and their Social Value», dans P. Birks, dir., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, aux pp. 26 et 27, et J. Rachels, «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. Notre Cour a reconnu ces aspects fondamentaux de la vie privée dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293, où le juge Sopinka a affirmé au nom de la majorité:

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

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

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

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

85 Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psychologique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique. En outre, elle peut diminuer la volonté du plaignant de signaler le crime ou le dissuader carrément de recourir à la consultation. Nous estimons que ces préoccupations indiquent que la

protection de la relation thérapeutique préserve l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que l'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 58 à 60; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 55 et 56, le juge en chef Dickson et, à la p. 173, le juge Wilson. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée.

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

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

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

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

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

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

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

Naturellement, il a été conclu dans des arrêts subséquents que le texte de la *Charte* étaye l'existence de certaines différences entre les art. 7 et 8. Par exemple, l'art. 8 s'applique aux personnes morales, contrairement à l'art. 7: *Hunter c. Southam*, précité; *Irwin Toy*

Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927. Dans l'arrêt *CIP Inc.*, précité, à la p. 854, notre Cour a conclu que le souci qu'il n'y ait aucune incongruité entre l'art. 7 et les art. 8 à 14 concernait les principes de justice fondamentale, et non pas la portée du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

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

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

valeurs protégées par le droit à la vie privée sont les plus directement touchées lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la préservation de la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à toute autre relation également fondée sur la confiance.

(iii) L'égalité

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) *Résumé*

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

qu'a un plaignant dans la protection de sa vie privée est très élevé lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur son identité personnelle ou que la confidentialité du dossier est essentielle pour protéger une relation thérapeutique.

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

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

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

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

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

professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale».

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

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

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

101 La portée générale de la loi C-46 a également été contestée pour le motif qu'elle impose un fardeau excessif aux ressources judiciaires. Cependant, la Loi préserve l'efficacité et les ressources du système judiciaire tout en favorisant la réalisation de son objectif de protéger le plus possible les droits de toutes les parties en cause dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, en prévoyant que les juges ne peuvent examiner les dossiers en question qu'une fois qu'il est établi qu'ils sont vraisemblablement pertinents et que leur communication au tribunal servira les intérêts de la justice. Le processus d'évaluation requis à la première étape garantit que les dossiers ne seront pas communiqués inutilement et fortuitement au tribunal pour fins d'examen; voir *O'Connor*, précité, au par. 152, le juge L'Heureux-Dubé. De plus, comme de nombreux intervenants l'ont souligné, la communication des dossiers au tribunal était presque devenue routinière dans les affaires d'agression sexuelle. Il est peu probable que la procédure établie par la loi C-46 sera beaucoup plus onéreuse sur le plan des ressources judiciaires. Enfin, le législateur, qui a procédé à un examen complet de la mesure législative, s'est prononcé sur ces questions de commodité administrative. Nous ne voyons aucune raison de modifier sa conclusion. Si le système se révèle

inapplicable, c'est le législateur, et non pas notre Cour, qui est le mieux placé pour le corriger.

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

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

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

104 L'intimé s'oppose au fait que cette disposition empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public. Il soutient que cela est contraire à l'obligation constitutionnelle du ministère public qui a été énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* et que cela est incompatible avec la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*» (par. 13, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka). L'intimé prétend également que le par. 278.2(2) confère au ministère public un avantage inéquitable du fait que seul l'accusé est assujetti au régime législatif. Le ministère public peut obtenir des dossiers privés en s'adressant directement au plaignant

ou en recourant à un mandat de perquisition. Non seulement la Loi dispense-t-elle le ministère public de l'obligation de se conformer au régime législatif lorsqu'il cherche à obtenir des dossiers privés, mais encore elle lui permet de posséder des renseignements dont ne dispose pas la défense.

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

106 En deuxième lieu, l'argument selon lequel cette disposition va à l'encontre des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* repose sur une exagération de l'obligation de divulgation du ministère public qui a été confirmée dans ces arrêts. Il est vrai que l'arrêt *Stinchcombe* parlait de l'obligation du ministère public de communiquer à la défense tous les documents pertinents en sa possession, sauf les documents protégés. Le droit à la protection de la vie privée n'était toutefois pas en cause dans *Stinchcombe*. Dans l'arrêt *O'Connor*, la Cour a examiné l'obligation qui incombe au ministère public de communiquer des dossiers privés dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, lorsque le plaignant a renoncé de façon éclairée à son droit à la protection de la vie privée. Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont conclu que «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession»: *O'Connor*, précité, au par. 7. Cette conclusion reposait cependant sur la présomption que les dossiers en la possession du ministère public avaient été librement et volontairement remis par le plaignant ou le témoin: «lorsque les documents en question ont été partagés avec un

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

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

108 Cet argument assimile à tort la possession ou le contrôle par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère

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

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

Cela nous ramène donc à notre point de départ, à savoir que l'art. 278.2 lui-même ne porte atteinte à aucun droit et que l'existence d'une atteinte ne peut être déterminée qu'en examinant l'incidence conjointement avec les art. 278.5 à 278.8.

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

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

passage signifie, c'est que l'accusé doit disposer d'une procédure d'obtention d'éléments de preuve qui respecte tous les droits constitutionnels en jeu, comme c'est le cas de la procédure des mandats dont dispose la poursuite. Comme nous le verrons plus loin, c'est justement la procédure qu'offre la loi C-46.

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

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

constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340).

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

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

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

et du public en général de même que ceux de l'accusé. [En italique dans l'original.]

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

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

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

115 Le deuxième élément utile à l'accusé est l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant l'informe des documents privés qu'il a en sa possession. Bien que le contenu ne doive pas être divulgué à cette étape, l'obligation d'informer permet à l'accusé de

prendre connaissance de l'existence du dossier et de présenter une demande de communication. Lorsqu'il informe l'accusé, le ministère public doit s'assurer que des renseignements relatifs à la date et au contexte soient fournis, de sorte que les documents puissent être suffisamment identifiés. Cela contribuera à fournir à l'accusé un motif de prétendre que les documents peuvent être pertinents pour assurer sa défense au sens de l'art. 278.5: voir *Boudreau*, précité, le juge Ewaschuk.

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

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

117 Le paragraphe 278.3(4) énumère une série d'«affirmations» qui ne sont pas susceptibles «en soi» d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent. L'intimé soutient que, suivant son sens ordinaire, cette disposition empêche l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés lorsqu'il tente d'établir la pertinence vraisemblable des dossiers. Cela, prétend-il, porte atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière en restreignant ce que le juge peut prendre en considération pour décider si les dossiers doivent être communiqués à la défense. Il affirme que la mesure législative hausse la

barre en matière de communication, de sorte qu'il est difficile, voire impossible, pour l'accusé de satisfaire au critère de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7. L'intimé soutient qu'il est inconstitutionnel d'écarter les affirmations énumérées au par. 278.3(4) pour le motif qu'elles ne sont pas pertinentes.

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

119 Comme on l'a fréquemment souligné, les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d'agression sexuelle et des catégories de dossiers ont trop souvent, dans le passé, entravé la recherche de la vérité et imposé un fardeau lourd et inutile aux plaignants dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. Voir *Seaboyer*, précité, à la p. 634. Le mythe que le témoignage d'une femme n'est pas digne de foi à moins qu'elle ait porté plainte peu de temps après l'épisode (plainte récente), ou si elle a déjà eu des relations sexuelles, ne sont que deux des plus célèbres exemples des hypothèses qui, par le passé, ont été considérées comme vraies dans ce domaine difficile du comportement humain et du droit. L'idée que le fait

de consulter un psychiatre indique en soi un manque de fiabilité est un exemple plus récent, mais tout aussi odieux, de ce genre de mythe. Le paragraphe 278.3(4) a pour objet d'empêcher ces mythes et d'autres mythes de constituer le seul fondement d'une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée.

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

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

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

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

123 L'article 278.4 touche également à la procédure. Le juge tient une audience à huis clos et il peut entendre des témoins et des arguments. Cependant, les témoins ne peuvent pas être contraints à déposer même si, en vertu du par. 278.4(2), ils «peuvent comparaître et présenter leurs arguments». Aucune partie ni aucun intervenant, dans le présent pourvoi, ne conteste directement la non-contraignabilité des témoins en vertu du par. 278.4(2) (même si cette disposition est visée par les questions constitutionnelles formulées et a été abordée par le juge Belzil). Nous hésitons donc à en évaluer la constitutionnalité. Cela dit, et sans trancher la question, nous tenons à souligner que le fait que les témoins ne soient pas contraignables doit être perçu en fonction de la nature préliminaire du processus qui est un processus d'enquête à ce stade et des autres sources auxquelles le juge peut recourir pour évaluer si les documents peuvent être pertinents et si leur communication servira les intérêts de la justice, lesquelles sont analysées davantage plus loin. Bien que l'arrêt *Stinchcombe* ait confirmé le droit de la défense d'obtenir les documents susceptibles de lui être utiles qui sont en la possession du ministère public, il n'a pas laissé entendre que la défense devrait avoir le droit d'interroger les témoins pour savoir quels documents sont pertinents. La common law n'a jamais contraint les témoins à déposer relativement à des dossiers à l'étape de l'enquête, bien que de nombreux systèmes civils inquisitoires le fassent. Le fait que les témoins ne soient pas contraignables en vertu du par. 278.4(2) est compatible tout au moins avec la tradition de common law et avec l'arrêt *Stinchcombe*. En outre, comme nous le verrons plus en détail plus loin, le juge du procès conserve, en vertu du par.

278.5(1), un large pouvoir discrétionnaire d'ordonner la communication. Nous devons présumer que le législateur a voulu que le juge du procès exerce ce pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme aux principes de la *Charte* analysés précédemment.

124

Dans l'arrêt *O'Connor* de notre Cour, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont conclu que les dossiers doivent être communiqués au juge pour qu'il les examine, si l'accusé peut démontrer que les renseignements en question sont «d'une pertinence probable»: *O'Connor*, précité, au par. 19, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, et au par. 138, le juge L'Heureux-Dubé. Notre Cour a défini la norme de la pertinence probable comme étant «une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin» (par. 22 (souligné dans l'original)). Bien que les juges majoritaires aient reconnu que les plaignants ont un droit constitutionnel à la vie privée (au par. 17), ils ont conclu qu'aucune évaluation de droits ne devait être entreprise à la première étape (au par. 24). Cette conclusion reposait sur la constatation (1) qu'obliger l'accusé à franchir davantage que l'étape de la pertinence probable reviendrait à «le pla[cer] dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers» (par. 25), et (2) que le juge du procès ne dispose pas de suffisamment de renseignements à cette étape initiale de communication pour qu'un processus d'évaluation éclairé ait lieu (au par. 21). À cette fin, les juges majoritaires ont statué que l'analyse devait se limiter à déterminer la «pertinence probable» et à «la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière» (par. 21). Par contre, les juges dissidents ont conclu qu'une fois que l'accusé satisfait au critère préliminaire de la «pertinence probable», il doit ensuite convaincre le juge que les effets bénéfiques d'une ordonnance de communication des documents au tribunal pour fins d'examen

l'emportent sur ses effets préjudiciables, compte tenu du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et de l'effet d'une telle communication sur les droits à la vie privée et à l'égalité de la personne à laquelle se rapportent les dossiers (au par. 150). Le juge L'Heureux-Dubé a conclu qu'une preuve suffisante pouvait être établie à cette étape au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès et, parfois, au moyen d'une preuve d'expert (au par. 146).

125 Après avoir étudié la question, le législateur a conclu qu'il faut tenir compte tant des droits du plaignant que de ceux de l'accusé pour décider s'il y a lieu d'ordonner la communication au juge. Il faut tenir pour acquis qu'en arrivant à cette conclusion le législateur a décidé, à la suite de longues consultations et d'années d'études et de débats parlementaires, que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour entreprendre un processus d'évaluation éclairé à cette étape. Le législateur a entamé, en juin 1994, des consultations au sujet de la communication des dossiers privés de plaignants dans des affaires d'agression sexuelle. L'arrêt *O'Connor* a fait l'objet de ces débats une fois qu'il a été rendu le 14 décembre 1995, et il a par la suite été abordé dans les consultations qui se sont poursuivies jusqu'en mars 1997. Il faut donc se rappeler qu'en établissant le régime de communication de la loi C-46, le législateur bénéficiait de renseignements dont notre Cour ne disposait pas lorsqu'elle a rédigé l'arrêt *O'Connor*. En particulier, le législateur avait l'avantage de pouvoir évaluer la manière dont le régime de l'arrêt *O'Connor* fonctionnait. Le dossier indique que le législateur a reçu de nombreuses observations selon lesquelles, en vertu du régime établi par l'arrêt *O'Connor*, les dossiers privés étaient couramment communiqués au tribunal à la première étape, ce qui menait à la violation répétée du droit à la vie privée des plaignants et des témoins. Bien qu'il soit vrai qu'il existait peu de données statistiques sur l'application de l'arrêt *O'Connor* au moment où la loi C-46 a été rédigée, il était loisible au législateur

d'accorder l'importance qu'il jugeait bon aux témoignages présentés lors des consultations. À la suite du processus de consultation, le législateur a décidé de compléter la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l'arrêt *O'Connor*, par l'exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice», d'où l'art. 278.5. Ce processus est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif qui a été mentionné précédemment. Notre Cour a agi dans l'arrêt *O'Connor*, et le législateur a réagi au moyen de la loi C-46. Comme nous l'avons vu, la Loi n'est pas inconstitutionnelle du simple fait qu'elle ne reflète pas l'arrêt *O'Connor*.

126 Le paragraphe 278.5(1) exige qu'à l'étape de la communication au juge l'accusé démontre non seulement que les renseignements sont «vraisemblablement pertinent[s]», mais en outre que la communication du dossier «ser[vira] les intérêts de la justice». La première exigence reprend l'opinion unanime de l'arrêt *O'Connor* que, pour obtenir la communication au juge, l'accusé doit démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent» («*likely relevant*»). L'exigence supplémentaire que la communication au juge «ser[ve] les intérêts de la justice» englobe (sans s'y limiter) la préoccupation des juges dissidents dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle même lorsque la pertinence probable («*likely relevance*») est démontrée, il devrait être loisible au tribunal d'examiner les droits et les intérêts de tous ceux qui seront touchés par la communication avant d'ordonner que les documents lui soient communiqués.

127 Le paragraphe 278.5(1) est suivi du par. 278.5(2) qui précise l'exigence que le juge du procès examine la vaste gamme de droits et intérêts touchés avant d'ordonner la communication au tribunal. En vertu de ce paragraphe, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et

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

128 L'intimé ne conteste pas l'exigence que la pertinence vraisemblable des dossiers soit établie avant que leur communication au juge ne soit ordonnée. Il s'oppose au fait que l'accusé doit également démontrer que la communication «sert les intérêts de la justice». Il prétend que cela requiert une évaluation des intérêts qui ne peut pas être faite convenablement sans examiner les documents en question. À cette fin, l'art. 278.5 demande au juge du procès de faire l'impossible -- évaluer des droits opposés en vase clos. L'intimé soutient que le critère de la pertinence vraisemblable devrait constituer la seule exigence à l'étape où il faut décider si le juge peut voir le document. En imposant l'exigence supplémentaire d'établir que la communication «sert les intérêts de la justice», l'art. 278.5 risque de priver l'accusé de documents qui sont pertinents pour assurer sa défense, et est donc inconstitutionnel.

129 La question se résume à ceci: une fois que la pertinence vraisemblable est établie, est-il nécessairement non conforme à la Constitution que l'examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible

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

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

131 L'exigence que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice» à cette étape renvoi à la question de savoir si la communication au juge sert les intérêts de la justice. Cette expression est susceptible d'avoir plusieurs sens. Elle permet au juge d'examiner d'autres facteurs que la pertinence, comme le droit à la vie privée des plaignants et des témoins, pour décider s'il y a lieu d'ordonner que les documents lui soient communiqués. Lorsque le dossier fait l'objet d'un solide droit au respect de son caractère privé et qu'il a une faible valeur probante ou porte sur une question secondaire, le juge peut éventuellement décider que la non-communication ne nuira pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière et rejeter la demande de communication.

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

133 Le critère de l'art. 278.5, selon lequel la communication doit «ser[vir] les intérêts de la justice», confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d'une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d'ordonner la communication; voir *Baron*, précité, à la p. 442, le juge Sopinka. La méthode prévue à l'art. 278.5 n'est pas inconstitutionnelle du fait qu'elle ne concorde pas avec l'énoncé de l'arrêt *O'Connor*, au par. 24, selon lequel, à l'étape de la communication au tribunal, «des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse». Dans *O'Connor*, notre Cour agissait dans un vide législatif et a établi ce qu'elle considérait être la règle de common law la plus appropriée. Même si la règle établie dans cet arrêt s'inspirait naturellement de la *Charte*, elle ne doit pas être interprétée comme un modèle constitutionnel rigide. Comme nous l'avons vu précédemment, les rapports entre les

tribunaux et le législateur permettent une gamme de choix sur le plan constitutionnel. Bien que notre Cour puisse avoir jugé préférable de ne pas prendre en considération le droit à la vie privée à l'étape de la communication, cela n'empêche pas le législateur d'arriver à une conclusion différente pourvu que sa conclusion soit elle-même compatible avec la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué, si on l'interprète correctement, la directive de la Loi de prendre en considération ce qui «sert les intérêts de la justice» inclut le respect qui est dû au droit à une défense pleine et entière.

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

135 De plus, contrairement aux arguments de l'intimé, il y a un fondement probatoire suffisant pour justifier une telle analyse à cette étape initiale. Ce fondement peut être établi au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert: voir *O'Connor*, précité, au par. 146, le juge L'Heureux-Dubé. Comme l'a souligné le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: [TRADUCTION] «La procédure en

matière criminelle établit un processus raisonnable d'obtention du fondement probatoire»: *Hurrie*, précité, au par. 39. À cette fin, comme le procureur de la Colombie-Britannique l'a fait remarquer: [TRADUCTION] «la préparation du terrain avant le procès, ou l'interrogatoire exhaustif des témoins au procès, contribuera largement au succès d'une demande présentée en vertu de cette mesure législative.»

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

137 Le fondement probatoire d'une affaire et des éléments comme la nature des dossiers demandés et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu'il puisse «prendre en considération» les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en «tenir compte», et pour qu'il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1). À titre de dernière mesure de protection

de l'accusé, le juge du procès peut toujours rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice». Comme nous l'avons vu dans le cadre de la définition du droit à une défense pleine et entière, les tribunaux doivent, en général, s'assurer que l'accusé puisse obtenir tous les éléments de preuve pertinents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière, et ils doivent être conscients du risque de placer l'accusé dans une situation sans issue en cherchant à obtenir ces éléments de preuve. S'il y a un risque de violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, le juge du procès devrait pécher par excès de prudence et ordonner la communication au tribunal.

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

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

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

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

141 Ces préoccupations sont largement dissipées par l'analyse fondée sur le par. 278.5(2), qui a fait l'objet d'un examen plus détaillé précédemment. Le juge du procès

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

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

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

de l'arrêt *O'Connor* lorsqu'il a rédigé la loi C-46. À partir des renseignements dont il disposait et des observations qu'il a reçues pendant le processus de consultation, le législateur a conclu que l'effet de la communication sur l'intégrité du procès était un facteur qui devrait être inclus dans la liste des facteurs dont le juge du procès doit «tenir compte» aux deux étapes d'une demande de communication. Plusieurs intervenants ont interprété ce facteur comme obligeant les tribunaux à se demander, en examinant les autres facteurs énumérés, si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité; en d'autres termes, il s'agit de savoir si les documents en question introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l'appréciation des faits. Nous sommes d'accord avec cette interprétation de l'examen requis par l'al. 278.5(2)h), et nous croyons qu'elle est conforme aux objets énoncés dans le préambule de la mesure législative.

144 En conférant aux juges un large pouvoir discrétionnaire d'examiner toute une gamme de facteurs et en exigeant d'eux qu'ils rendent toute ordonnance qui sert l'intérêt de la justice aux deux étapes d'une demande de communication, le législateur a créé un régime qui permet aux juges non seulement de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant, mais encore de s'assurer que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

(6) Le moment opportun

145 Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la manière dont la mesure législative s'appliquerait en pratique. L'une d'elles concernait le fait que la demande doit être présentée au juge du procès: par. 278.3(1). Cela indique que cette demande peut être reportée à la veille du procès ou au procès lui-même, ce qui ne laisse que peu de temps à l'accusé pour examiner si et comment les dossiers peuvent toucher à sa défense. Un

moyen d'éviter cela consiste à choisir rapidement le juge du procès, ce qui constitue une pratique courante dans les poursuites relatives aux infractions criminelles graves. Le juge du procès peut examiner la possibilité qu'il y ait des demandes de communication bien avant le procès, ce qui laisse du temps pour présenter d'autres demandes si la première est rejetée.

VII. Conclusion et dispositif

146 En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements du juge Belzil et de confirmer la constitutionnalité de la loi C-46. Nous répondons aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

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

Réponse: Non.

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

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

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

Réponse: Non.

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

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER est dissident en partie.

Procureurs de l'appelante L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.

Procureur de l'appelant le procureur général de l'Alberta: Justice Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le Procureur général, Charlottetown.

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le
Sous-procureur général, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale:
Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada:
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Child and Adolescent Services Association:
Emery Jamieson, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario):
McCarthy Tétrault, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour
les femmes: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles:
Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense:
Edelson & Associates, Ottawa.*

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres:

Evans Martin Wilson, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale

Gibson Associates, Edmonton.