

SENATE



SÉNAT

CANADA

First Session
Forty-first Parliament, 2011

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

LEGAL AND
CONSTITUTIONAL AFFAIRS

Chair:
The Honourable JOHN D. WALLACE

Wednesday, November 16, 2011
Thursday, November 17, 2011

Issue No. 5

Fourth and fifth meetings on:
Study on the provisions and operation of the Act
to amend the Criminal Code (*production of records
in sexual offence proceedings*), S.C. 1997, c. 30

WITNESSES:
(*See back cover*)

Première session de la
quarante et unième législature, 2011

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

AFFAIRES JURIDIQUES
ET CONSTITUTIONNELLES

Président :
L'honorable JOHN D. WALLACE

Le mercredi 16 novembre 2011
Le jeudi 17 novembre 2011

Fascicule n° 5

Quatrième et cinquième réunions concernant :
L'étude sur les dispositions et l'application de la
Loi modifiant le Code criminel (*communication de dossiers
dans les cas d'infraction d'ordre sexuel*), L.C. 1997, ch. 30

TÉMOINS :
(*Voir à l'endos*)

STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable John D. Wallace, *Chair*

The Honourable Joan Fraser, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Angus	Jaffer
Baker, P.C.	Joyal, P.C.
Boisvenu	Lang
Chaput	* LeBreton, P.C.
* Cowan	(or Carignan)
(or Tardif)	Meredith
Frum	Runciman

*Ex officio members

(Quorum 4)

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Président : L'honorable John D. Wallace

Vice-présidente : L'honorable Joan Fraser

et

Les honorables sénateurs :

Angus	Jaffer
Baker, C.P.	Joyal, C.P.
Boisvenu	Lang
Chaput	* LeBreton, C.P.
* Cowan	(ou Carignan)
(ou Tardif)	Meredith
Frum	Runciman

* Membres d'office

(Quorum 4)

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Wednesday, November 16, 2011
(14)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:19 p.m. this day, in room 257, East Block, the chair, the Honourable John D. Wallace presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Angus, Baker, P.C., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Joyal, P.C., Lang, Meredith, Runciman and Wallace (11).

In attendance: Laura Barnett and Erin Shaw, Analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, October 4, 2011, the committee continued its study on the provisions and operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30. (*For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 3.*)

WITNESS:

As an individual (by videoconference):

Donald Stuart, Professor, Faculty of Law, Queen's University.
The chair made an opening statement.

Mr. Stuart made a statement and answered questions.

At 5:54 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

OTTAWA, Thursday, November 17, 2011
(15)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 12:03 p.m. this day, in room 257, East Block, the chair, the Honourable John D. Wallace presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Angus, Baker, P.C., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Lang, Meredith, Runciman and Wallace (10).

In attendance: Laura Barnett and Erin Shaw, Analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, October 4, 2011, the committee continued its study on the provisions and operation of the Act to amend the Criminal

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mercredi 16 novembre 2011
(14)

[*Traduction*]

Le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 19, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable John D. Wallace (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Angus, Baker, C.P., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Joyal, C. P., Lang, Meredith, Runciman et Wallace (11).

Également présentes : Laura Barnett et Erin Shaw, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 4 octobre 2011, le comité poursuit son étude des dispositions et de l'application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30. (*Le texte intégral de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 3 des délibérations du comité.*)

TÉMOIN :

À titre individuel (par vidéoconférence) :

Donald Stuart, professeur, Faculté de droit, Université Queen's.
Le président fait une déclaration d'ouverture.

M. Stuart fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 17 h 54, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le jeudi 17 novembre 2011
(15)

[*Traduction*]

Le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 12 h 3, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable John D. Wallace (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Angus, Baker, C.P., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Lang, Meredith, Runciman et Wallace (10).

Également présentes : Laura Barnett et Erin Shaw, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 4 octobre 2011, le comité poursuit son étude des dispositions et de l'application de la Loi modifiant le Code

Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30. (*For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 3.*)

WITNESS:

Government of Manitoba (by videoconference):

The Honorable Andrew Swan, M.L.A, Minister of Justice and Attorney General.

The chair made an opening statement.

The Minister made a statement and answered questions.

At 12:52 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30. (*Le texte intégral de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 3 des délibérations du comité.*)

TÉMOIN :

Gouvernement du Manitoba (par vidéoconférence) :

L'honorable Andrew Swan, député, ministre de la Justice et procureur général.

Le président fait une déclaration d'ouverture.

Le ministre fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 12 h 52, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

La greffière du comité,

Shaila Anwar

Clerk of the Committee

EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, November 16, 2011

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:19 p.m. to examine and report on the provisions and operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30.

Senator John D. Wallace (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Good afternoon. I would like to welcome our invited guests and members of the public who are viewing today's proceedings on the CPAC television network. I am Senator Wallace, from New Brunswick, and I am chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

We are here today for our fourth meeting of this parliamentary session to examine and report on the provisions and operations of the act to amend the Criminal Code in regard to the production of records in sexual offence proceedings.

In 1997, in response to the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. O'Connor*, Parliament enacted Bill C-46, an act to amend the Criminal Code as regards the production of records in sexual offence proceedings, and thereby created the present legislative framework that is set out in sections 278.1 to 278.91 of the Criminal Code.

Bill C-46 was intended to strengthen the protection of the privacy and equality rights of complainants in cases involving sexual offences by restricting the production of private records to the accused that are held by third parties. The bill incorporated a list into the Criminal Code of reasons to be insufficient for granting access to personal or therapeutic records, along with the factors that a judge must consider in determining whether the records should be produced, including the right to privacy and equality of the complainant, and the accused's right to make full answer and defence.

The preamble to the bill stressed Parliament's concerns about sexual violence against women and children, and the need to encourage victims to report sexual offences. It stated that the fear that personal information would be made public had a deterrent effect on victims, who might otherwise have reported sexual assaults to the authorities and sought necessary treatment.

This committee received an order of reference from the Senate on October 4, 2011, to examine the provisions and operations of the act. In the last parliamentary session, the committee held two meetings on this issue. In February 2011, we heard from the Department of Justice, the Public Prosecution Service of Canada, Statistics Canada and Professor Karen Busby from the University of Manitoba faculty of law.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 16 novembre 2011

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 19, afin d'examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30.

Le sénateur John D. Wallace (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Bonjour. Je souhaite la bienvenue à nos invités et aux membres du public qui regardent la séance d'aujourd'hui sur le réseau CPAC. Je suis le sénateur Wallace; du Nouveau-Brunswick, et je suis le président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Nous sommes réunis pour la quatrième fois aujourd'hui afin d'examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application de la Loi modifiant le Code criminel concernant la communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel.

En réponse à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. O'Connor*, le Parlement a adopté en 1997 le projet de loi C-46, la Loi modifiant le Code criminel concernant la communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, créant ainsi le cadre législatif actuel prévu aux articles 278.1 à 278.91 du Code criminel.

Le projet de loi C-46 visait à renforcer la protection de la vie privée et les droits à l'égalité des plaignants dans des causes relatives à des infractions d'ordre sexuel en limitant la communication des dossiers privés détenus par des tiers à l'accusé. Le projet de loi a inscrit dans le code la liste des motifs jugés insuffisants pour obtenir l'accès à des dossiers personnels ou thérapeutiques, ainsi que les facteurs dont le juge devrait tenir compte au moment de déterminer si les dossiers devraient ou non être communiqués, y compris le droit du plaignant à la vie privée et à l'égalité, et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Dans le préambule du projet de loi, on insistait sur les préoccupations du Parlement au sujet de la violence sexuelle à l'endroit des femmes et des enfants et sur la nécessité d'encourager les victimes à signaler les infractions d'ordre sexuel. On y indiquait que la crainte que des informations personnelles soient rendues publiques avait un effet dissuasif sur les victimes qui auraient peut-être autrement signalé l'agression sexuelle aux autorités et se seraient prévaluées des traitements nécessaires.

Le Sénat a autorisé le comité à étudier les dispositions et l'application de la loi le 4 octobre 2011. Le comité avait déjà tenu deux réunions sur ce sujet à la dernière session parlementaire. En février 2011, il avait entendu des représentants du ministère de la Justice, du Service des poursuites pénales du Canada et de Statistique Canada, ainsi que Mme Karen Busby, professeure à la Faculté de droit de l'Université du Manitoba.

Recently the committee has heard from Jennifer Stoddart, Privacy Commissioner of Canada, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, Ottawa Victims Services, the Ottawa Coalition to end Violence against Women, the Ottawa Rape Crisis Centre and the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Colleagues, I am extremely pleased to welcome before our committee today Professor Donald Stuart from the Faculty of Law at Queen's University. Professor Stuart teaches in the area of criminal law and, in particular, criminal law procedure. He has produced numerous publications and texts on criminal law.

We are very honoured that you are with us today, albeit through the technological means of videoconference. We are happy to have you here and anxious to hear your thoughts on Bill C-46, so without further ado, I understand you have an opening statement. We would be interested to hear that, following which each of our committee members, I am sure, will have questions for you.

Donald Stuart, Professor, Faculty of Law, Queen's University, as an individual: Thank you very much for the invitation. Also, the opportunity to videoconference means I did not have to cancel law classes, which would be disruptive at the law school. I apologize in advance for my lack of ability to speak French.

I have read the minutes of the appearance of your previous witnesses. Given that, I have four positions for you to consider today.

First, any Criminal Code amendments which would make it even harder to get access to third party records in sexual assault cases would inevitably lead to successful Charter challenges. Therefore, I am of the view that you should stay put.

Second, Justice L'Heureux-Dubé's view that records should be only rarely available under the scheme was adopted by Parliament. I believe that has triumphed and they are rarely accessible. In that context, though — and this is my major point today — I believe the provisions that Parliament enacted, as interpreted by *Mills*, in respect of the test of likely relevance and the inability of judges to see the record before they make the next decision is unfortunate, possibly making it unjust for some accused and certainly very much too complicated.

Third, the assertions by Parliament and by the Supreme Court of Canada in *Mills* of equality rights for complainants in sexual assault cases has certainly produced difficulties and has led to anomalies.

Finally, I join other witnesses that you have heard before saying that there is an urgent need for more investigation as to what is actually happening before any steps are taken to change the existing law.

I understand I have seven minutes, so I will have a chance to elaborate on some of those points when you get to questions.

Dernièrement, le comité a reçu Jennifer Stoddart, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, ainsi que des représentants de l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, des Services aux Victimes d'Ottawa, de la Coalition d'Ottawa contre la violence faite aux femmes, du Centre d'aide aux victimes de viol d'Ottawa et du Conseil canadien des avocats de la défense.

Chers collègues, je suis extrêmement heureux d'accueillir aujourd'hui Donald Stuart, professeur à la Faculté de droit de l'Université Queen's. M. Stuart enseigne le droit pénal, et plus particulièrement la procédure pénale. Il est l'auteur de nombreux ouvrages et articles sur le droit pénal.

Nous sommes fort honorés que vous soyez avec nous aujourd'hui, même s'il faut recourir à la vidéoconférence. Nous sommes heureux que vous ayez accepté notre invitation et avons hâte d'entendre votre avis sur le projet de loi C-46. Sans plus tarder, nous allons écouter votre déclaration préliminaire, puis je suis certain que chaque membre du comité aura des questions à vous poser.

Donald Stuart, professeur, Faculté de droit, Université Queen's, témoignage à titre personnel : Je vous remercie de l'invitation. De plus, la vidéoconférence m'a évité d'annuler des cours de droit, ce qui aurait perturbé la faculté. Veuillez m'excuser à l'avance de ne pas pouvoir m'exprimer en français.

J'ai lu les témoignages des séances précédentes, et j'aimerais que vous teniez compte de quatre éléments.

Pour commencer, toute modification du Code criminel qui compliquerait encore l'obtention de documents de tiers, dans les cas d'agression sexuelle, se traduirait inévitablement par le succès de contestations fondées sur la Charte. C'est pourquoi je suis d'avis que vous ne devriez rien changer.

En deuxième lieu, le Parlement a adopté le point de vue de la juge L'Heureux-Dubé selon laquelle les dossiers devraient rarement être admis en preuve. Je pense que cette vision s'est imposée et que les dossiers ne sont pas souvent accessibles. Dans ce contexte — et c'est mon principal argument d'aujourd'hui —, je crois qu'il est malheureux que le Parlement se soit appuyé sur l'interprétation faite dans *Mills* pour adopter les dispositions qui ont trait au critère de la pertinence vraisemblable et qui empêchent les juges de consulter un dossier avant de rendre leur décision. Ces dispositions pourraient être injustes envers certains accusés et sont bien trop complexes.

Troisièmement, les affirmations du Parlement et de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mills* sur les droits à l'égalité des plaignants dans les cas d'agression sexuelle ont manifestement donné lieu à des difficultés et des anomalies.

Pour terminer, à l'instar d'autres témoins, je crois moi aussi qu'il faut absolument étudier davantage la situation avant même d'envisager toute modification de la loi actuelle.

Puisque je n'ai que sept minutes, je pourrai vous donner des précisions en répondant à vos questions.

However, I do want to say that whenever I speak on sexual assault, I make some disclaimers. First, I think that we all recognize, and I certainly do, that sexual assault is a vastly under-reported crime. I also think it is helpful to remind ourselves that we have one of the toughest sexual assault laws in the Western world.

We have a rape shield law that applies equally to prior sexual history with the accused. We have got rid of a lot of discriminatory evidentiary laws. We have a broad brand approach to sexual assault; under tier 1, which is the most commonly charged form of sexual assault, it could be what we used to call rape, it could be an unwanted kiss or it could be some other sexual touching. Indeed — and this is not on the agenda today — I think in some considerable respects we have trivialized the crime of rape by doing it in this particular way.

I think it is also an undoubted reality that notwithstanding our very tough laws, complainants still are reluctant to report to the justice system. Therefore, I do not see how toughening up any laws, including this set of laws, would help. A far better approach would be through education.

I have to say that recently, in the last year, one of my students reported that she had been sexually assaulted — of course, confidentially. I referred her to a sexual assault crisis counsellor. She came back later on and said the counsellor said, “You will never prove this, so do not bother to proceed.”

I was shocked, so I tried to persuade her to go to the police department. However, by then she said she was not going to go, so I think there was a lack of proper education and advice that she was given.

Finally, just by way of an opening statement, I think it is very important when we consider access to records to consider that the undoubted reality is that judges and sometimes jurors are acquitting in some sexual assault cases. That is not because of their sexist attitudes necessarily. I think it is much more likely that there are some cases of sexual assault that reach the courts that are difficult to resolve if you believe in the presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt.

When we think of whether or not there should be a softening of the laws relating to access to third party records, we should not be thinking of the obvious cases where no possible defence should be mounted, is mounted and there is likely to be a conviction. We should think of cases, for example, where it is quite clear that there was consensual activity in advance and then the parties diverge as to whether or not there was further consent to whatever happened next.

We should also think of cases where there are multiple actors and quite a lot of alcohol consumed, so credibility of the various witnesses should be tested. It is in that context that we get to consider the issues of access to records.

I do not know how much time I have. I could start my points or leave it open to questions.

Avant tout, j'aimerais préciser que je reste toujours prudent lorsque je parle d'agressions sexuelles. Tout d'abord, nous savons tous que l'agression sexuelle est un crime qui passe très souvent sous silence. De plus, il ne faut pas oublier que nous avons les lois les plus sévères du monde occidental en matière d'agressions sexuelles.

Nous avons des textes législatifs sur la protection des victimes de viol qui s'appliquent aussi à leur comportement sexuel passé avec l'accusé. Nous nous sommes également débarrassés de nombreuses dispositions discriminatoires concernant la preuve. Nous définissons l'agression sexuelle de façon très générale; les infractions de première catégorie, celles qui font l'objet du plus grand nombre de procès, peuvent englober ce que nous appelions le viol, un baiser non désiré ou d'autres formes d'attouchements sexuels. Je sais que ce n'est pas à l'ordre du jour, mais je crois que nous avons considérablement banalisé le viol en le catégorisant ainsi.

De plus, malgré nos lois très sévères, je pense qu'il est évident que les plaignants hésitent encore à signaler ces crimes au système juridique. Par conséquent, je ne vois pas comment il pourrait être utile de durcir les lois, y compris celles dont il est question aujourd'hui. La sensibilisation est une bien meilleure solution.

L'an dernier, une étudiante m'a avoué avoir été agressée sexuellement — sous le sceau de la confidentialité, bien sûr. Je lui ai recommandé de s'adresser à un conseiller aux victimes d'agression sexuelle. Plus tard, elle m'a confié que cette personne lui avait conseillé de ne pas se donner la peine de signaler l'agression aux autorités puisqu'elle n'arriverait jamais à en faire la preuve.

J'étais scandalisé. J'ai alors voulu la persuader de s'adresser au service de police, mais elle avait déjà décidé de ne pas le faire. Je pense donc que les renseignements et les conseils qu'elle a reçus n'étaient pas appropriés.

En conclusion, je crois qu'au moment d'étudier la communication des dossiers, il faut absolument tenir compte d'une réalité indéniable : dans une affaire d'agression sexuelle, il arrive que le juge et même les jurés acquittent le prévenu. Il ne s'agit pas nécessairement de sexisme. Je pense plutôt que certaines affaires d'agression sexuelle portées devant les tribunaux sont difficiles à élucider si l'on tient compte de la présomption d'innocence et de la preuve hors de tout doute raisonnable.

Lorsqu'on envisage d'assouplir les mesures législatives entourant l'accès aux dossiers de tiers, il ne convient pas de fonder la décision sur le genre d'affaires dont le dénouement saute aux yeux, pour lesquelles aucune défense n'est possible et qui mèneront vraisemblablement à une déclaration de culpabilité. Il faut plutôt penser aux cas où, par exemple, il y a divergence au sujet de l'existence d'un consentement entre deux parties qui étaient auparavant manifestement consentantes.

Il faut également penser aux affaires impliquant plusieurs personnes et une grande consommation d'alcool, et pour lesquelles il convient de vérifier la crédibilité des témoins. C'est dans ce contexte qu'il faut envisager la question de l'accès aux dossiers.

J'ignore combien de temps il me reste. Je peux vous expliquer mes arguments maintenant ou bien en réponse aux questions.

The Chair: Professor, you mentioned that you had been told about seven minutes. Take the time you need. What you are saying is very important to us. Do not feel time constrained.

Mr. Stuart: I did distribute notes in English. I only had two days' notice, so I am sure they have not yet been translated. They will be in the record of the committee somewhere.

I also want to say that, and I do not want to lecture anyone here, this committee is very adept at looking at this very complicated picture of legislation. My concern is addressed to only two aspects of it. The rest of it, as declared constitutional in *Mills*, does not concern me at all.

My four concerns relate first to the assertion of equality rights through the preamble, but then, second, the likely relevance test, which, as you all know, is complicated. It is section 278.3(4). That is only the first part of the first stage. The second part that concerns me also is 278.5, which makes it difficult for a judge to get a look at the record before he or she decides on the next stage, which is whether to produce it to the accused.

My first point is that I would oppose more restrictive amendments. I think some of your witnesses were saying to go back to an absolute privilege of this type of material. I think it would definitely lead to a successful Charter challenge. I remind us all that it was Justice L'Heureux-Dubé who rejected the notion of a class privilege in *O'Connor*. She said the trouble with class privilege is that there will always be the argument that you need to break the privilege to make full answer and defence. She thought it was a great idea, and it was very imaginative and hard-working on her part to come up with an idea of balancing Charter rights. Against full answer and defence she obviously said we need to balance privacy and also equality rights. That whole scheme, as we all know, was legitimated under the Charter view in *Mills*, so it seems to me that the balance is there, the balancing test is there, and to go back on this would be just to invite further Charter challenges.

My second point, and this is the major one, is that I think Justice L'Heureux-Dubé set out to ensure that these records were rarely available and rarely accessible to defence counsel. I think undoubtedly she has achieved her objective. Statistics in cases that have been documented by the Department of Justice and so on indicate that you rarely get access to any of this information, whether it be therapeutic records, a diary or journal of the accused, a hospital record or any sort of record. There are cases, though, where records are ordered to be produced.

I think she did achieve her purpose in that respect, but I do wonder about whether the regime that we have in place at this likely relevant stage is fair to all accused, remembering particularly of the accused where there is a triable issue as to whether this was consent or mistaken belief.

I have five points to make under this point. First, Justice L'Heureux-Dubé said in *O'Connor* that the reason why these should be rarely accessed is that therapeutic records are not the type of

Le président : Monsieur, on vous a dit que vous aviez sept minutes, mais prenez le temps qu'il vous faut. Ce que vous dites est très important à nos yeux. Ne vous pressez pas.

M. Stuart : Je vous ai fait parvenir des notes en anglais, mais elles n'ont sûrement pas été traduites puisque j'ai seulement eu un préavis de deux jours. Vous devriez les avoir.

J'aimerais aussi préciser que je ne cherche à réprimander personne. Le comité est passé maître dans l'art de comprendre ce type d'arsenal législatif très complexe. Seuls deux éléments me préoccupent. Je ne m'en fais vraiment pas pour le reste, que la Cour a déclaré constitutionnel dans l'arrêt *Mills*.

Mes quatre préoccupations touchent l'assertion du préambule de la loi sur les droits à l'égalité, d'une part, et d'autre part, le critère de pertinence vraisemblable, qui est vraiment complexe, comme vous le savez tous. Il s'agit du paragraphe 278.3(4) de la loi. Ce n'est que la première partie de l'étape initiale. L'article 278.5 me préoccupe aussi, car il complique la tâche au juge qui voudrait jeter un coup d'œil au dossier avant de décider s'il sera ensuite remis à l'accusé ou non.

Tout d'abord, je m'oppose à l'adoption d'amendements plus restrictifs. Je pense que certains témoins vous ont proposé de retourner au privilège absolu pour ce type de matériel. À mon avis, une telle décision se traduirait inévitablement par le succès de contestations fondées sur la Charte. J'aimerais rappeler à tout le monde que c'est la juge L'Heureux-Dubé qui, dans l'arrêt *O'Connor*, s'est opposée à l'octroi d'un privilège générique sous prétexte qu'on pourrait toujours le violer en invoquant le droit de présenter une défense pleine et entière. Elle a alors eu l'idée géniale d'établir un équilibre entre les droits garantis par la Charte, une solution pleine de créativité qui lui a demandé beaucoup de travail. Elle croit qu'il faut mettre sur un pied d'égalité le droit à la vie privée et les droits à l'égalité afin de contrebalancer la défense pleine et entière. Nous savons tous que, grâce à l'arrêt *Mills*, l'ensemble de ce processus est désormais légitime en vertu de la Charte. Puisque l'équilibre est atteint, apporter des modifications à ces dispositions ne ferait qu'alimenter les contestations fondées sur la Charte.

En deuxième lieu — et c'est le plus important —, je crois que la juge L'Heureux-Dubé voulait s'assurer que les avocats de la défense n'ont pas souvent accès aux dossiers. Elle a atteint son objectif sans l'ombre d'un doute. Selon les statistiques recueillies par le ministère de la Justice, entre autres, l'information est rarement communiquée dans ces affaires, qu'il s'agisse d'un dossier thérapeutique, de l'agenda ou du journal intime de l'accusé, d'un dossier médical ou de tout autre document. Toutefois, les dossiers ont parfois dû être communiqués.

Je pense que la juge a bel et bien atteint son objectif à cet égard, mais je me demande si les mesures entourant la pertinence vraisemblable sont équitables pour tous les accusés, surtout lorsqu'il y a matière à procès au sujet du consentement de la victime ou d'une croyance erronée.

J'aimerais vous présenter cinq arguments supplémentaires à ce sujet. Tout d'abord, la juge L'Heureux-Dubé a expliqué dans l'arrêt *O'Connor* qu'on devrait rarement avoir accès à ces documents parce

records, like those by sexual assault centres and so on, that are searching determination of the truth. Most sexual assault counsellors do not ask questions like, “Did it really happen? Was it really that bad?” It is a much more affirming, supportive environment.

I absolutely agree with her, but we must recall, too, that the majority in *O'Connor*, five other judges, said they could imagine other situations where records could be helpful and should be available to the accused. They mentioned the examples of how the complaint unfolded, use of therapy to influence memory. Since this time the Supreme Court of Canada, by the way, in a case called *Trochym*, has decided that hypnosis-induced memory is so unreliable that it should never be admitted in a court of law. If this was the case in this case, there would be some evidence that there should be access even to that therapeutic record in that particular case.

There are some cases, wider than therapeutic records, that could be imagined that should be available to defence counsel ultimately.

Of course, Parliament sided with Justice L'Heureux-Dubé. The drafters of the legislation were all consummately impressive lawyers, and they set out this very complicated scheme to make it harder and harder to get access to any of this material. From their point of view, they did a fine job.

In particular, the first part of why it is so difficult to get access to these records is paragraph 278.3(4) of the Criminal Code. That is a whole list of things that make it not relevant — just a bare assertion makes it not relevant. The list is very long. I cannot think of a list that is more comprehensively designed to make it difficult for defence counsel. You cannot get it if you assert the record exists, or there is some inconsistency in a prior statement, or it relates to the credibility of the witness, or it relates to this particular event, or it relates to presence or absence of a recent complaint. I understand that one. There are others.

In particular, the notion that you should not be just asserting that it is relevant because it relates to this event or to prior inconsistent statements, the whole of our justice system depends on the right to cross-examine and the right to point to inconsistencies on the issues of credibility. What happened in the case of *Mills* was that the Supreme Court of Canada read this down and they said that it is not so bad as someone like me would make it out to be, because all we are suggesting is it cannot be a bare assertion of counsel. Counsel cannot stand up and say, “I think that therapeutic record might be relevant.” That is not good enough. There has to be an evidentiary foundation, and with that in mind they read it down so it is constitutional.

The trouble is that in this particular respect they said that the evidentiary foundation can be found in the preliminary inquiry in particular. The real trouble with that now is, and it has been true

que les dossiers thérapeutiques, comme ceux que produisent les centres d'aide aux victimes d'agression sexuelle, ne cherchent pas à établir la vérité. La plupart des conseillers aux victimes d'agression sexuelle ne demandent pas à la victime si ce qu'elle raconte est véritablement arrivé, ou si c'était aussi pénible qu'elle le prétend. Il s'agit plutôt d'un contexte d'aide et de soutien.

Je suis tout à fait d'accord avec elle, mais n'oublions pas que les cinq autres juges de l'affaire *O'Connor* n'ont eu aucun mal à imaginer des situations dans lesquelles l'accusé devrait avoir accès aux dossiers. Ils ont notamment mentionné la façon dont une plainte est formulée et les traitements visant à influencer la mémoire. En passant, je vous signale que, dans l'arrêt *Trochym*, la Cour suprême du Canada a effectivement déclaré que les témoignages posthypnotiques sont tellement peu fiables qu'ils ne devraient jamais être admis en cour. Si c'était le cas dans cette affaire, il aurait été justifié de divulguer le dossier thérapeutique.

On peut donc imaginer des situations dans lesquelles les dossiers devraient finalement être divulgués à l'avocat de la défense, et pas seulement les dossiers thérapeutiques.

Naturellement, le Parlement s'est rangé du côté de la juge L'Heureux-Dubé. Ce sont des avocats impressionnants et remarquables qui ont rédigé le projet de loi. Ils ont conçu ce système complexe pour qu'il soit encore plus difficile d'accéder aux dossiers. Ils vous diront qu'ils ont atteint leur objectif.

Plus particulièrement, le paragraphe 278.3(4) du Code criminel est l'une des raisons pour lesquelles les dossiers sont difficilement accessibles. On y trouve toute une liste de simples allégations qui ne suffisent pas à démontrer la pertinence d'un dossier. La liste est interminable. On aurait difficilement pu compliquer davantage la tâche des avocats de la défense. On ne peut obtenir un dossier en affirmant qu'il existe, qu'il contient une déclaration antérieure incompatible, qu'il se rapporte à la crédibilité du témoin, qu'il porte sur l'événement faisant l'objet du litige ou qu'il se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte récente. Je comprends ce dernier élément, mais il y en a d'autres.

Par exemple, on ne peut simplement alléguer qu'un dossier est pertinent parce qu'il porte sur l'événement en question ou qu'il contient une déclaration antérieure incompatible. Or, l'ensemble de notre système juridique repose sur le droit de contre-interroger et de relever les incohérences et les problèmes de crédibilité. Dans l'arrêt *Mills*, la Cour suprême du Canada a interprété la disposition de façon restrictive et a dit qu'elle n'est pas aussi terrible qu'une personne comme moi pourrait le prétendre, puisqu'on y lit uniquement que la simple allégation d'un avocat ne suffit pas à prouver la pertinence d'un document. Un avocat ne peut se contenter d'affirmer que le dossier thérapeutique pourrait être pertinent; ce n'est pas assez. Le document doit servir à établir la preuve. C'est dans cet esprit que la Cour a interprété la disposition lorsqu'elle l'a déclarée constitutionnelle.

Le problème, c'est que la Cour a dit que l'enquête préliminaire pourrait servir à établir le fondement probatoire du dossier. Or, aucune enquête préliminaire n'est réalisée dans la plupart des

for a long time, most sexual assault trials do not have preliminary inquiries. Many of them, to an unknown degree, take place at provincial court with no preliminary inquiry. This committee will be aware that the preliminary inquiry has been restricted and it is not necessary that it is mandatory in sexual assault cases even where the case is going to a higher court for trial. My concern is whether there is any realistic or properly fair basis upon which defence counsel can set out and find an evidentiary threshold.

Let us assume defence counsel is trying to persuade a judge that it is likely relevant. You have to get over these bare assertions. You have to find some evidence to back it up. Remember that the defence counsel usually has not seen the record and the way it is set up by Parliament, nor has the judge. The judge and the defence counsel are both in a complete vacuum.

The next stage at the first stage of this two-part process under the parliamentary scheme is that the judge under section 278.5 has to go through a whole range of considerations. I notice that Senators Baker and Joyal the last few times ago were upset that judges were not regarding this as mandatory. They must consider the right to defence, privacy and equality and then a whole list of other rather general considerations, (a) to (h), in 278.5.

We all know what happened to this and why judges are not necessarily going through every single criterion or giving their reasons to deal with every single criterion because, once again, in *Mills*, the Supreme Court of Canada read this down and said the judges do not have to engage in a conclusive and in-depth evaluation of every factor at this early stage.

The court was quite mindful of the fact that this was all proceeding in a vacuum. The implication from some of your previous witnesses is, one thing we can do as parliamentarians is to make it mandatory and make judges consider all these factors in every case and give reasons covering every factor in every case. I am with one of your witnesses, Phil Downes, who said that shows somewhat of a lack of trust in the ability of judges to do the right thing, exercise judgment and to be aware of the pertinent details, and it also shows that the experience of judges dealing with these records applications under the *Mills* scheme is that some of the criteria are extremely difficult to understand.

For example, if you are dealing with trying to get access to a diary of a complainant in a sexual assault case — a very private document for the witness — how can you take into account whether or not the judge wants to see the diary? How do they take into account that there might be a discriminatory belief involved here? Most judges resort to privacy versus full answer in defence, and how probative is this document.

Most judges I know prefer the old regime under *O'Connor*, where they would actually take a quick look at the document first. They cannot do so under this scheme because they have to go

procès pour agression sexuelle, et c'est ainsi depuis longtemps. Même si j'ignore dans quelle mesure, je sais que bon nombre des procès ont lieu dans des tribunaux provinciaux sans aucune enquête préliminaire. Vous savez certainement que celles-ci ont été limitées, et qu'elles ne sont pas obligatoires dans les cas d'agression sexuelle, même lorsqu'une cour supérieure est saisie de l'affaire. Je me demande donc s'il est réaliste ou probable qu'un avocat de la défense trouve la preuve nécessaire.

Un avocat de la défense qui veut convaincre un juge de la pertinence vraisemblable d'un dossier doit aller au-delà des simples allégations. Il doit produire une preuve pour appuyer ses propos. Tel que le système a été conçu au Parlement, n'oubliez pas que ni l'avocat de la défense ni le juge ne peuvent habituellement consulter le dossier. Les deux en ignorent totalement le contenu.

Dans la deuxième et dernière étape du stade initial du processus établi par le Parlement, le juge doit tenir compte de toute une liste d'éléments en vertu de l'article 278.5. Lors de mes dernières comparutions, j'ai remarqué que les sénateurs Baker et Joyal s'indignaient de ce que les juges n'appliquent pas obligatoirement cette disposition, qui leur demande de prendre en considération le droit à une défense pleine, à la vie privée et à l'égalité, en plus de toute une liste de principes plutôt généraux, qui se trouvent aux alinéas a) à h) de l'article 278.5.

Nous savons tous pourquoi les juges ne vérifient pas les critères un à un et ne justifient pas leur décision pour chacun d'eux. En effet, dans l'arrêt *Mills*, la Cour suprême du Canada a interprété la disposition de façon restrictive en affirmant que les juges n'avaient pas à procéder à une évaluation probante et approfondie de chaque facteur à ce stade précoce.

La Cour était bien consciente de l'absence de repères dans l'ensemble du processus. Certains témoins précédents ont laissé entendre qu'en tant que parlementaires, vous pourriez rendre la disposition obligatoire et exiger que les juges tiennent compte de chaque facteur dans tous les cas, et qu'ils justifient leur décision pour chacun. Je partage plutôt l'avis de votre témoin Phil Downes, qui a indiqué que cette façon de faire sous-entend que vous ne croyez pas les juges capables de prendre la bonne décision, d'exercer leur jugement et de tenir compte des détails pertinents. Il a aussi mentionné que les juges qui ont dû traiter des demandes d'accès aux dossiers conformément au processus découlant de l'arrêt *Mills* trouvent certains de ces critères extrêmement difficiles à comprendre.

Par exemple, si un avocat essaie d'avoir accès au journal intime d'un plaignant dans une affaire d'agression sexuelle — un document très personnel pour le témoin —, comment est-il possible de tenir compte de la volonté du juge à voir cette preuve? Comment établir si la communication du document repose sur un préjugé discriminatoire? La plupart des juges privilégient le droit à la vie privée plutôt que le droit à une défense pleine et entière, et tiennent compte du caractère probant du document.

Les juges que je connais préfèrent majoritairement l'ancien régime résultant de l'arrêt *O'Connor*, car ils pouvaient alors jeter un coup d'œil rapide au document avant de se prononcer.

through all this criteria. I think it would be much more conducive to justice. Many judges have told me personally — and I am not in active practice at the moment — when I deal with records cases, it is much easier to look at the record because I can dismiss it as a fishing expedition easily. It is more difficult if I am not able to look at the record.

This is probably my major pitch for the committee. I suggest this idea of a likely relevance test and keeping the document away from the judge before he or she can decide whether the defence counsel can hold it should be reconsidered. There should be an amendment that makes it simpler for the judge to make a quick assessment. In most of these cases it will be a fishing expedition, have no value for the case and get rid of it right from the beginning.

The last thing I would say on this point is that we can see which way the Supreme Court is going on this. There is another case called *McNeil*, which was handed down in 2009. This was not a records case involving sexual assault. This was a case involving whether defence counsel should get access to the fact that a police witness had a severe disciplinary record in another case. The justice gave a judgment for the court. This was not a sexual assault case, so she said in every other case than sexual assault, the original *O'Connor* view is to be applied. As I read that case, she says we have to be realistic. No one has seen the record, so we cannot expect much if the defence counsel has not seen the record. She said that once you have met the likely relevance test and once the judge has had a chance to inspect it, it is likely a decision can be made rather quickly.

I think judges with experience in the area of criminal law practice would realize we should trust them more and not put criteria on them — that do not seem to have much legitimacy in some cases — as to how they should decide whether this private document should be disclosed to defence counsel.

My next point is a more difficult point to get across. Originally, in this context of sexual assault, Justice L'Heureux-Dubé and Parliament decided that enforceable equality rights should be recognized for complainants in sexual assault cases. I think this is causing some difficulties.

For example, when we normally deal with a section 15 claim, it is not easy; none of them are easy. If someone argues that a law is not a question of equality but is this law discriminatory on the basis of gender, we have to make arguments. We have to ask, is it discriminatory of women? Is it discriminatory on the basis of age? If that is made up all the lawyers will know in the case of *Kapp*. If that test is made out, the next question is can this discriminatory law be saved under section 1? If it is not, the law disappears. This use of equality rights in this context is not the same. No one is saying the laws are inoperative because of section 15 issues. What we end up with here is that in this one context of sexual assault — because

Désormais, ils ne peuvent plus le faire puisqu'ils doivent prendre en considération tous ces critères. À mon avis, l'ancien régime favorise bien plus la justice. Sur la question de l'accès aux dossiers, bien des juges m'ont confié qu'il est bien plus simple de consulter le dossier, car ils peuvent ainsi le rejeter facilement s'il s'agit d'une allégation à l'aveuglette — prenez note que je n'exerce actuellement pas ma profession de façon active. Les juges ont plus de mal à se prononcer sans avoir vu le document.

Ce qui suit est probablement mon plus important message. Je crois qu'il faut reconsidérer le critère de pertinence vraisemblable et les dispositions qui empêchent le juge de consulter le document avant de décider si celui-ci peut être communiqué à l'avocat de la défense. Il faudrait adopter un amendement permettant au juge d'évaluer rapidement les dossiers, car il s'agit la plupart du temps d'allégations à l'aveuglette sans valeur probante dont on peut se débarrasser d'emblée.

J'aimerais terminer en disant que nous pouvons voir l'orientation qui se dégage des décisions de la Cour suprême à ce sujet. En 2009, la Cour a rendu une autre décision ayant trait à l'accès aux dossiers dans l'arrêt *McNeil*. Il ne s'agissait pas d'un cas d'agression sexuelle. Dans cet arrêt, la juge devait déterminer s'il convenait de divulguer à l'avocat de la défense le lourd dossier disciplinaire du témoin, un agent de police, dans une autre affaire. Elle a donc décidé que la procédure de type *O'Connor* s'imposait en l'espèce, et chaque fois qu'il ne s'agit pas d'une affaire d'agression sexuelle. Dans son jugement, elle affirme qu'il faut être réaliste. On ne peut s'attendre à grand-chose si personne n'a consulté le dossier, pas même l'avocat de la défense. Selon elle, une fois que le critère de pertinence vraisemblable est satisfait et que le juge a examiné le document, la décision ne se fait probablement pas attendre.

Je pense que les juges d'expérience en droit pénal croient qu'il est préférable de leur accorder une plus grande confiance et de ne pas leur imposer de critères — qui ne semblent pas toujours convenir — leur dictant comment décider si un document personnel devrait être communiqué ou non à un avocat de la défense.

Mon prochain argument est plus difficile à faire comprendre. Au départ, la juge L'Heureux-Dubé et le Parlement ont décidé qu'il fallait reconnaître aux plaignants des droits exécutoires ayant trait à l'égalité dans les affaires d'agression sexuelle. Or, je pense que c'est un problème.

Par exemple, il n'est jamais facile de répondre aux revendications portant sur l'article 15 de la Charte. Si une personne soutient qu'une loi est discriminatoire par rapport au sexe, et même si elle ne viole pas le droit à l'égalité, il faut alors en faire la vérification. La loi contient-elle des éléments discriminatoires envers les femmes, ou encore fondés sur l'âge? Si c'est le cas — les avocats se souviennent tous de l'affaire *Kapp* —, il faut alors se demander si l'article 1 peut venir à la rescousse de cette loi discriminatoire. Sinon, elle sera abrogée. Dans le cas qui nous intéresse, les droits à l'égalité sont utilisés autrement. Personne n'affirme que les lois sont inopérantes en vertu de l'article 15. Puisque les affaires d'agression sexuelle en

there is a gender aspect to it, many offenders are men, many victims are women or children — we recognize the equality rights and we instruct to consider the issue of myths and stereotypes.

In addition, the other situation is that Justice L'Heureux-Dubé implicitly said there must be a counsel appointed to make this argument. What do we have? This committee has well documented the issue of whether their independent counsel to protect the records assigned is variable across the country. Take Ontario, where it seems to be the most entrenched, and they also get legal aid, such as Phil Downes in his other capacity to represent the custodians of records. You have this little in camera hearing to deal with records, and because the court set it up this way, someone like Phil Downes can represent the complainant and victims' rights.

You have three lawyers: Crown counsel, the victim's rights — the records lawyer, and defence counsel. Once that is over, he leaves. The next thing the court will conduct is a rape shield hearing, in which case presumably there are still equality rights for complainants in sexual assault cases, but no recognition of independent counsel rights. I think this is extremely anomalous.

The other thing is that sexual assault is not the only gender offence. Take, for example, domestic assault. There is absolutely no right to have all this balancing going on and the resistance of a likely relevance test in that context. For example, in a domestic assault case, if someone was charged with assault on the partner and the partner was female, it would be handled under *O'Connor*. Even if it was a hospital record, there would be no balancing. I do think this is fairly anomalous and is not helped.

I also think, given the fact that legal aid across the country is in crisis, Chief Justice Beverley McLachlin has repeatedly spoken out about the lack of access of accused to have counsel. It seems to impose a layer where legal aid programs are paying counsel for complainants in sexual assault cases. It is not something you would want to take away from the budget given to legal aid. I say that advisedly because I also believe strongly why not trust the judgment of professional Crown attorneys. They are there to protect interest of the state, Ministers of Justice and represent victims' interests in every other case except this one.

A case called *Shearing* is one of the reasons I think that if you were to toughen up this regime, making it more difficult to access these records, it would be challenged successfully. It is not an access to records case. It is a case where defence counsel had been given a diary of a complainant in a sexual assault case. It was a 7 to 2 majority judgement. Justice Binnie implicitly said that there is no hierarchy of privacy, equality or defence rights. He specifically said that the balance is shifted from the rights of the accused. He said — for the majority of seven judges — that that is wrong, even in the context of the production of third party

particulier établissent une distinction en fonction du genre — c'est-à-dire que l'auteur du crime est souvent un homme, et la victime, une femme ou un enfant —, il faut reconnaître les droits à l'égalité et tenir compte du problème des mythes et des stéréotypes.

De plus, la juge L'Heureux-Dubé a laissé entendre qu'il faut nommer un procureur dans ces affaires. Où en sommes-nous à cet égard? Le comité a bien démontré que la nomination de procureurs indépendants visant à protéger les dossiers varie d'une province à l'autre. Par exemple, c'est en Ontario que cette pratique semble la mieux établie, et la province fournit aussi de l'aide juridique. D'ailleurs, Phil Downes agit également à titre de gardien des documents. Conformément à la procédure, la question des dossiers est traitée brièvement à huis clos, et un avocat comme Phil Downes peut alors venir représenter les droits du plaignant et des victimes.

Trois types d'avocats entrent en scène : le procureur de la Couronne, l'avocat responsable des droits des victimes et de la protection des dossiers, puis l'avocat de la défense. Après cette étape, le procureur indépendant quitte le tribunal. La Cour tient ensuite des audiences sur la protection des victimes de viol, au cours desquelles les plaignants dans les affaires d'agression sexuelle devraient encore avoir droit à l'égalité. Or, on leur refuse alors le droit à un avocat indépendant, ce qui est selon moi complètement aberrant.

D'autre part, l'agression sexuelle n'est pas la seule infraction fondée sur le sexe. Or, dans le cas de voies de fait contre un membre de la famille, par exemple, on ne peut absolument pas chercher à rétablir l'équilibre ou à appliquer le critère de pertinence vraisemblable. Si un individu est accusé de voies de fait contre sa femme, par exemple, c'est l'arrêt *O'Connor* qui prévaut. On n'essaiera pas d'établir l'équilibre entre les droits, même pour obtenir un dossier médical. Je crois que ce problème est assez anormal et que rien n'est fait pour y remédier.

Étant donné la crise de l'aide juridique qui touche le pays, la juge en chef Beverley McLachlin s'est élevée à maintes reprises contre le fait que des accusés n'ont pas accès aux services d'un avocat. C'est un obstacle supplémentaire là où les programmes d'aide juridique fournissent les services d'un avocat aux plaignants dans les affaires d'agression sexuelle. Il ne faudrait pas que ce soit retiré du budget d'aide juridique. Je parle en connaissance de cause, car je crois fermement qu'il faut se fier au jugement des procureurs de la Couronne. Ils sont là pour protéger les intérêts du pays, des ministres de la Justice, et pour représenter les victimes dans tous les cas, sauf dans celui-ci.

C'est en partie l'affaire *Shearing* qui me porte à croire que renforcer ces dispositions et compliquer l'accès aux documents se traduirait par le succès de contestations fondées sur la Charte. Il ne s'agit pas ici d'un litige entourant l'accès aux dossiers. Dans cette affaire d'agression sexuelle, l'avocat de la défense a pu consulter le journal intime de la plaignante. Ce jugement a été entériné par une majorité de 7 juges contre 2. Le juge Binnie a laissé entendre qu'il n'existe aucune hiérarchie entre le droit à la vie privée, le droit à l'égalité et le droit à une défense pleine. Il a même précisé que ce sont plutôt les droits de l'accusé qui sont

records. I think already in that case — and there is lots of evidence to think about in that case — judges are realizing that the assertion of enforceable equality rights for complainants in sexual assault cases is somewhat unruly. The policy issues — like some of the ones I have been addressing — are not fully thought out. He speaks not so much of rights but of interests. If this was toughened up, there would be a successful challenge.

The last thing I will say is that I definitely agree with others that there should be a need for updated information before any action is taken on this file. We know so little about sexual assault. To go back to an earlier thought, we have no idea how many sexual assault charges are actually rape cases. We have no idea how many cases are tried in provincial courts or what the acquittal rates are. Remember, we just curtailed preliminary inquiries; Parliament did so in 2004. We have no idea how many preliminary inquiries exist in sexual assault cases where they are going upstairs to higher courts. We certainly have no idea, as other witnesses have said, as to the full number of rulings about access to records.

I happen to edit *Criminal Reports*, which is a national reporting series, so I get to read every judgment for which there are written reasons in English. We have a French editor in Quebec. I have great difficulty seeing a lot of rulings in this area. I think the reason is that judges often give reasons on evidentiary rulings verbally, and so it would be very difficult to research what rulings are actually made in a comprehensive way, across the country, on these sorts of issues. Certainly, as you have already been told, there are unexplained differences as to how this seems to be operating in Nunavut and Quebec, although that might just be a reporting basis.

In conclusion, the part of this that troubles me the most is that some of the implications of equality rights have not been sorted out. My major point is that I think there is room for making the process simpler at the first stage of likely relevance and whether the judge should get to see the record before making the further decision about whether to disclose it to defence counsel.

Thank you for listening. I look forward to your questions.

The Chair: Thank you very much, Professor Stuart. Your comments were obviously very thoughtful and comprehensive. I know, and I am sure my colleagues feel much the same following this hearing today, that it will take considerable thought on our part to research and consider some of the cases that you have referred us to and some of the points you have made. We have had a considerable amount of evidence on this issue, but you have brought somewhat of a different light to it, with a different emphasis. We thank you very much for that.

bafoués. Au nom des sept juges majoritaires, il affirme que c'est injuste, même s'il s'agit de communiquer les dossiers d'un tiers. Je pense que dans cette affaire — qui donne matière à réflexion —, les juges se rendent déjà compte qu'il est assez difficile de contrôler l'allégation de droits exécutoires en matière d'égalité pour les plaignants dans les cas d'agression sexuelle. On n'a pas bien réfléchi aux enjeux politiques — j'en ai abordé quelques-uns. Il ne s'agit pas vraiment de droits, mais plutôt d'intérêts. Renforcer ces dispositions se traduirait donc par le succès de contestations fondées sur la Charte.

Enfin, je suis tout à fait d'accord avec ceux qui affirment qu'il faudrait obtenir des renseignements à jour avant de prendre quelque mesure que ce soit. Nous en savons si peu sur les agressions sexuelles. Comme je l'ai dit plus tôt, nous ignorons totalement le nombre d'accusations d'agression sexuelle qui sont finalement des viols, le nombre d'affaires dont les tribunaux provinciaux sont saisis, et même les taux d'acquiescement. N'oublions pas que le Parlement vient tout juste de restreindre les enquêtes préliminaires, en 2004. Nous ignorons totalement le nombre d'enquêtes préliminaires réalisées dans les affaires d'agression sexuelle qui se rendent en cour supérieure. Comme d'autres témoins l'ont dit, nous n'avons aucune idée du nombre total de décisions prises à propos de l'accès aux dossiers.

Puisque je dirige la publication du *Recueil de jurisprudence en droit criminel*, une série de rapports à l'échelle nationale, j'ai l'occasion de lire tous les jugements dont l'explication a été rédigée en anglais. Nous avons un éditeur francophone au Québec. Je trouve peu de jugements dans ce domaine. Je crois que les juges préfèrent souvent expliquer verbalement leur décision en matière de preuve. C'est pourquoi il serait très difficile de mener des recherches détaillées sur l'ensemble des décisions prises d'un bout à l'autre du pays dans les cas d'agression sexuelle. Comme on vous l'a certainement déjà dit, le Nunavut et le Québec semblent procéder différemment pour une raison que nous ignorons, mais la différence se situe peut-être uniquement sur le plan des rapports.

Pour terminer, ce qui m'ennuie le plus, c'est qu'on n'est toujours pas venu à bout de certaines questions entourant les droits à l'égalité. L'essentiel, c'est qu'il est possible, selon moi, de simplifier le processus initial entourant la pertinence vraisemblable et la capacité des juges à consulter le dossier avant de se prononcer sur sa divulgation au procureur de la défense.

Je vous remercie de votre attention, et j'attends vos questions avec impatience.

Le président : Merci beaucoup, monsieur Stuart. Votre exposé était tout à fait clair et complet, naturellement. Nous allons devoir prendre le temps d'examiner le tout et de faire des recherches sur certains de vos arguments et sur des arrêts dont vous avez parlé; je suis persuadé que mes collègues sont d'accord. Nous avons déjà beaucoup de matériel sur le sujet à l'étude, mais vous l'avez abordé sous un angle différent. Nous vous en remercions grandement.

Senator Fraser: You took a number of the words right out of my mouth, Mr. Chair.

Thank you very much, Professor Stuart. It was indeed a very learned, thoughtful and, above all, thought-provoking presentation. Members of this committee will mull it over very seriously.

I would like to put two questions to you on the likely relevance matter, for which I thought your points were extremely interesting. Everyone knows that we do not have the information we need. However, in your capacity as a member of the legal fraternity, have you been made aware, on an informal if not formal basis, of any cases where the current scheme set out for likely relevance has quite possibly led to what a layperson might consider a miscarriage of justice?

Mr. Stuart: I am not aware of that, Senator Fraser. I think the difficulty is that whether or not there is access to a record is just a small chip in the big scheme; it is just one piece of evidence.

For example, I recently had debates in my law class about the access to diaries. It seems to be a somewhat gendered issue, at least in my classes. Women are more likely to keep journals and diaries than men, and they feel very strongly about privacy issues. If you do a search, there have been a fair number of diary cases, some of which have had access given and some of which have not. It is very difficult to work out. Especially, of course, if there is a jury trial, you have no idea. Did the access or non-access to the diary make a difference? We have set up an extremely complicated regime for this one aspect of the law. I was reading some of the statements made by some of the counsellors about how demeaning and discouraging it was for some of the victims when it did not go forward. It was an important point.

We do have to remember, at the end of all this, that we do have a presumption of innocence. We have very tough sexual assault laws, jail terms and mandatory ones showing up on sexual offender registries — there are no exemptions any more — and we had better make sure we have a just system.

I have evaded your question because I do not really know. There is just one evidentiary ruling in the big scheme of things.

Senator Fraser: I thought it was worth asking, just in case.

If you were writing our report, what would you recommend? Would you recommend ditching paragraph 278.3(4), or would you recommend putting in section 278.5 the capacity for the judge to see the record and make, therefore, his or her own judgment? How would you do this? In your view, what should we specifically recommend?

Le sénateur Fraser : Vous m'avez enlevé les mots de la bouche, monsieur le président.

Monsieur Stuart, je tiens à vous remercier. Vous nous avez effectivement présenté un exposé très savant, sérieux et qui fait réfléchir, surtout. Nous devons analyser très sérieusement vos propos.

J'aimerais vous poser deux questions à propos de la pertinence vraisemblable, sur laquelle j'ai trouvé vos idées des plus intéressantes. Tout le monde sait que nous n'avons pas toute l'information dont nous avons besoin. Toutefois, en tant que membre de la communauté juridique, avez-vous déjà eu vent, de façon officielle ou non, d'une affaire dans laquelle l'application actuelle de la pertinence vraisemblable aurait pu entraîner ce que les non-initiés appellent une erreur judiciaire?

M. Stuart : Je ne suis au courant de rien de tel, sénateur Fraser. Je crois que ce qui est difficile, c'est que l'accès aux dossiers n'est que la pointe de l'iceberg; ce n'est qu'un élément de preuve.

À titre d'exemple, j'ai lancé dernièrement un débat dans mes classes de droit sur l'accès aux journaux intimes. Les avis sur cette question semblent plutôt partagés en fonction du sexe, à tout le moins chez mes étudiants. En effet, les femmes possèdent plus souvent un journal intime que les hommes, et les enjeux entourant la vie privée leur tiennent vraiment à cœur. En faisant des recherches, j'ai constaté qu'il y a eu un certain nombre d'affaires mettant en cause un journal intime. Dans certains cas, l'accès au document a été accordé, et d'autres fois non. C'est une question très difficile à résoudre, et c'est encore pire lors d'un procès devant jury, bien entendu. Est-ce que le fait d'avoir eu accès ou non au journal intime a influencé le cours du procès? Les dispositions en place sur cet aspect particulier de la loi sont extrêmement complexes. Certains avocats ont indiqué dans leurs déclarations à quel point tout ceci peut être humiliant et décourageant pour certaines victimes. C'était un élément important.

Il ne faut pas oublier dans tout cela la présomption d'innocence. Nous avons des lois très sévères en matière d'agressions sexuelles. Celles-ci imposent des peines d'emprisonnement rigoureuses, dont certaines obligatoires, et exigent l'inscription du nom des coupables dans des registres de délinquants sexuels — il n'y a plus d'exemptions. Nous avons intérêt à nous assurer que notre système est juste.

J'ai éludé votre question, car je n'ai pas vraiment de réponse. Il n'y a qu'une règle de preuve.

Le sénateur Fraser : Je me suis dit qu'il valait la peine que je pose la question, au cas où.

Si vous deviez rédiger notre rapport, quelle serait votre recommandation? Serait-ce d'éliminer le paragraphe 278.3(4) ou d'ajouter à l'article 278.5 que le juge peut consulter le document avant de prendre sa décision? Selon vous, quelle devrait être notre recommandation?

Mr. Stuart: It was clearly Parliament's intention to make it hard for the judge to get access, at the first stage, to look at the record. I understand the thought. The thought is — and everyone seems, rightly, to focus on it — that we have enforceable privacy issues for complainants. Remember, of course, some absurdities have resulted. For example, in the original *O'Connor* case, we had two Aboriginal women charging that the bishop sexually assaulted them, and they were ordered to disclose all of their medical records over 20 years. I wonder how many of us would feel absolutely violated by that.

I understand that your argument is that not even the judge should violate privacy without good reason, but my argument would be that we trust judges to make very difficult decisions all the time. Most of the judges I have talked to on this matter liked the old *O'Connor* system. For example, if there was a diary, at the early stage of the first part of the proceedings, before the defence counsel even has it, the judge would look at it and see that there was absolutely no relevance to the case, a fishing expedition, and that would be that. They do not like to make this judgment in a vacuum. They would prefer to look at the document.

In the gossip category, I was talking to a judge last night over the phone because I knew I was going to do this today. I was talking about something else. She is a very well-respected judge. She said to me, "In my long career associated with criminal law, I have looked at lots of records, and I could see, at a glance, that many of them had nothing to do with this case. Every now and again you come out with one that is very relevant to the case." We are denying the ability of judges to do that. We have set up so many criteria that they cannot even look at the document at the early stage. We are not even talking about whether or not to disclose it to defence counsel. That is stage two. I am not opposed to stage two or to the criteria to be exercised at that point, just at this early point. I think it would streamline justice if you drastically shortened section 278.3. I do not think it is a good idea to even talk about factors not being likely relevant if they point to inconsistencies and evidence relating to this event. Most lawyers I know would say, "What are you talking about? Likely relevance? That looks sort of like likely relevance to me." I think those should go, and I think it should be easier for judges at an early stage, before they make the decision to produce or not, to have a look at the document. I am on a fairly good basis for this because, in the *McNeil* case, we have someone as experienced, trusted and revered as Justice Louise Charron who says that in every other case the production decision should be made after the judge has had an early opportunity to look at it.

Senator Fraser: I think I have a clearer picture now. Thank you very much.

M. Stuart : Il est clair que l'intention du Parlement était de faire en sorte qu'il soit plus difficile pour le juge de consulter un document lors de la première étape du processus. Je comprends. L'idée — et tout le monde semble se concentrer sur ce point, et avec raison —, c'est que nous avons des lois applicables en matière de protection de la vie privée pour les plaignants. Bien entendu, celles-ci ont entraîné des absurdités. Par exemple, dans l'affaire *O'Connor*, deux femmes autochtones accusaient un évêque de les avoir agressées sexuellement. La cour leur a ordonné de fournir leur dossier médical pour les 20 années précédentes. Je me demande combien d'entre nous seraient à l'aise avec cela.

Je comprends votre point de vue selon lequel même un juge ne peut enfreindre la vie privée de quelqu'un sans raison valable. Pourtant, on fait continuellement confiance aux juges pour prendre des décisions très difficiles. La plupart des juges avec qui j'en ai discuté aiment la vieille norme *O'Connor*. Par exemple, si un journal intime est présenté comme élément de preuve dans la première étape du processus, le juge pourrait le consulter avant la défense et établir si celui-ci concerne l'affaire en cause. Les juges n'aiment pas prendre une telle décision sans avoir au préalable consulté le document.

Sachant que je devais témoigner aujourd'hui sur le sujet, j'en ai discuté hier soir au téléphone avec une juge très respectée. Nous discutons d'un autre sujet lorsqu'elle m'a dit : « Au cours de ma longue carrière dans le droit criminel, j'ai consulté beaucoup de documents. Je pouvais rapidement déterminer qu'ils n'avaient rien à voir avec l'affaire. Mais, il arrive parfois qu'un document puisse être très pertinent. » Nous retirons aux juges la capacité de juger de la pertinence d'un document. Nous avons imposé tellement de critères, qu'ils ne peuvent même pas consulter un document dans la première étape d'un processus. Et on ne parle même pas de la décision de divulguer ou non un document à la défense. Ça, c'est la deuxième étape. Je n'ai rien contre la deuxième étape ou les critères qui l'entourent. Ce qui m'embête, c'est la première étape du processus. Je crois que l'on pourrait accélérer le processus judiciaire en réduisant de façon importante l'article 278.3. Je crois que c'est une mauvaise idée de parler des facteurs qui ne sont pas pertinents s'ils soulèvent des irrégularités ou s'ils attirent l'attention sur des preuves liées à l'affaire. La plupart des avocats que je connais diraient : « Mais de quoi parlez-vous? De la pertinence vraisemblable? Ce document me semble tout à fait pertinent. » Je crois que les avocats n'ont rien à voir avec cette décision. Il serait plus facile pour les juges, dans la première étape d'un processus, de consulter un document et de déterminer si celui-ci doit être présenté comme élément de preuve. Mon point de vue est fondé. Dans l'affaire *McNeil*, la juge Louise Charron, une juriste expérimentée et réputée en qui on a confiance, a dit que, dans toutes les autres affaires, la décision relative à la production d'un document devrait revenir au juge après que celui-ci aura eu l'occasion de consulter le document en question.

Le sénateur Fraser : Je crois que je comprends mieux maintenant. Merci beaucoup.

The Chair: If the judge was able to review the document without applying the likely relevant test, that test, as you say, will remain for the ultimate production of the document if that was ordered by the judge. In determining whether or not the document is likely relevant, the judge would have access to it. If that were permitted, what downside would there be in terms of encouraging or discouraging complainants to come forward? If that change were made, would it have an adverse impact on encouraging complainants to bring their charges forward?

Mr. Stuart: That is a good question. I think some of your previous witnesses have said that any sort of hint of access to records would discourage complainants from coming forward; but I have no way of testing that. As I indicated before, there are lots of protections for complainants currently in place in Canada — probably more than in most countries. However, there is a reluctance to come forward. Unless we change our system of justice, most complainants will have to testify and will have to be subject to cross-examination in the trial proper. I would have thought that is probably the factor that most hinders people coming forward. I am not sure that this would make a difference. In the vast percentage of cases, it would lead to a quicker proceeding in which the judge looks at hospital reports, a diary, a report of a therapeutic session or other documents and says quickly that it has nothing to do with the case; that is the end of it and the hearing is over.

Senator Baker: Before I ask my main question, I want to ask a preliminary question relating to your reference to *McNeil*.

I congratulate the committee for inviting Don Stuart to appear; it is truly an honour to have him here. Arnold Schwarzenegger is known as the “terminator;” Don Stuart is known as the “annotator.” He has made some great annotations to court judgments since 1979 or 1980, as I recall.

Mr. Stuart, you mentioned *McNeil*. If I understand you correctly, you would prefer the *McNeil* standard. That judgment was made in February 2009 and involved the “Ferguson Five” standard, as I recall. It said that *Stinchcombe* would apply if the matters were serious regarding the disclosure of the records; and that if adjudication was needed by the court, the *O'Connor* rules would apply. I presume that is what you are suggesting when you say that the *McNeil* standard should prevail. Am I correct? You said that the judge would be able to examine the record if an *O'Connor* application is made.

Mr. Stuart: That is correct.

Thank you for your earlier remarks. I knew you were going to ask me a hard question, as you have done before in this committee.

I deliberately did not speak in detail about that particular case because it is mostly about disclosure. In other words, the document was already in the hands of the Crown attorney, so it does not deal fully with what we are talking about today. However, in the course of that judgment, she says quite definitively that unlike the provisions in prior sexual assault

Le président : Si le juge peut consulter le document sans en établir la pertinence vraisemblable, celle-ci serait établie, comme vous le dites, lors de la production du document, si le juge a décidé que celui-ci doit être produit. Afin d'établir la pertinence vraisemblable du document, le juge y aurait accès. Si les choses se passaient ainsi, quelle serait la réaction des plaignants? Est-ce que cela les encouragerait ou les découragerait à déposer des accusations?

M. Stuart : C'est une bonne question. Certains témoins sont venus dire qu'un accès quelconque au dossier découragerait les plaignants. Malheureusement, je ne peux le confirmer ou l'infirmer. Comme je l'ai déjà dit, le Canada offre beaucoup de protection aux plaignants, probablement plus que dans la plupart des pays. Toutefois, les gens hésitent à déposer des accusations. Si l'on n'apporte aucune modification au système juridique, la plupart des plaignants devront témoigner et feront l'objet d'un contre-interrogatoire. C'est probablement la raison pour laquelle la plupart d'entre eux refusent d'aller en cour. Je ne crois pas que l'accès aux documents aurait un impact à ce chapitre. Dans la grande majorité des cas, si le juge avait accès aux rapports d'hôpitaux, aux journaux intimes, aux rapports de traitements thérapeutiques ou à tout autre document, cela accélérerait le processus. Il pourrait établir rapidement la pertinence des documents dans l'affaire, et cela réglerait la question.

Le sénateur Baker : Avant de poser ma principale question, j'aimerais vous poser une question préliminaire au sujet de votre allusion à l'affaire *McNeil*.

Je félicite le comité d'avoir invité Don Stuart à témoigner; c'est vraiment un honneur de l'avoir parmi nous. Si Arnold Schwarzenegger est le « terminateur », Don Stuart est le « commentateur ». Il a émis quelques excellents commentaires sur des décisions rendues depuis 1979 ou 1980, si je ne m'abuse.

Monsieur Stuart, vous avez mentionné l'affaire *McNeil*. Si je comprends bien, vous préféreriez la norme *McNeil*. Ce jugement a été rendu en février 2009 et concernait la norme Ferguson Five, si je ne m'abuse. Dans ce jugement, on établit que la décision relative à la divulgation des dossiers en vertu de la norme *Stinchcombe* serait prise en fonction de la sévérité des accusations, et que si le tribunal doit prendre une décision à ce chapitre, la norme *O'Connor* s'applique. J'imagine que c'est ce que vous voulez dire lorsque vous dites que la norme *McNeil* doit être observée, n'est-ce pas? Vous dites que le juge devrait pouvoir consulter les documents en vertu de la règle *O'Connor*.

M. Stuart : C'est exact.

Merci pour vos bons commentaires. Je savais que votre question serait difficile, comme d'habitude.

J'ai évité intentionnellement de parler en détail de cette affaire, car elle porte principalement sur la question de divulgation. Autrement dit, le procureur de la Couronne avait déjà le document entre les mains. Donc, la situation ne s'applique pas vraiment au sujet d'aujourd'hui. Toutefois, dans son jugement, la juge dit clairement que, dans toutes les affaires, sauf celles pour

cases, which are in the Criminal Code as interpreted in *Mills*, in all other cases when you are trying to gain record access, defence counsel wants to know what the police disciplinary record is. For example, "I have not seen it, but I understand this officer has been disciplined before. May I see the record?" This is a production case, so she says quite specifically, "We have to be realistic about this." As I read the few remarks in the very long judgment related to this topic, she is definitely back to the original *O'Connor* ruling for every case but sexual assault. As I pointed out, that includes domestic assault, which is heavily gendered. For example, if defence counsel wants to get access in a domestic assault case to a hospital record for a domestic assault victim, it would go with *O'Connor*. The likely relevance test is low threshold and, as I read that judgment, the judge will get access to the record, will read it and will decide quickly whether it has any relevance to the case before him.

Madam Justice Charron says that different considerations apply in sexual assault cases because everyone is bound at the moment by the Criminal Code regime as interpreted by *Mills*.

Senator Baker: "Likely relevant" has been interpreted by most judges of the superior courts of the provinces on that decision as meaning "if it would go to the credibility of the witness."

Mr. Stuart, I want to ask you mainly about your statement in support of witness testimonies that we have heard and that will bear greatly on the determination of this committee in terms of our recommendations. You claim that we should know more about what is actually happening. You say that we need more information on the judgments that have been made pertaining to these particular sections of the Criminal Code. This committee's report cannot demand that judges put in writing everything from every single pre-trial argument or argument made in chambers and supply it to the world generally. We all know that trial judges simply go on the decisions that are reported, which you have commented on yourself every day, and that are in play in each province. What do we suggest? We cannot force judges to make written decisions on all of these matters.

Mr. Stuart: Well, there is a requirement for reasons to be given.

Senator Baker: Yes, but they are not all written.

Mr. Stuart: When Phil Downes, Director of the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, appeared before the committee, he said that changing the law and demanding reasons to be given on every factor that Parliament has mentioned would be burdensome on the trial bench; and I agree. Also, generally speaking, there is a constitutional duty on all judges to give reasons; but the courts have been backing off that a bit because of the issue of practicality.

Having read the material that you have, as a committee, I would be loath to say that we already know what the actual picture is; and I certainly do not know. For that reason, there is

agression sexuelle pour lesquelles le Code criminel s'applique, comme le confirme l'affaire *Mills*, la défense veut avoir accès au dossier disciplinaire de l'agent de police. La défense pourrait dire, par exemple : « Je n'ai pas vu son dossier, mais je crois comprendre que cet agent a déjà fait l'objet de mesures disciplinaires. Est-ce que je pourrais voir son dossier? » Il s'agit donc d'une question de production de document. Dans ce cas, la juge dit clairement qu'il faut être réaliste. La juge dit clairement dans ses commentaires que la norme *O'Connor* s'applique dans tous les cas, sauf ceux d'agressions sexuelles. Comme je l'ai dit, cela inclut les voies de fait contre un membre de la famille, des accusations portées plus souvent contre les hommes. Par exemple, dans une affaire de voies de fait contre un membre de la famille, si la défense veut avoir accès au dossier d'hospitalisation de la victime, elle ferait sa demande en vertu de la norme *O'Connor*. La pertinence vraisemblable serait facile à établir. Dans un tel cas, le juge consulterait le document et déciderait rapidement de la pertinence de celui-ci dans l'affaire.

La juge Caron dit que, puisque nous sommes tous assujettis pour le moment au Code criminel, comme le confirme l'affaire *Mills*, des considérations différentes devraient s'appliquer dans les cas d'agression sexuelle.

Le sénateur Baker : Selon la plupart des juges des cours supérieures provinciales, la pertinence vraisemblable consiste à déterminer si le document « permet d'établir la crédibilité du témoin. »

Monsieur Stuart, j'aimerais vous parler principalement de votre déclaration en appui aux témoignages des témoins, déclaration qui aura une grande influence sur les recommandations du comité. Selon vous, on devrait en savoir davantage sur ce qui se passe réellement. Vous dites que nous avons besoin de plus d'information sur les jugements rendus en vertu de ces articles du Code criminel. Le comité ne peut pas demander aux juges de mettre par écrit, aux fins de publication, toutes les discussions qui ont lieu dans la phase précédant l'instruction ou les discussions en référé. Nous savons tous que les juges de première instance s'appuient sur les décisions rendues, décisions que vous commentez tous les jours et qui constituent la jurisprudence de chaque province. Que suggérez-vous? Nous ne pouvons obliger les juges à tout mettre par écrit.

M. Stuart : Ils sont tenus d'expliquer la raison de leurs décisions.

Le sénateur Baker : Oui, mais pas par écrit.

M. Stuart : Lors de son témoignage devant le comité, le directeur du Conseil canadien des avocats de la défense, Phil Downes, a dit qu'on alourdirait le processus si les juges de première instance devaient expliquer la raison de leurs décisions pour tous les éléments soulevés par le Parlement si on les y obligeait légalement. Je suis d'accord avec lui. Aussi, de façon générale, tous les juges ont un devoir constitutionnel de s'expliquer, mais cela se fait de moins en moins pour des raisons pratiques.

Ayant lu la documentation que vous avez en votre possession, je serais réticent à dire que nous savons déjà ce qui se passe. En tous les cas, moi, je l'ignore. Pour cette raison, il serait

probably a need to be a bit cautious about any major recommendation you make. I go back to my original position. Madam Justice L'Heureux-Dubé, her work on *O'Connor* and her acceptance by Parliament certainly triumphed in the sense that we all know it is very difficult to get access to these records.

Senator Baker: On the matter of paid counsel for the organization or the person from whom the third party records are being sought, the committee has to make recommendations. Every person who has appeared on behalf of organizations that may hold records said that there should be a compulsory provision for counsel. You mentioned that the majority of these cases are heard in provincial court simply because the accused has a choice when he or she elects.

If we were to make that recommendation, we would be imposing on the provinces an incredible expenditure of money, and perhaps it would be unconstitutional. I do not know of anywhere in law that says we have to provide counsel. Provincial laws require counsel for children, for example, and so on; but if it were the superior court, the judge would have inherent jurisdiction in the name of justice to order counsel at Attorney General rates in certain cases. What do you suggest we do with that suggestion by all of our witnesses regarding counsel?

Mr. Stuart: I agree with your analysis, senator. I would say that the decision to have the sexual assault trial at a provincial court level is often the decision of the Crown if there is a hybrid offence, if they are not going for a penalty of more than 18 months and if they are going by way of summary conviction. I agree with you that even at the Supreme Court level in ordering Charter standards, I am not aware of any area where our court in criminal law has made a judgment that produces obligations on provincial governments to adjust their budgets.

I am so upset and concerned by the increasing numbers of accused across Canada who are unrepresented and legal aid budgets seem to be stretched everywhere. I think you should be cautious for the reasons you gave, but also because there is not enough money.

We talk a lot about law-and-order politics and the need to toughen criminal law, but it is often not accompanied with any readjustment of money. When you compare, for example, any provincial government deciding how much to put into legal aid vis-à-vis health care, the answer is always the same; it is a very small amount given to the justice system.

For example, I said it seems odd to me that in Ontario you have legal aid paying for the likes of Phil Downes in his non-defence counsel capacity to represent victims in record applications for sexual assault, but then not be able to represent them on the rape shield laws. Some people might say just make it represented there too. Again, you have just increased the financial commitment with not much jurisdiction, I think.

Senator Angus: I wanted to ask basically the same questions that Senator Fraser, as supplemented by your good self, asked about the present rule of the judge not being able to see the documents in question.

probablement préférable que le comité soit prudent dans ses recommandations. Le travail de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *O'Connor*, travail qui lui a valu un siège à la Cour suprême, est remarquable, car nous savons tous à quel point il est difficile d'avoir accès à ces dossiers.

Le sénateur Baker : Le comité doit faire des recommandations au sujet des avocats fournis aux organisations ou aux personnes qui veulent avoir accès aux dossiers d'une tierce partie. Tous ceux qui sont venus témoigner au nom d'organisations qui détiennent peut-être ce genre de dossiers ont dit que les avocats de la défense devraient être assujettis à des règles obligatoires. Vous dites que la majorité de ces affaires sont entendues dans les tribunaux provinciaux simplement parce que c'est la décision du plaignant.

Si l'on recommandait que les avocats soient fournis dans ce genre de situations, cela entraînerait des dépenses incroyables pour les provinces, ce qui serait peut-être inconstitutionnel. À mon avis, rien dans la loi ne précise que nous devons fournir les avocats, sauf dans les lois provinciales lorsqu'il s'agit d'enfants, par exemple. Cependant, dans certains cas, un juge de la cour supérieure aurait le pouvoir, au nom de la justice, de fournir un avocat aux tarifs du procureur général. Que pensez-vous de la proposition des autres témoins à ce sujet?

M. Stuart : Je suis d'accord avec vous, monsieur le sénateur. Je dirais que, bien souvent, lorsqu'il s'agit d'une infraction mixte dans un procès pour agression sexuelle, la Couronne décide de déposer des accusations en cour provinciale si elle cherche à obtenir une peine de moins de 18 mois ou une déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Je suis d'accord avec vous. Même en Cour suprême, lorsqu'il est question d'établir des normes en vertu de la Charte, aucun jugement n'oblige les gouvernements provinciaux à ajuster leurs budgets en conséquence.

Je suis bouleversé et préoccupé de voir le nombre croissant d'accusés non représentés et de constater que l'aide juridique n'a presque plus de fonds. Je crois que le comité devrait faire preuve de prudence pour les raisons que vous avez évoquées, mais aussi, parce qu'il n'y a pas suffisamment d'argent.

On parle souvent de la politique de « la loi et l'ordre », et de la nécessité de rendre le droit criminel plus sévère, mais on ne parle pas souvent d'ajuster le financement en conséquence. Par exemple, lorsqu'un gouvernement provincial doit choisir combien investir dans l'aide juridique et la santé, le résultat est toujours le même : très peu d'argent est investi dans le système juridique.

Comme je l'ai dit, je trouve étrange qu'en Ontario l'aide juridique paie pour des services offerts par les Phil Downes de ce monde pour aider les victimes d'agression sexuelle à avoir accès à certains dossiers, mais qu'elle n'ait pas suffisamment de fonds pour représenter les victimes de viol. Certains diront peut-être qu'il faudrait fournir des avocats à ces victimes. Mais encore une fois, cela augmenterait les dépenses des provinces.

Le sénateur Angus : Je voulais essentiellement poser les mêmes questions que le sénateur Fraser au sujet de la règle actuelle qui empêche les juges d'avoir accès aux documents en question.

I am pretty happy with the answer, but perhaps just in the interest of clarity, Professor Stuart, would you be so kind as to reiterate what I think we are all supposed to know? Was it due to the jurisprudence that we got to that point, *O'Connor*? I was not here when Bill C-46 was enacted.

Mr. Stuart: My understanding is that this has a very interesting career. If you go back, it was 1991 that the *R. v. Seaboyer* came down. It struck down the then-existing rape shield laws. It was misconstrued because the court actually put in place a very tough series of criterion, which were eventually adopted into our present rape shield laws.

Given that, at the same time there was *R. v. Stinchcombe*, which said you have a Charter right for the first time in Canadian history for full disclosure of the Crown case. That had produced defence counsel being quite active, to say the least, and making routine requests for all medical records of complainants in sexual assault cases.

My understanding of the chronology is that the parliamentary committee, spearheaded by the Department of Justice, was already looking at this case before *O'Connor* came down. When *O'Connor* came down, you had the choice of a more open system, by the majority of five, and a more closed system, by a majority of four, with Justice L'Heureux-Dubé, so Parliament took Justice L'Heureux-Dubé.

The parliamentary scheme was a lot more detailed. It was written by — I do not mean this in a derogative way — people who were activists, who really cared about the rights of victims in sexual assault cases. I have great respect for their energy and the ability of lawyers; they wrote all these documents saying likely relevance does not mean this and likely relevance does not mean that. This was because of a heartfelt feeling that there should be no access to these records.

I think they went overboard. I think most judges who have had experience with records would prefer to have a looser regime, especially the second part of it — that they would like to be able to have access to read the document at an early stage.

Senator Angus: Thank you for that. I think I understand. It was by no means a great groundswell of unanimous opinion to get to this point, but it was driven by interests — at least supposed interests — of the complainant.

Mr. Stuart: I would say that clearly this was at a time in Canadian history that voices of women were being heard for the first time as really dominant forces in sexual assault laws. I have been bold enough over the years to stick my neck out occasionally to say that sometimes we went too far.

For example, and completely off the topic here, it is still my view — and recently was the view of Minister Toews, although he backed off it quickly — that we trivialize rape by not having a

Je suis satisfait de votre réponse, mais simplement pour que tout soit bien clair, monsieur Stuart, pourriez-vous nous dire de nouveau ce que nous sommes tous censés savoir? La situation actuelle découle-t-elle de la jurisprudence? De l'affaire *O'Connor*? Je n'étais pas au Sénat lors de l'adoption du projet de loi C-46.

M. Stuart : C'est une histoire très intéressante. En 1991, le jugement a été rendu dans l'affaire *R. c. Seaboyer*, affaire à l'origine des lois sur la protection des victimes de viol. Ce jugement a été mal interprété, puisque le tribunal a mis en place une série de critères très rigoureux qui ont été intégrés aux lois actuelles sur la protection des victimes de viol.

À la même époque, le jugement dans l'affaire *R. c. Stinchcombe* affirmait pour la première fois au Canada que, en vertu de la Charte, la Couronne devait divulguer toute l'information qu'elle possédait. Cette décision a entraîné beaucoup de demandes de la part des avocats de la défense, c'est le moins que l'on puisse dire. Ils se sont mis à demander régulièrement tous les dossiers médicaux des plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

Si j'ai bien compris la chronologie des faits, le comité parlementaire, à l'instigation du ministère de la Justice, se penchait déjà sur la question lorsque le jugement a été rendu dans l'affaire *O'Connor*. Avec ce jugement, on avait le choix entre deux systèmes : un système plus ouvert, appuyé par cinq juges, et un système plus restreint, appuyé par quatre juges, dont la juge L'Heureux-Dubé. Le Parlement a choisi cette deuxième option.

La formule parlementaire était beaucoup plus détaillée. Sans vouloir dénigrer personne, celle-ci a été écrite par des activistes, des gens qui se souciaient vraiment des droits des victimes d'agression sexuelle. Je respecte beaucoup leur vigueur et les compétences des avocats. Ils ont écrit beaucoup de documents sur l'interprétation de la pertinence vraisemblable, car ils croyaient vraiment que l'accès à ces dossiers devrait être interdit.

Je crois qu'ils ont dépassé les bornes. La plupart des juges qui ont déjà vécu cette situation préféreraient un système plus ouvert, notamment en ce qui a trait à l'accès aux documents dans les premières étapes du processus.

Le sénateur Angus : Merci. Je crois que je comprends. Ce n'est certainement pas l'opinion publique qui a mené à la situation actuelle, mais plutôt l'intérêt — ou du moins, l'intérêt supposé — pour les droits des plaignants.

M. Stuart : Il est clair que tout cela est survenu à un moment de l'histoire canadienne où, pour la première fois, les femmes pouvaient faire entendre leur voix de façon convaincante concernant les lois relatives aux agressions sexuelles. J'ai eu suffisamment de courage au fil des ans pour dire occasionnellement que, dans certains cas, nous sommes allés trop loin.

Par exemple, et je sors complètement du sujet, je reste convaincu que nous avons banalisé le viol en n'en faisant pas un crime distinct. Dernièrement, le ministre Toews a exprimé le

separate crime of rape. We are one of the very few countries in the world that does not do it, but that is a topic for another time.

Every time I say that, people say what are you talking about? I say I am actually talking, in that particular case, about the need to be tougher on rape. When people talk about sexual assault issues, I find most think of rape examples, whereas we have a much broader context which would include teenagers' sexual experimentation, touching and miscommunication. It is all in the same bag of sexual assault — tier 1 often — and I do not think it should be.

Senator Angus: Without in any way wanting or presuming to paraphrase your eloquent testimony, if we were to recommend any specific change in our review of this legislation, it would be along the lines of, hey, let us get real; we have judges that are discreet, responsible and balanced — supposedly. It is not the press, defence counsel or a whole lot of people. The interests of the complainants would be enhanced, as opposed to being prejudiced, by making this slight change and you would like to see us recommend it. Is that fair?

Mr. Stuart: That is correct.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: Thank you very much for being here. You gave me a law 101 course on sexual assault; I appreciate that very much. My questions will be mostly about your comments. You said that it is not known how many legal proceedings are related to sexual assault. Is that indeed what you said?

[*English*]

Mr. Stuart: Most of the statistics are about sexual assault offences reported to police, and the inevitable question comes up, what actually is the acquittal rate in sexual assault and what are the punishment statistics? I have had many students over the years who think I am a bit right wing in this area and who have gone looking for statistics, but they are nonexistent. People do not accurately have a sense in Canada of what is the result of our sexual assault trials.

If that is the case, and I am sure it is because I have looked over the years — every year, we look at Statistics Canada on sexual assault, special reports. If you read them carefully, they say at the bottom that this takes into account provincial courts but not superior courts, or superior courts but not provincial courts. This is not complete data, so we cannot accurately say what the acquittal rate is for sexual assault.

Because of the change in the law, we certainly have no figures that would say what the prevalence of rape is in the country of Canada — is it going up, is it going down, is there a high conviction rate or a low conviction rate? We would simply not know because it is all mixed in with the generic offence of sexual assault.

même point de vue, mais il s'est rapidement rétracté. Nous sommes l'un des très rares pays à avoir fait ce choix, mais c'est un sujet dont on devrait discuter une autre fois.

Chaque fois que j'exprime cette opinion, on tombe des nues. Je veux dire que nous devons réprimer plus sévèrement le viol. Je constate que, pour la plupart des gens, l'agression sexuelle évoque le viol. Mais c'est beaucoup plus que cela, par exemple l'expérimentation sexuelle des adolescents, les attouchements et les erreurs de communication. Cette confusion, ce fourre-tout où on trouve souvent des agressions sexuelles de niveau 1, ne devrait pas exister, à mon avis.

Le sénateur Angus : Loin de moi l'idée de paraphraser votre éloquent témoignage. Mais, si nous devons recommander des modifications précises à la suite de notre étude, ce serait de nous exhorter à plus de réalisme. Nos juges sont censément discrets, responsables et pondérés. Pas la presse ni la défense ni la foule. On veillerait davantage aux intérêts des plaignants par ce petit changement que vous aimeriez que nous recommandions. Est-ce que c'est juste?

M. Stuart : C'est juste.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Merci beaucoup d'être avec nous. Vous m'avez donné un cours de droit 101 en matière d'agression sexuelle, j'apprécie beaucoup. J'aurais surtout des questions à vous poser sur des commentaires que vous avez faits. Vous dites qu'on ne sait pas combien de procès, en termes de nombre, sont pour agression sexuelle. Vous avez bien affirmé cela?

[*Traduction*]

M. Stuart : La plupart des statistiques concernent les agressions sexuelles signalées à la police. Cela pose inévitablement la question suivante : quel est le taux d'acquittements dans les affaires d'agression sexuelle et quelles sont les statistiques sur les peines? Au fil des ans, beaucoup de mes étudiants m'ont considéré comme un peu de droite sur cette question. Ils sont partis à la recherche de statistiques qui n'existent pas. Les Canadiens n'ont pas d'idée précise sur l'issue de nos procès sur les agressions sexuelles.

Si c'est le cas, et j'en suis persuadé, parce que je me suis intéressé à la question au cours des ans — chaque année, nous consultons les rapports spéciaux de Statistique Canada sur les agressions sexuelles. Si on lit bien, c'est écrit à la fin, que les chiffres tiennent compte des jugements des tribunaux provinciaux, mais non de ceux des cours supérieures ou vice versa. Les données ne sont donc pas complètes. On ne peut donc pas chiffrer avec précision le taux d'acquittement des personnes accusées d'agression sexuelle.

Ce changement dans la loi nous prive assurément de chiffres qui permettraient de connaître la fréquence des viols au Canada. Est-ce qu'elle augmente? Est-ce qu'elle baisse? Le taux de condamnation est-t-il élevé ou faible? Impossible de le savoir, à cause de la notion fourre-tout d'agression sexuelle.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: You know that, for about 10 years, I think, some types of crime have been delegated to municipal courts. I am thinking of Montreal, where the municipal court can now hear cases involving sexual assault and domestic violence. Does that not complicate the issue further when it comes to knowing how many sex crimes are committed in Canada?

[*English*]

Mr. Stuart: I think that is correct. Of course, I have also not been particularly swayed by statistics over the years in sexual assault areas — going up, going down, more reporting, less reporting. Any one sexual assault case is serious, and that is enough for most of us, but I am just saying that the figures are inaccurate.

I am more familiar with the Ontario system than any other system. There are experimentations in Toronto with domestic assault courts. As far as I am aware, there is no specialist sexual assault courts, and I am not recommending them either, but they do tend to get mixed up with the hurly-burly of provincial courts, which are dealing with a whole raft of cases that are a lot less serious.

I have no data for this, but my assumption is that many sexual assault touching cases end up in provincial court, mixed up with all sorts of other much less serious offences. That is because of the pragmatism of trying to get things over quickly, avoiding preliminary inquiries, as long as the Crown is satisfied with no more than 18 months imprisonment.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: What do you think about an amendment whereby independent counsel would be used to provide victims of sexual assault with better representation in court? That type of amendment would make the statistics clearer. It would also contribute to a higher reporting rate. Currently, only 1 out of 10 victims reports sexual assault.

[*English*]

Mr. Stuart: Senator, I find that a difficult question to answer. Our prosecutorial system, as I understand it, across the country is stretched for lack of resources. I do see all our prosecutors, or most of them, anyhow, as being extremely committed to the idea that they are not persecutors but ministers of justice. Their job is to present evidence that is favourable to the Crown and also unfavourable to the Crown, or to disclose it.

I also think that in every case about sexual assault, most Crowns that I have ever met — and I was a Crown for a year — would be very sensitive to the needs of victims. They have been better trained over the years to do so. No one would suggest that victims have not been shuttled out of the system over the years.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Vous savez que depuis, je crois, une dizaine d'années, des types de crime ont été délégués aux cours municipales. Je pense à Montréal où, maintenant, la cour municipale peut entendre des causes d'agression sexuelle, d'agression matrimoniale. Est-ce que cela n'amplifie pas aussi le problème en termes de connaissance du nombre de crimes à caractère sexuel commis au Canada?

[*Traduction*]

M. Stuart : Je pense que vous avez raison. Bien sûr, je n'ai également pas été particulièrement convaincu par les statistiques publiées au fil des ans sur les agressions sexuelles — plus fréquentes, moins fréquentes, plus de dénonciations, moins de dénonciations. Toute agression sexuelle est grave et, pour la plupart d'entre nous, c'est suffisant, mais je dis simplement que les chiffres sont imprécis.

Je connais mieux le système ontarien que tous les autres. On a tenté des expériences, à Toronto, avec des tribunaux spécialisés dans les agressions domestiques. Pour autant que je sache, il n'y en a pas de spécialisés dans les agressions sexuelles, et je n'en recommande pas non plus la création, mais ces causes tendent à se retrouver dans le tourbillon des cours provinciales, qui s'occupent d'un tas d'affaires beaucoup moins graves.

Je n'ai pas chiffres, mais, d'après moi, beaucoup de causes d'agression sexuelle se retrouvent en cour provinciale, mêlées à toutes sortes d'autres infractions beaucoup moins graves. C'est en raison d'un pragmatisme qui veut régler les problèmes rapidement, en évitant les enquêtes préliminaires, du moment que la Couronne se contente de pas plus de 18 mois de prison.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Que diriez-vous d'un amendement visant à ce qu'on fasse appel à des procureurs indépendants pour mieux supporter les victimes d'agression sexuelle devant les tribunaux? Ce type d'amendement donnerait aux statistiques un visage plus clair. Il permettrait également un taux de dénonciation plus élevé qu'une victime sur dix?

[*Traduction*]

M. Stuart : Je trouve votre question difficile. Partout au pays, les ressources de notre système de poursuites, si j'ai bien compris, sont sollicitées au maximum de leurs possibilités. Je constate que tous nos substituts du procureur général ou presque, de toute façon, sont convaincus d'être des ministres de la Justice. Leur travail consiste à présenter des éléments de preuve qui apportent ou non de l'eau au moulin de la poursuite ou de les divulguer.

Je pense également que dans tous les cas d'agression sexuelle, la plupart des avocats de la Couronne que j'ai rencontrés — je l'ai moi-même été pendant un an — étaient très sensibles aux besoins des victimes. Au fil des ans, ils ont été de mieux en mieux formés à mieux les écouter. Personne n'oserait prétendre que, peu à peu, les

Things are better than they used to be, but they are not great. However, every time you expand services, including independent counsel to represent the victim, the costs are amazingly high.

Senator Meredith: Professor Stuart, you mentioned two points in your presentation, which was quite enlightening and thank you for that. I want you to elaborate a little on equality rights. In the framework currently, is there a balance between the accused's right of defence and the privacy of the victims? Can you elaborate on that? What recommendations would you make going forward in terms of how we can balance this?

Mr. Stuart: It is quite clear that the best guidance we can get comes from the Supreme Court of Canada in the *Mills* case, where it accepts that there is a need to balance full answer and defence, privacy and equality. I think it is extremely instructive to go back and read what the justice said in that case. There is an expansive discussion of full answer and defence and it says, though, that there are some qualifications in this context. Full answer and defence does not mean the most favourable procedure favouring the accused. It does not mean there is a right for defence counsel to distort the truth.

Then when it gets on to privacy, which is the biggest section of the judgment, it talks a lot about the need to balance the rights of the complainant to privacy. It also talks about things like this value is the strongest, says the Supreme Court, where confidential information contained in a record concerns aspects of one individual identity or where the maintenance of confidentiality is crucial to a therapeutic or other trust relationship. I read that as being a very full statement that it is not just the accused's rights, but you have to balance privacy.

My problem here, though, is that because Parliament said so, and because Justice L'Heureux-Dubé asserted it, we have to go on, as the court says, to balance equality rights. I urge senators to read *Mills* because when it gets to that point, the court seems to be saying they have done all the analysis they need. It is very hard to see, if you are trying to decide whether this document of this complainant should be disclosed to the accused, whether or not somehow or other, if I do it, I am guilty of sexism or discrimination. That is why most judges are not doing it. They cannot do it in this concrete case of should this diary be disclosed.

That is why I think that sometimes the assertion of the equality rights has been difficult for courts, and that is why I go back and say, as I did in my opening, that the most recent pronouncement on this is *Shearing*, where the Supreme Court of Canada seems to be backing off their balancing. I think they recalibrate the rights and say we can deal with full answer and defence and privacy, but it is only equality interests, because lots of these considerations have nothing to do with gender myths and stereotypes.

victimes sont devenues les grands oubliés du système. Les choses se sont améliorées, mais la situation n'est pas rose. Cependant, toutes les fois que l'on offre plus de services, y compris la présence d'un avocat indépendant pour représenter la victime, les coûts s'envolent.

Le sénateur Meredith : Monsieur Stuart, dans votre exposé, qui était très intéressant et pour lequel je vous remercie, vous avez mentionné deux choses. Je tiens à ce que vous nous en disiez davantage sur les droits à l'égalité. Dans le système actuel, le droit de l'accusé à une défense et le droit de la victime à la protection de sa vie privée sont-ils égaux? Pourriez-vous en parler? Quelles recommandations feriez-vous, si, le cas échéant, ils n'étaient pas égaux?

M. Stuart : Il est tout à fait évident que, en cette matière, le meilleur guide est l'arrêt *Mills*, dans lequel notre Cour suprême préconise un juste équilibre entre la défense pleine et entière, la vie privée et l'égalité. Je pense que sa lecture est extrêmement édifiante. Il y est longuement question de la défense pleine et entière et des nuances qui s'imposent. Par défense pleine et entière, on ne veut pas dire la procédure la plus favorable pour l'accusé ni que l'avocat de la défense a le droit de déformer la vérité.

Ensuite, en ce qui concerne la vie privée, sujet qui occupe le plus de place dans la décision, l'arrêt s'étend sur la nécessité de trouver un juste milieu pour la protection de la vie privée du plaignant. D'après la Cour suprême, c'est la valeur prépondérante, quand les renseignements confidentiels d'un dossier concernent les aspects de l'identité d'une personne ou quand le maintien de la confidentialité est essentiel à une relation thérapeutique ou à une relation où il y a absence de confiance. D'après moi, c'est une analyse très complète de la nécessité de ne pas tenir compte uniquement des droits de l'accusé, mais, aussi, de la vie privée.

Je m'interroge, cependant. Parce que le Parlement en a décidé ainsi et que la juge L'Heureux-Dubé a confirmé cette décision, nous devons, comme le tribunal l'a dit, trouver l'équilibre entre les droits à l'égalité. Je recommande vivement aux sénateurs de lire l'arrêt *Mills*, dans lequel, sur ce point particulier, le tribunal semble qualifier son analyse d'exhaustive. Il est très difficile de s'en convaincre, quand il s'agit de décider si tel document sur le plaignant doit être divulgué à l'accusé et si en le faisant, d'une façon ou d'une autre, on ne se rend pas coupable de sexisme ou de discrimination. C'est pourquoi la plupart des juges s'abstiennent de prendre une décision. Ils ne peuvent pas le faire dans ce cas concret d'un journal intime.

C'est pourquoi je pense que, parfois, l'affirmation des droits à l'égalité a été une chose difficile pour les tribunaux. Comme je l'ai dit dans mes remarques préliminaires, la décision la plus récente à ce sujet est l'arrêt *Shearing*, dans lequel la Cour suprême du Canada semble ne plus tenir autant à l'équilibre. Je pense qu'elle réétalonne les droits et qu'elle affirme pouvoir accepter la défense pleine et entière et la vie privée, mais seulement du point de vue des intérêts pour l'égalité, parce qu'une multitude de points à considérer n'a aucun rapport avec les mythes et les stéréotypes sexuels.

For example, in section 278.3(4), and I have already read some of it out, most of the considerations that are not supposed to be taken into account on credibility, on the issue of likely relevance, seem to me to have nothing to do with myths and stereotypes. They have to do with traditional ways of assessing credibility. That is why judges are not writing much about equality, because once you have decided it is a factor to be considered in this case, it is hard to actually operationalize it. That is why judges say the real balance here is between how probative this material is, does it really prove anything that is relevant in this trial, and, on the other hand, if made accessible to the defence, will it compromise the privacy of the victim. That is what most judges are doing. As I say, I think it would be better if the judge actually had a chance to look at the record before making that call.

Senator Meredith: With respect to rulings, others have appeared before this committee and indicated that, in terms of research, going back to your last point with respect to judges and their rulings, how could we rectify this in our report, or what would you recommend in terms of the documentation of some of these rulings for future cases?

Mr. Stuart: I read through the Department of Justice Quicklaw research, which is now pretty dated. That is one thing that could be done, presumably without a great deal of cost, to just update the picture. I am not terribly sure. It is easy to say, do not do anything without making sure you have updated statistics, but for reasons, for example, that Senator Baker was very well aware of just now, as one of the other senators, it is very hard to get accurate information about evidentiary rulings made by judges in the hurly-burly of everyday existence of being a trial judge where you have five or six trials to manage in one day.

The Chair: I have a supplementary question on that. As with all laws, it is important that there be as much consistency as possible. In the application of this test, the likely relevance test and whether the production of documents is necessary in the interests of justice, there has to be confidence that there is somewhat of an equal application of those principles across the country and there is some consistency.

To Senator Meredith's question, judges are required to provide reasons as to when the documents are to be produced or not. What can we do to create more consistency? What can we do to have greater certainty that there will be a more consistent application by judges in considering this test? At present, they are not required to address each of the factors. You referred to that. I am not suggesting they should. However, the principle here is not only appearance. There must be as much consistency as possible in the application of our laws. Through our efforts, how can we create more consistency in how these tests dealing with the production of documents are applied?

Par exemple, à l'article 278.3(4), dont je vous ai lu une partie, la plupart des éléments qui ne sont pas censés être pris en considération en ce qui concerne la crédibilité, la pertinence probable, semblent n'avoir aucun rapport avec les mythes et les stéréotypes. Ils ont rapport avec les méthodes traditionnelles d'évaluation de la crédibilité. C'est pourquoi les juges, dans leurs décisions, ne s'étendent pas beaucoup sur l'égalité, parce que, dès qu'on décide d'en tenir compte dans ce genre d'affaire, il est difficile, en fait, de la rendre opérante. Ils affirment donc que le véritable équilibre, en l'occurrence, se situe entre la valeur probante de tel document, le fait qu'il prouve quelque chose de pertinent pour le procès, d'une part, et, d'autre part, le risque qu'il compromette la vie privée de la victime si on le porte à la connaissance de la défense. C'est ce que font la plupart des juges. Comme je dis, il serait préférable que le juge ait, en fait, l'occasion de prendre connaissance du dossier avant de prendre cette décision.

Le sénateur Meredith : En ce qui concerne les décisions, d'autres témoins nous ont dit, en ce qui concerne la recherche, pour revenir à ce que vous avez dit, dans votre dernière réponse sur les juges et leurs décisions, comment nous pourrions corriger cet aspect dans notre rapport. Quant à vous, que recommandez-vous en ce qui concerne la documentation sur laquelle s'appuieront désormais certaines décisions?

M. Stuart : J'ai consulté la base de données Quicklaw du ministère de la Justice, qui date maintenant beaucoup. C'est l'une des choses que l'on pourrait faire, sans, je pense, qu'il en coûte beaucoup : simplement actualiser le portrait de la situation. J'hésite cependant beaucoup. C'est facile à dire, ne rien faire sans d'abord s'assurer de l'actualité des statistiques, mais, pour des raisons que, par exemple, le sénateur Baker connaissait très bien, il y a un moment, tout comme l'un des autres sénateurs, il est très difficile d'obtenir des renseignements précis sur les décisions reposant sur la preuve que prennent les juges de première instance dans le tourbillon des cinq ou six affaires que chacun d'eux doit instruire quotidiennement.

Le président : J'ai une question supplémentaire à ce sujet. Comme c'est le cas de toutes les lois, il importe d'être aussi cohérent que possible. Dans l'application du test de la pertinence probable et de la nécessité de produire les documents dans l'intérêt de la justice, il faut être sûr d'appliquer également ces principes partout au pays et de façon cohérente.

Pour répondre à la question du sénateur Meredith, les juges sont tenus de motiver leurs décisions concernant le moment où il faut produire ou non les documents. Que pouvons-nous faire pour assurer davantage de cohérence? Pour assurer davantage une application plus cohérente du test par les juges? Actuellement, ils ne sont tenus d'examiner aucun des facteurs. Vous y avez fait allusion. Je ne dis pas qu'ils devraient le faire. Toutefois, le principe en cause n'est pas seulement l'apparence. Il faut que nos lois soient appliquées de façon aussi cohérente que possible. Comment nous, par nos efforts, pouvons-nous assurer davantage de cohérence dans l'application des tests concernant la production de documents?

Mr. Stuart: That is a very challenging question. We do trust judges to make the final determination in criminal trials where there is proof beyond a reasonable doubt. As anyone who has practiced criminal law knows, the Supreme Court of Canada has given considerable advice to judges as to how to apply the doctrine of reasonable doubt and how to interpret it for juries. At the end of the day, consistency cannot be guaranteed.

If you happen to be a practitioner of law, many defence counsel would say things like “that judge does not know reasonable doubt when he sees it; he never acquits.” Someone at the Crown might say, “That judge always acquits.”

I do not think we can guarantee. We have to set up criteria either by the courts or Parliament, and hope that we trust our judges. I think most of us have respect for the judiciary. This area of records is very hard. All I would say is that the criterion in both the two parts of the first part, section 278.3(4) and section 278.5 are excessively complicated and can be simplified.

The Chair: Just to clarify — and I suspect you understood the thrust of my question — it was not that there would be a guarantee of consistency, but is there anything that can be done to improve consistency? You have addressed that, but certainly it was not in my mind it was possible to guarantee that consistency from the judiciary.

Senator Runciman: I have a brief question. When you looked at the *Mills* judgment — I read something earlier with respect to your appearance here today — you said the judgment “reeked with politics.” You were referencing the pressure that was applied from a range of organizations with respect to these legislative changes. It strikes me that one of the primary goals of the legislation and changes was to encourage greater reporting of assaults. In some of the testimony we have heard in these hearings, it has not occurred. Whether those statistics are there or not is another issue. We have heard testimony and seen submissions that indicate there has not been any significant change.

In your comments at the outset you talked about one of your students in law school going to a sexual assault counsellor. That is a scary prospect when you have a law student who is still intimidated by the process of getting fair treatment in the courts with respect to assault on her person. I wonder if it is broader than that. That could be part of the equation and concern if there are other aspects of the system itself — which you are very familiar with — that tend to discourage people from coming forward. You are talking about a law student versus someone in a much lower place in the social strata, if you will. If someone like you referenced is reluctant — and this may not deal directly with the legislation — I think we have the opportunity to incorporate observations at the end of this exercise as well. Perhaps you can offer insights with respect to the education component you referenced and on how the system could be adjusted to encourage victims to a greater extent than is the case today to come forward.

M. Stuart : C’est une question très difficile. Nous faisons vraiment confiance aux juges pour prendre une décision définitive dans les procès criminels où la preuve dissipe tous les doutes raisonnables. Comme tous les criminalistes le savent, la Cour suprême du Canada a donné beaucoup de conseils aux juges sur la façon d’appliquer la doctrine du doute raisonnable et sur son interprétation pour les jurys. Au bout du compte, on ne peut pas garantir la cohérence.

Si vous êtes juriste, vous entendrez souvent des avocats de la défense dire que tel juge, en dépit de l’évidence, ne connaît pas le doute raisonnable; il n’acquitte jamais personne. Des confrères de la Couronne prétendront exactement le contraire.

Je ne pense pas que nous puissions garantir quoi que ce soit. Nous devons faire établir des critères, soit par les tribunaux, soit par le Parlement, et espérer faire confiance à nos juges. Je pense que la plupart d’entre nous respectent la magistrature. Cette question des dossiers est très difficile. Je me contenterai de dire que le critère énoncé dans les deux parties du début des articles 278.3(4) et 278.5 est excessivement complexe et qu’on peut le simplifier.

Le président : Une simple précision — et je pense bien que vous avez compris le sens de ma question —, je ne parlais pas de garantir la cohérence, mais je voulais savoir ce que nous pouvons-nous faire, pour l’améliorer? Vous avez bien répondu, mais, loin de moi l’idée de prétendre qu’il est possible de garantir cette cohérence de la part de la magistrature.

Le sénateur Runciman : J’ai une question très courte. Au sujet de l’arrêt *Mills* vous avez dit — je me suis préparé à votre venue — que le jugement sentait la politique à plein nez. Vous faisiez allusion à la pression appliquée par toute une gamme d’organismes concernant les modifications législatives en question. J’ai l’impression que l’un des premiers objectifs de la loi et des modifications qui ont été apportées était de favoriser davantage la dénonciation des agressions. D’après certains témoins que nous avons entendus, cela ne s’est pas matérialisé. L’existence ou l’inexistence de statistiques, ça c’est une autre histoire. Selon les témoignages et les mémoires reçus, le changement n’a pas été notable.

Dans vos remarques préliminaires, vous avez parlé d’une de vos étudiantes, à l’école de droit, qui a consulté un centre d’aide aux victimes d’agression sexuelle. Ce n’est pas rose quand une étudiante en droit, victime d’agression, craint de ne pas bénéficier d’un traitement équitable par le tribunal. Je me demande si le problème n’est pas plus étendu. Si d’autres éléments du système lui-même — que vous connaissez très bien — sont plutôt dissuasifs pour les victimes, cela pourrait expliquer une partie du problème, tout en étant un signe inquiétant. Nous parlons ici d’une étudiante en droit, par rapport à quelqu’un d’un niveau social moins élevé, si on peut dire. Cette hésitation de votre étudiante — et la raison n’est peut-être pas directement la loi — nous donne, je pense que, l’occasion d’ajouter également des observations à la fin de notre étude. Peut-être pouvez-vous nous donner des idées concernant le volet éducation auquel vous avez fait allusion et la façon de corriger le système pour inciter les victimes à lui faire désormais plus confiance.

Mr. Stuart: That is again a very demanding question, Senator Runciman. I would say that making things tougher in this context — you know to get access to any of these records — there could be an amendment that someone could make through the parliamentary process. As I said, the dangers of that would invite another Charter challenge which would succeed. We do have a balancing process in place and I agree with Phil Downes that it is more or less working. Justice L'Heureux Dubé's system was achieved. We are not likely to get access to these records. What I am suggesting is will not change this much, but it might make it fairer to the accused and cut down on the complexity of the system.

When it comes to why complainants who have been sexually assaulted do not report — we see in celebrated cases, for example, recently we have heard of a fair number of sexual male predators being reported — once someone breaks the bank and reports, other people come forward. Essentially it is the fear of the court process.

I do not know what the other option is. We do not believe in secret trials. We believe in the presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt. If witnesses want to take the oath in a courtroom and as a result of that someone will go to jail and be on the sexual offender registry, we have to take it seriously or else the whole system of justice would be up in the air.

I probably should not have raised the issue of my student because I was absolutely shocked. I was also disappointed at my inability once the advice was given that “you will never be able to prove it.” I pointed out to her that you do not have to prove anything; you are the victim. I wanted to take her to the police, but she would not let me. It was not my job to do any more than that.

I have no doubt this is an underreported offence and is problematic. It is the fear of reliving these events, especially the ones where there might have been some miscommunication or even there was no issue of defence and it was as clear cut as anything. Even in those cases we know it is an underreported offence. I do not have any other answer.

Senator Joyal: Professor, I would like to come back to the bottom of page 5 in your notes and the top of page 6, where you write, “In the context of a criminal trial which focuses on just punishment of the person charged rather than compensation of complainants, it is the rights of the accused that must be given priority. Inconsistent rights cannot be balanced. The majority of *Shearing* goes out of its way to backtrack and reinforce the view that even those charged with sexual assault must have a fair trial. The court implicitly abandons the view that there is no hierarchy of rights. Some rights are more important than others.”

Do you have an impression that sections 278.3(4) and 278.5 have unbalanced the system and introduced into the criminal trial what I would call the “rights of complainants”?

M. Stuart : Voilà encore une question très difficile. On pourrait rendre plus difficile la communication du dossier, en proposant un amendement à la faveur du processus parlementaire. Le danger, comme je l'ai dit, serait de provoquer une autre contestation de la Charte des droits et libertés, qui risquerait d'aboutir. Il y a, en place, un processus d'équilibrage, et, d'accord avec Phil Downes, je pense qu'il fonctionne assez bien. On a mis en place le système de la juge L'Heureux-Dubé. Nous ne sommes pas susceptibles d'obtenir la communication de ces dossiers. Les modifications que je propose n'y changeront pas grand-chose, mais elles pourraient rendre le processus plus juste pour l'accusé et simplifier le système.

Pour expliquer l'absence de plainte de la part des victimes d'agressions sexuelles — nous constatons, à la faveur d'affaires récemment médiatisées, par exemple, la dénonciation d'un bon nombre de prédateurs sexuels masculins — il n'y a que le premier pas qui coûte, une fois l'exemple donné, d'autres victimes se manifestent. Au fond, ce qui joue, c'est la peur du processus judiciaire.

J'ignore quelle est l'autre option. Nous ne croyons pas dans les procès secrets. Nous croyons en la présomption d'innocence et dans la preuve au-delà du doute raisonnable. Si les témoins jurent de dire la vérité et que, en raison de leur témoignage, quelqu'un ira en prison et que son nom figurera sur la liste des délinquants sexuels, nous devons prendre le processus au sérieux, sinon on fout en l'air tout le système de justice.

Je n'aurais probablement pas dû faire allusion à mon étudiante. Mais j'étais tout à fait scandalisé. J'ai également été déçu de l'impuissance à laquelle me réduisait le conseil qu'elle avait reçu, selon lequel elle ne serait jamais capable de prouver quoi que ce soit. Je lui ai fait remarquer qu'elle n'avait rien à prouver, qu'elle était la victime. J'ai voulu l'accompagner au poste de police, mais elle a refusé. Ce n'était pas mon travail d'en faire davantage.

Il ne fait aucun doute que les infractions de cette nature sont souvent passées sous silence, et c'est problématique. Les victimes craignent de revivre les événements, particulièrement lorsqu'il est question d'un malentendu. Mais c'est aussi le cas même quand il n'y a aucune défense ni ambiguïté possible. Même dans des situations comme celle-là, c'est une infraction qui n'est assez signalée. Je n'ai pas d'autre réponse à vous donner.

Le sénateur Joyal : Monsieur Stuart, j'aimerais revenir à vos notes. Au bas de la page 5 et en haut de la page 6, vous dites : « Dans un procès au criminel, qui porte sur le juste châtement de l'accusé plutôt que sur l'indemnisation des plaignants, ce sont les droits de l'accusé qui l'emportent. On ne saurait « équilibrer » des droits d'importance différente. Dans *Shearing*, la majorité se permet d'aller à contre courant et de rappeler que même ceux qui sont accusés d'agression sexuelle doivent avoir droit à un procès équitable. La Cour délaisse implicitement l'idée qu'il n'y aurait pas de hiérarchie des droits. Certains droits sont plus importants que d'autres. »

Avez-vous l'impression que les articles 278.3(4) et 278.5 ont eu pour effet de déséquilibrer le système en introduisant au procès criminel la notion de « droits du plaignant »?

Mr. Stuart: In this context, the introduction of the need to balance equality rights is problematic in the sense that judges and other decision makers do not know what to do with it — since *O'Connor* with the need to balance section 8 privacy rights of all sorts of victims. The Supreme Court got itself into a bit of a botch because it said there is no one right that trumps the other. How could that work? Let us assume I have a fight over a document and the decision is that I have to balance “full answer in defence” and privacy. I choose privacy, so you are not getting the document. That is not balancing; one right wins.

Other courts in different countries have not gone down this route saying that there is no such thing as a hierarchy of rights. In the *Shearing* case, that is what Mr. Justice Binnie recognized; it was a very controversial case. The issue was whether you should cross-examine on a diary. The defence counsel was given this. It is a different context, but the defence wanted to ask the complainant: “How come you did not put anything about this sexual assault in your diary?” Somehow, Mr. Justice Binnie and the court ordered a new trial to consider that issue. Many people pointed out that that indicates a return to the doctrine of recent complaint that says she should have put it in a diary, otherwise she is leaving an adverse inference. That is a controversial decision on the facts.

Mr. Justice Binnie had seven judges say, “Maybe we have gone too far in setting up this model of competing rights.” When it comes down to it in a criminal trial, it is not an issue about the complainants suing for money; it is an issue of whether this man should be punished, sent to jail and put on the sexual offender registry. That is why in a borderline case, and I could read the Supreme Court in *Shearing* that says even in a production case, we must give prominence to the rights of the accused. I do not read *Mills* in that way at all; so I think it is backtracking. We have new members of the Supreme Court now. Who knows what they would say if they had to reconsider this issue. I do not know how that would work out.

I want to add one other thing. I pride myself in having a number of former students over a long period of time leaving Queen’s University and becoming criminal law practitioners, defence counsel and Crown attorneys. Some of my students decided that the right way to resolve serious issues of sexual assault was through civil action; sue and get money. Many students have reported back to me that once they try to do that, it does not really work. The issue of sexual assault is not resolved by money alone but by fair punishment. Many of the people who went off to practice criminal law through the vehicle of civil actions have given up on it.

The balanced response to an alleged sexual assault is the criminal process. We should always bear in mind that in the end result, you better be darn sure that all the elements of the offence

M. Stuart : Dans ce contexte, la nécessité de concilier les droits à l’égalité pose un problème en ce sens que les juges et autres décideurs ne savent pas quoi en faire — depuis l’arrêt *O'Connor*, qui renvoyait à la nécessité de concilier le droit au respect de la vie privée prévu par l’article 8, pour tous les types de victimes. La Cour suprême s’est en quelque sorte trouvée dans une impasse, car elle a statué qu’aucun droit ne pouvait l’emporter sur un autre. Comment cela pourrait fonctionner? Supposons qu’un document est en litige et que la décision consiste à concilier « défense pleine et entière » et respect de la vie privée. Si je choisis le respect de la vie privée, vous n’aurez pas ce document. Ce n’est pas concilier les deux; un droit l’emporte sur l’autre.

Ailleurs dans le monde, les tribunaux n’ont pas emprunté cette voie, statuant qu’il était impossible d’établir une hiérarchie des droits. Dans l’arrêt *Shearing*, le juge Binnie l’a reconnu; ce fut une affaire très controversée. Le juge devait décider si la défense pouvait contre-interroger la victime sur le contenu de son journal intime. L’avocat de la défense a obtenu ce droit. Le contexte est différent, mais l’avocat de la défense voulait demander à la plaignante pourquoi elle n’avait pas parlé de l’agression sexuelle dans son journal intime. Le juge Binnie et le tribunal ont ordonné la tenue d’un nouveau procès pour examiner la question. Bien des gens ont avancé qu’il s’agissait là d’un retour à la doctrine de la plainte immédiate, selon laquelle la victime aurait dû l’inscrire dans son journal intime, sans quoi on pourrait en tirer une inférence défavorable. C’est une décision controversée.

Le juge Binnie a poussé sept juges à se demander si on n’était pas allé trop loin en établissant ce modèle de rivalité des droits. Dans le cadre de procès criminels, les plaignants ne sont pas là pour réclamer de l’argent; il s’agit de savoir si le défendant devrait ou non être puni, envoyé en prison et inscrit au registre des délinquants sexuels. C’est pour cette raison que l’affaire est limite, et je pourrais vous lire les conclusions de la Cour suprême dans l’arrêt *Shearing*, qui indiquent que même lorsqu’il est question de la production de documents, les droits de l’accusé doivent avoir préséance. Ce n’est pas du tout ainsi que j’interprète l’arrêt *Mills*, alors je pense que c’est revenir en arrière. De nouveaux juges ont été nommés à la Cour suprême depuis. Qui sait quelle serait leur conclusion si on leur demandait de réexaminer la question aujourd’hui? J’ignore ce qui en découlerait.

J’aimerais ajouter une dernière chose. Depuis que j’enseigne à l’Université Queen’s, j’ai vu bien de mes anciens étudiants devenir des spécialistes du droit criminel, des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne; et j’en suis assez fier. Certains ont pensé que les poursuites au civil seraient la meilleure façon de résoudre les cas graves d’agression sexuelle; poursuivre et réclamer de l’argent. Bien des étudiants m’ont rapporté que ce n’était pas une solution efficace. L’argent ne peut pas à lui seul réparer les torts d’une agression sexuelle. Il faut que le crime soit puni de façon équitable. Ceux qui optent pour les poursuites civiles finissent bien souvent par abandonner ce véhicule.

Le mécanisme équilibré pour résoudre un cas d’agression sexuelle présumée est le processus criminel. Il faut toujours se rappeler qu’en définitive il faut prouver hors de tout doute la

have been proven beyond reasonable doubt before we send people to jail and put them on the sexual offender register, which does not distinguish between minor or major sexual offenders. It is very serious business. Maybe in one or two cases, the records section could be simplified for the benefit of the judges and also for the benefit of the lawyers arguing on these criteria.

Senator Joyal: In your brief you quote Madam Justice L'Heureux-Dubé to such a point there is an impression that Parliament has yielded to her. I noticed you quoted her at least five times, including "Parliament sided with L'Heureux-Dubé; and Justice L'Heureux-Dubé's position in *O'Connor*;" and so on. You create the impression that we have yielded to introduce into the criminal system a notion that was non-existent before and that the notion is unwelcome because it could thwart the fair trial of an accused. I am not sure that was done without due consideration of the fact that when women and children find themselves in court, they are in a difficult position. Sexual offences are *sui generis*. A person who makes a complaint has much more at risk than a person who makes a complaint about the theft of \$100. The system must reflect that sexual offences are crimes on their own. The system must be adapted to take care of the vulnerable position of women and children facing the person charged with a sexual offence. You do not seem to be sensitive to that in your presentation, unless I am totally out of sync with your position on that.

Mr. Stuart: My overall position is that these records should be rarely accessible; and they are rarely accessible under the present regime. I have supported the privacy rights for complainants in sexual assault cases, as has every Supreme Court judge that has dealt with this matter. The rogue elephant, in my view, is the exact meaning of "equality rights" in this particular context.

For example, if we are dealing with an adult male charged with sexual assault against another adult male, is that person entitled to use equality rights that were designed to deal with women and children? If so, why not? I think the answer is that we do not have the answer to that, because now that we have recognized equality rights, we just go ahead and use the criteria; but judges will not mention equality.

Certainly, this is a highly controversial and difficult area. I also point out that in my writings I have not been consistent. I believe, in other contexts, for example, that we should return to a separately defined "offence of rape." I also believe that in terms of the definition of "reasonable doubt" — and you will be familiar with the *W.D.* formula, the criticism by Mr. Justice Binnie of that doctrine should be taken to heart and changed. I am not entirely one-sided.

culpabilité d'une personne avant de l'envoyer en prison et de l'inscrire au registre des délinquants sexuels, qui ne fait pas de distinction entre les petits et grands délinquants. C'est très sérieux. Peut-être qu'il serait possible de simplifier quelque peu l'article visé pour simplifier la tâche aux juges, mais aussi aux avocats basant leurs arguments sur ces critères.

Le sénateur Joyal : Dans votre mémoire, vous citez la juge L'Heureux-Dubé si souvent qu'on a presque l'impression que le Parlement s'est rendu à ses arguments. J'ai remarqué que vous l'aviez citée au moins cinq fois, en disant par exemple « le Parlement s'est rangé du côté de la juge L'Heureux-Dubé » et « la position de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor* ». Vous donnez l'impression que nous avons cédé sous la pression pour introduire au système criminel une notion jusque-là inexistante, et que cette notion n'est pas la bienvenue, puisqu'elle pourrait empêcher la tenue d'un procès équitable pour l'accusé. Je ne crois pas qu'on ait omis le fait, quand la décision a été prise, que les femmes et les enfants qui doivent témoigner en cour sont placés dans une position difficile. Les infractions de nature sexuelle sont *sui generis*. Porter plainte pour une telle infraction est beaucoup plus risqué que de rapporter le vol d'une centaine de dollars. Le système doit reconnaître que les infractions de nature sexuelle sont des crimes uniques en leur genre. Il faut adapter le système de façon à protéger les femmes et les enfants qui se trouvent en position de vulnérabilité devant la personne accusée d'agression sexuelle. Vous ne semblez pas être sensible à cela dans votre exposé, à moins que je n'aie pas du tout compris votre position à cet égard.

M. Stuart : Je pense globalement que les dossiers en question devraient rarement être rendus accessibles; et c'est le cas dans le cadre du régime actuel. J'appuie le droit à la vie privée des plaignants dans les cas d'agression sexuelle, de la même façon que tous les juges de la Cour suprême l'ont fait en pareil cas. Ce qui pose problème, à mon avis, c'est la définition exacte de « droits à l'égalité » dans ce contexte précis.

Par exemple, si un homme adulte est accusé d'agression sexuelle à l'endroit d'un autre homme adulte, est-ce que cette personne peut se prévaloir des droits à l'égalité qui ont été instaurés à l'intention des femmes et des enfants? Sinon, pourquoi pas? Je crois que la réponse est que nous ne connaissons pas la réponse, parce que maintenant que nous avons reconnu les droits à l'égalité, il suffit d'appliquer les critères; les juges ne font cependant pas allusion à l'égalité.

C'est évidemment une question extrêmement délicate. Je souligne par ailleurs que je ne préconise pas une approche universelle. Je crois, par exemple, que nous devrions revenir, dans certaines circonstances, à une définition distincte d'« infraction de viol ». Je crois aussi qu'il faudrait tenir compte des commentaires formulés par le juge Binnie et changer la définition de « doute raisonnable », et vous connaissez sans doute la « formule *W.D.* ». Je n'ai pas de position unilatérale face à la question.

I also want to point out that your heartfelt and justifiable concern for the plight of the sexual assault victim applies equally to the plight of the domestic physical assault victim, also a deeply gendered offence, for which these special rules do not apply; and I am not quite sure why that is.

Senator Baker: In conclusion, I have one question. Mr. Stuart, your many annotations that accompany all of the judgments we see in Carswell have certainly been used by our courts over many years. You have played a major role in making law as well as in teaching law. I congratulate you on that.

For clarification, everyone, including you, has remarked that we do not have enough evidence as to the adjudications and the reasons given in the adjudications for these matters under review here today. When we pass the law, we put in section 276.2(4) of the Criminal Code — record of reasons — one sentence: “The reasons provided under subsection 3 shall be entered in the record of the proceedings or where the proceedings are not recorded . . .” — for example, in chambers — “. . . shall be provided in writing.”

We thought when we passed that law it would take care of the matter. There are not many instances in the Criminal Code where we demand that a judge provide reasons. As you point out, they must provide reasons for every judgment that is for appellate review. Yet we have identified in the Criminal Code now, and we continue to do so with greater frequency, that a judge must give reasons.

I think we did our job here when we passed this law, but you and every other witness has said, look, we cannot examine the judgments because we do not have the records pertaining to them. What do you suggest this committee do in our recommendations to provide the information that is so badly needed in order to adjudicate the effect of these provisions under review?

Mr. Stuart: Senator, I agree with you that if you demanded reasons, as Parliament did, you could not have done any more. It is just so difficult to imagine if you are a criminal court judge at the provincial court level, and my understanding is something like 95 per cent of all trials in Canada take place at the provincial court level. We have an increasingly experienced and knowledgeable bench at all provincial levels who seem to be the experts in criminal law, more perhaps than Superior Court judges, by training. Therefore, judges make a lot of these quick determinations all the day.

It is just that if I am a provincial court judge and I have a hearing on records in the afternoon, I have already got five other things to do that day for which I give reasons. Therefore, as a practical matter, my reasons will probably be quite short in all of the matters. I will abide by the parliamentary instructions on me, but they will be short.

The next question is, are they disseminated in any way? To get them into an electronic database, someone will have to order a transcript. That simply does not happen because even though the

Je comprends que vous vous inquiétiez du sort des victimes d'agression sexuelle, car c'est tout à fait justifié. Mais je tiens à souligner que le désarroi des victimes de violence conjugale, dans la grande majorité des femmes, est tout aussi grand. Et pourtant, ces règles spéciales ne s'appliquent pas à elles, et je ne suis pas certain de comprendre pourquoi.

Le sénateur Baker : Pour terminer, j'aurais une question à vous poser. Monsieur Stuart, vos nombreuses annotations qui accompagnent tous les jugements recensés dans le Carswell servent certainement à nos tribunaux depuis bien des années. Vous avez joué un rôle prépondérant dans le façonnement de la loi, de même que dans son enseignement. Je tiens à vous en féliciter.

Tout le monde a mentionné, et vous l'avez aussi souligné, que nous n'avons pas suffisamment de matériel en ce qui a trait aux décisions et aux motifs donnés pour les questions que nous étudions aujourd'hui. Je précise que lorsque la loi a été adoptée, le paragraphe 276.2(4) du Code criminel (forme) se lisait comme suit : « Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut... » — par exemple en chambre — « ... donnés par écrit. »

Au moment d'adopter la loi, nous pensions que cela réglerait le problème. Il y a très peu de circonstances dans lesquelles le Code criminel exige des juges de fournir les motifs de leurs décisions. Comme vous l'avez signalé, ils doivent fournir les motifs de toute décision rendue en appel. En vertu du Code criminel, les juges sont maintenant tenus de fournir leurs motifs, et c'est une exigence que l'on applique de plus en plus fréquemment.

Je pense que nous avons fait ce qu'il fallait quand nous avons adopté cette loi, mais vous, et tous les autres témoins, nous avez dit qu'il était impossible d'examiner les jugements, parce que les documents s'y rapportant ne sont pas disponibles. Selon vous, quelles recommandations pourrait formuler le comité afin que soit rendue disponible l'information qui est absolument nécessaire pour pouvoir se prononcer sur les effets des dispositions à l'étude?

M. Stuart : Monsieur le sénateur, je suis d'accord avec vous pour dire qu'il aurait dû suffire au Parlement d'exiger que les juges fournissent les motifs de leurs décisions. C'est simplement difficilement réalisable pour un juge d'une cour provinciale, et je crois que 95 p. 100 de toutes les audiences tenues au Canada le sont au niveau provincial. Les juges qui siègent aux tribunaux provinciaux sont de plus en plus expérimentés et, de par leur formation, semblent être des spécialistes du droit criminel, peut-être plus que les juges des cours supérieures. Ces juges sont donc appelés à rendre leurs décisions rapidement, au rythme de plusieurs par jour.

Supposons qu'un juge de la cour provinciale doive présider une audience en après-midi, mais qu'il a déjà cinq autres décisions à rendre cette même journée. Il est fort probable qu'il résume au plus court les motifs de toutes les décisions qu'il aura rendues cette journée-là. Il va suivre les directives du Parlement, mais il n'aura d'autre choix que de couper court.

Il faut aussi se demander si ces motifs sont diffusés de quelque manière que ce soit. Pour qu'ils soient consignés dans une base de données électronique, il faudrait que quelqu'un en commande la

aim of companies like Carswell — or Thomson Reuters, the one I work for — is to publish or get onto an electronic database everything that is said by any judge, there are tons of cases where they do not.

Take another example. One of the high-profile areas of Charter law is section 11(b) of the Charter, which is a stay for unreasonable delay. There are tons of applications and tons of rulings; not all of them result in being recorded somewhere.

Often when I, as an editor of this service, look at them, they are not worth recording because they are fact driven. They are applying proper principles; they just make a determination that there was an unreasonable delay in this particular case and stay the proceedings.

There is really nothing much to report, other than a judge, trying on the criteria given by the Supreme Court, decided in that case there was a delay in the proceedings — case stayed. It is a very high-profile issue in which the data is the not there either.

Again, senator, I think Parliament has stated its preference. I think the judges are presumably abiding by their duty to give reasons. They have also been aided in that respect by the Supreme Court, who wrote it down in *Mills* to say we do not have to consider every fact we have mentioned, and they are not.

Senator Baker: In other words, it is the adequacy of the reasons. You are absolutely right.

Mr. Stuart: Yes.

The Chair: Professor Stuart, that concludes today's hearing. On behalf all of my colleagues, I sincerely thank you for the detailed thought you put into this matter and the information you brought before us.

I must say, in some cases it is a new emphasis and new thoughts for us to consider. I can assure you we will give all of what you said serious consideration as we move toward the conclusion of our work. Once again, thank you very much. We look forward to seeing you perhaps providing us with assistance on another matter down the road.

Mr. Stuart: Thank you very much. Over the years, I have had great respect for the work of this committee.

The Chair: Colleagues, before adjourning, I remind you we will continue with our consideration of Bill C-46 tomorrow at 12 o'clock in this room. I look forward to seeing you at that time.

Senator Angus: I was wondering about the change of time. I must have missed something. Is that a new time for this committee now?

The Chair: Yes, it is. We have a videoconference witness tomorrow.

transcription. Ce n'est tout simplement pas ce qui se passe dans la réalité, car même si l'objectif d'entreprises comme Carswell ou Thomson Reuters, celle pour laquelle je travaille, est de publier ou de consigner électroniquement tout ce que disent les juges, il y a énormément de dossiers qui ne le sont pas.

Je vais vous donner un autre exemple. Le paragraphe 11(b) de la Charte, qui prévoit le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, est une partie importante de la Charte. C'est une disposition qui a été appliquée maintes et maintes fois, et une foule de jugements ont été rendus à cet égard, mais ils n'ont pas tous été consignés quelque part.

Souvent, quand j'examine ces cas à titre d'éditeur, je me rends compte qu'il n'est pas pertinent de les consigner, car ils reposent sur des faits. On y applique des principes clairs pour déterminer que l'audience n'a pas eu lieu dans un délai raisonnable et ainsi suspendre la poursuite.

Il n'y a rien vraiment à signaler, autrement que le juge s'est fondé sur les critères établis par la Cour suprême pour déterminer qu'il ne s'agissait pas d'un délai raisonnable et qu'il convenait de suspendre la poursuite. C'est un élément très important, mais nous n'avons pas de données consignées à ce sujet non plus.

Monsieur le sénateur, je crois encore là que le Parlement a indiqué ses préférences. Selon moi, les juges se conforment probablement à leur devoir de fournir les motifs de leurs décisions. Mais ils ont aussi l'appui de la Cour suprême à cet égard, qui a statué dans l'arrêt *Mills* que les juges n'avaient pas à entreprendre une évaluation de chacun des facteurs énumérés, et ce n'est pas ce qu'ils font.

Le sénateur Baker : Autrement dit, cela revient au bien-fondé des motifs. Vous avez absolument raison.

M. Stuart : Oui.

Le président : Monsieur Stuart, c'est ce qui conclut la séance d'aujourd'hui. Au nom de tous mes collègues, je vous remercie sincèrement d'avoir examiné la question de près et de nous avoir transmis ces renseignements aujourd'hui.

Je dois avouer que ce sont, dans certains cas, de nouvelles idées et un nouvel éclairage à prendre en compte pour nous. Je peux vous assurer que nous allons étudier consciencieusement ce que vous nous avez présenté avant de conclure notre examen. Encore une fois, merci beaucoup. Peut-être que nous pourrions de nouveau faire appel à vous dans le cadre d'une autre étude.

M. Stuart : Merci beaucoup. J'ai toujours respecté le travail de votre comité au fil des ans.

Le président : Chers collègues, avant de lever la séance, je vous rappelle que nous poursuivons notre étude du projet de loi C-46 demain à midi, dans la même salle. Nous nous revoyons donc demain midi.

Le sénateur Angus : Je crois avoir manqué quelque chose à propos du changement d'heure. Est-ce le nouvel horaire du comité?

Le président : C'est exact. Nous aurons un témoin en vidéoconférence demain.

Senator Angus: Is it just for the one day?

The Chair: Yes. We will have our same times in following weeks.

(The committee adjourned.)

OTTAWA, Thursday, November 17, 2011

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 12:03 p.m. to examine and report on the provisions and operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30.

Senator John D. Wallace (*Chair*) in the chair.

The Chair: Colleagues, we will commence this meeting. Good afternoon, and welcome to each of you and to our invited guest, whom I will be introducing to you in just a moment and who is appearing today by videoconference. I am Senator Wallace, from New Brunswick, and I am the chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

As committee members are aware, we are here today for our third meeting of this parliamentary session to examine and report on the provisions and operations of Bill C-46, An Act to amend the Criminal Code in respect of the production of records in sexual offence proceedings.

In 1997, in response to the Supreme Court of Canada decision in *R. v. O'Connor*, Parliament enacted Bill C-46. In doing so, it created the present legislative framework set out in sections 278.1 to 278.91 of the Criminal Code.

Bill C-46 was intended to strengthen the protection of the privacy and equality rights of complainants in cases involving sexual offences by restricting the production of records to the accused that are held by third parties. The bill incorporated a list into the Criminal Code of reasons deemed to be insufficient for granting access to personal or therapeutic records, along with the factors that a judge must consider in determining whether the records should be produced, including the right to privacy and equality of the complainant, and the accused's right to make a full answer in defence.

The preamble to the bill stressed Parliament's concerns about sexual violence against women and children, and the need to encourage victims to report sexual offences. It stated that the fear that personal information would be made public had a deterrent effect on victims who might otherwise have reported sexual assaults to the authorities and sought necessary treatment.

This committee received an order of reference from the Senate on October 4, 2011, to examine the provisions and operations of the act. In the last parliamentary session, this committee held two meetings on this issue and received evidence from a number of witnesses.

Le sénateur Angus : Donc, ce n'est que pour demain?

Le président : Oui. L'horaire régulier reprendra pour les semaines suivantes.

(La séance est levée.)

OTTAWA, le jeudi 17 novembre 2011

Le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 12 h 3 afin d'examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30.

Le sénateur John D. Wallace (*président*) occupe le fauteuil.

Le président : Chers collègues, notre réunion commence. Bonjour et bienvenue à chacun d'entre vous et à notre invité, que je vais vous présenter dans un petit moment, qui témoignera aujourd'hui par vidéoconférence. Je suis le sénateur Wallace du Nouveau-Brunswick et je préside le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Comme vous le savez, nous sommes ici aujourd'hui pour notre troisième réunion de la présente session parlementaire afin d'examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application du projet de loi C-46, Loi modifiant le Code criminel relative à la communication des dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel.

En 1997, en réponse à la décision de la Cour suprême du Canada (CSC) dans *R. c. O'Connor*, le Parlement a adopté le projet de loi C-46, créant ainsi le cadre législatif actuel, énoncé aux articles 278.1 à 278.91 du Code criminel.

Le projet de loi C-46 visait à renforcer la protection de la vie privée et à garantir les droits à l'égalité des plaignants dans des causes relatives à des infractions d'ordre sexuel en limitant la communication à l'accusé des dossiers privés détenus par des tiers. Le projet de loi a inscrit dans le Code criminel la liste des motifs jugés insuffisants pour obtenir l'accès à des dossiers personnels ou thérapeutiques, ainsi que les facteurs que le juge doit considérer pour déterminer si les dossiers doivent être communiqués ou pas, notamment les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant et les droits de l'accusé à une défense pleine et entière.

Dans le préambule du projet de loi, on insistait sur les préoccupations du Parlement au sujet de la violence sexuelle contre les femmes et les enfants et sur la nécessité d'encourager les victimes à dénoncer les infractions d'ordre sexuel. On y indiquait que les victimes d'agression sexuelle ne dénonçaient pas de tels actes et se privaient des services de traitement de crainte de voir leur vie privée étalée sur la place publique.

Notre comité a reçu un ordre de renvoi du Sénat le 4 octobre 2011 afin d'examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application de la Loi modifiant le Code criminel. Au cours de la dernière session parlementaire, le comité a organisé deux réunions et a entendu un grand nombre de témoins.

During the past four weeks, we have also heard from Jennifer Stoddart, Privacy Commissioner of Canada, as well as four separate organizations that are involved with matters concerning the prevention of sexual assaults and the provision of services to victims of sexual assaults. In addition, we have had Mr. Phil Downes, the director of the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, and yesterday we heard from Professor Donald Stuart, from the faculty of law at Queen's University.

Today, colleagues, I am very pleased to welcome to our committee, by video conference, the Honourable Andrew Swan, Minister of Justice and Attorney General for the Province of Manitoba. Minister, welcome, and we deeply appreciate you taking the time from your hectic schedule to be with us today.

Hon. Andrew Swan, M.L.A., Minister of Justice and Attorney General, Government of Manitoba: Good morning. I do thank the members of the committee for the opportunity to present to you today on what we think is an important issue. I am speaking to you from a courtroom in Winnipeg's law courts building, across the street from our provincial legislature. I cannot resist telling you I am also four blocks away from the MTS Centre, where our Winnipeg Jets are taking the ice tonight.

It is a privilege to speak to this committee about the sections of the Criminal Code dealing with the production of third-party records of complainants in sexual assault trials. It is Manitoba's position that the amendments to the Criminal Code enacted in 1997 do indeed represent a fair and reasonable balance between the right of an accused to make a full defence, and the right of a complainant not to be subjected to an unreasonable and invasive search or even a fishing expedition of their personal history. Manitoba takes the prevention and prosecution of sexual assaults very seriously and is committed both to supporting victims and to removing obstacles to victims' coming forward when assaults occur.

I thank the committee for sending along some very detailed questions respecting the financial support of complainants faced with an application, which I will simply refer to as a section 278 application throughout my presentation. I will address your specific questions after some basic background on how these situations are handled in Manitoba.

Our system in Manitoba is quite simple. Where the Crown attorney becomes aware that there will be a section 278 application being made, the Crown attorney refers the case to victim services if victim services is not already providing assistance to the complainant.

The complainant will then be provided with independent counsel for the purposes of the application. The cost of that counsel will be fully covered by Manitoba Justice, separate and

Au cours des quatre dernières semaines, nous avons notamment entendu le témoignage de madame Jennifer Stoddart, commissaire à la protection de la vie privée, ainsi que ceux des représentants de quatre autres organismes distincts qui s'occupent de questions relatives à la prévention des agressions sexuelles et à la prestation de services aux victimes d'agression sexuelle. De plus, nous avons également entendu M. Phil Downes, directeur du Conseil canadien des avocats de la défense, et, hier, M. Donald Stuart, professeur à la faculté de droit de l'Université Queen's.

Aujourd'hui, mes chers collègues, j'ai le plaisir d'accueillir à notre comité, par vidéoconférence, l'honorable Andrew Swan, ministre de la Justice et procureur général du Manitoba. Monsieur le ministre, nous vous souhaitons la bienvenue et nous vous sommes très reconnaissants d'avoir accepté notre invitation aujourd'hui, en dépit de votre emploi du temps très chargé.

L'honorable Andrew Swan, M.L.A., ministre de la Justice et procureur général du gouvernement du Manitoba : Bonjour. Je remercie beaucoup les membres du comité de me donner l'occasion, aujourd'hui, de faire une déclaration au sujet d'une question que nous jugeons importante. Je vous parle depuis une salle d'audience du Palais de justice de Winnipeg, qui se trouve en face de notre Assemblée législative provinciale. Je ne peux pas résister à l'envie de vous dire que je suis également à quatre coins de rue du MTS Centre où nos Winnipeg Jets vont jouer ce soir.

Je suis heureux de m'exprimer devant votre comité au sujet des articles du Code criminel relatifs à la communication des dossiers privés détenus par des tiers dans les poursuites pour agression sexuelle. La position du Manitoba est que les modifications apportées au Code criminel et promulguées en 1997 constituent certainement un équilibre juste et raisonnable entre les droits d'un accusé à une défense pleine et entière et les droits du plaignant à ne pas être soumis à une enquête envahissante, voire même à une véritable intrusion dans sa vie personnelle. Le Manitoba prend très au sérieux la prévention des agressions sexuelles et les poursuites en la matière, et s'engage à la fois à soutenir les victimes d'agression sexuelle et à éliminer les obstacles qui pourraient empêcher les victimes de dénoncer les agressions lorsqu'elles surviennent.

Je remercie le comité de m'avoir envoyé des questions très détaillées au sujet du soutien financier que reçoivent les victimes qui font face à une demande de communication de dossiers personnels, que je nommerai simplement « demande en vertu de l'article 278 » pendant toute ma déclaration. Je répondrai à vos questions après avoir donné de l'information de base sur la façon dont ces situations sont gérées au Manitoba.

Notre système au Manitoba est très simple : lorsque l'avocat de la Couronne sait qu'une demande sera présentée en vertu de l'article 278, il transmet l'affaire aux services aux victimes si ces derniers ne s'occupent pas déjà du plaignant.

Le plaignant reçoit alors les services d'un avocat indépendant pour discuter de la demande en vertu de l'article 278. Les honoraires pour ces services sont entièrement défrayés par le

apart from our legal aid system. Any complainant, regardless of means, receives this assistance from the Province of Manitoba.

I have spoken with our Crown attorneys, and they report that these appointments are generally seamless. They rarely generate any delay in the matter proceeding to the trial. There are a small number of private lawyers in Manitoba who have developed expertise in this area. They wind up handling most of these cases on behalf of complainants. I am advised that since the provision came into force, there have been to date 128 section 278 applications dealt with in this way in Manitoba.

That is the basic background. I will now turn to some of the specific questions forwarded by the committee.

Because referrals are commenced by our Crown attorneys, judges in Manitoba do not play any active role in arranging for counsel. Your committee asked about when in the proceedings the representation would begin. My understanding of section 278.3 of the Criminal Code is that an application for the production of records may only be made to the trial judge. While Crown attorneys commence the referral as soon as it is known that the production of records will be an issue, outside counsel would generally only appear on the motion heard by the trial judge.

Your committee asked for more detail on how the assistance of outside counsel is provided. Manitoba, although a growing province, has a relatively small and generally cooperative bar, and there is a limited number of private lawyers who have made themselves available to do this type of work. Our civil legal services branch will arrange for the retainer, making it clear that the complainant is the client and accordingly provides instructions to the outside counsel.

Your committee also asked whether financial support is available to cover the cost of legal representation for third-party record holders who wish to appear or to intervene in sexual assault cases in proceedings related to the production of records that they hold. Manitoba would not generally provide financial support to these individuals or entities. I am not aware of the cost of representation for a third party ever being an issue in any Manitoba case to date.

The balance of your questions would apply to jurisdictions where assistance is provided within the legal aid system, so I will not comment on that or on what other provinces or territories may do.

In summary, it is Manitoba's position that sections 278.1 to 278.9 of the Criminal Code represent a reasonable balance between the rights of the complainant and the rights of the accused. In Manitoba, we have made the policy decision to make our Crown attorneys responsible for flagging cases where a section 278

ministère de la Justice du Manitoba et non par le programme d'aide juridique qui est distinct. Tout plaignant, quels que soient ses moyens, reçoit cette aide de la province du Manitoba.

Lors d'une discussion, nos procureurs de la Couronne m'ont fait savoir que ces rendez-vous ne présentent généralement aucun problème et occasionnent rarement des retards dans les poursuites. Il y a peu d'avocats en pratique privée au Manitoba qui ont développé une expertise dans ce domaine et ce sont donc les mêmes qui finissent par gérer la plupart de ces dossiers au nom des plaignants. On me dit que, depuis l'entrée en vigueur de ces dispositions, il y a eu à ce jour 128 demandes présentées en vertu de l'article 278 qui ont été traitées de cette façon au Manitoba.

Voilà pour l'information de base. Je voudrais maintenant répondre à quelques-unes des questions très précises envoyées par le comité.

Étant donné que ce sont les procureurs de la Couronne qui transmettent l'affaire aux services aux victimes au Manitoba, les juges ne jouent pas un rôle actif pour transmettre le dossier à l'avocat. Votre comité a demandé à quel moment pendant les poursuites commence la représentation juridique. D'après ce que je comprends de l'article 278.3 du Code criminel, une demande relative à la communication des dossiers ne peut être présentée qu'au juge du procès. Les procureurs de la Couronne transmettent le dossier dès qu'ils savent que la communication des dossiers sera un problème, mais les avocats indépendants n'interviennent généralement que lors de la requête instruite par le juge du procès.

Votre comité a demandé de plus amples renseignements sur la façon dont l'avocat indépendant fournit son aide. Le Manitoba, en dépit de la croissance de sa population, a un barreau relativement petit où les avocats sont généralement coopératifs. Par ailleurs, la province compte peu d'avocats en pratique privée disponibles pour ce genre de travail. La Direction du contentieux civil s'occupe du mandat de représentation en justice et elle fait clairement savoir que le plaignant est le client; elle fournit des instructions en conséquence à l'avocat indépendant.

Votre comité a également demandé si un soutien financier était disponible pour couvrir les frais d'avocat pour les tiers détenant des dossiers qui voudraient apparaître ou intervenir dans les affaires d'agression sexuelle au sujet des dossiers qu'ils détiennent. Le Manitoba ne fournit pas normalement de soutien financier à de telles personnes ou à de tels organismes. À ma connaissance, les frais d'avocat n'ont jamais posé de problème à un tiers dans une quelconque affaire au Manitoba jusqu'à ce jour.

Vos autres questions s'appliquent à des provinces ou à des territoires où l'aide est fournie dans le cadre du programme d'aide juridique, je ne ferai pas de commentaires à ce sujet ni sur les pratiques d'autres provinces ou territoires.

En résumé, nous pensons, au Manitoba, que les articles 278.1 à 278.9 du Code criminel permettent d'équilibrer de façon raisonnable les droits de la victime et les droits de l'accusé. Au Manitoba, nous avons décidé de rendre nos procureurs de la Couronne responsables du signalement des cas où une demande sera présentée en vertu de

application is made; and our victim services workers then assist complainants and arrange, through civil legal services, for outside counsel.

We believe this is the right thing to do in order to protect individual complainants. We also believe it is the right thing to do to prevent any chilling effect that you spoke about in your opening comments, to ensure that complainants do feel comfortable coming forward and raising allegations.

I will be pleased to try to answer any questions that you may have, but on behalf of Manitobans, thank you for allowing me to participate this morning.

The Chair: Thank you very much, Minister Swan. Those comments will be very helpful to us.

We will now turn to questions from our senators, starting with the deputy chair, Senator Fraser.

Senator Fraser: This has been an extremely interesting presentation. You have an impressive system and it is helpful to us to hear about it.

How long has this system been in operation? Is it still fairly new, or did it start as soon as we got the section 278 scheme in place?

Mr. Swan: I do not have the answer to that question. All I was given was the total number of cases, which works out to roughly 10 per year in Manitoba. I do not know when this more formal policy was put into place.

Senator Fraser: If it is 128 and 10 per year, arithmetic would suggest we can get to the answer that way, roughly speaking.

Do you have any information you can give us about how much it costs for your victim services to provide this legal counsel?

Mr. Swan: No, I do not have a cost breakdown. Again, it is a relatively modest number of cases per year. Generally, civil legal services would retain lawyers within a reasonable range in Manitoba for those lawyers to do the work. Again, because the lawyers would only appear on a motion before the trial judge, the actual time is relatively limited.

It is not a big concern for the Province of Manitoba. We think the relatively modest cost is worth it to protect complainants in sexual assault cases.

Senator Fraser: Would I be right in assuming that the policy reason for doing this through civil legal services rather than through legal aid would be that it is seen as inappropriate to apply a means test for complainants in need of this service? You say any complainant, regardless of their means, receives this assistance. That sounds to me like a policy view that this is just something that you should provide.

l'article 278. Nos professionnels des services aux victimes interviennent ensuite auprès des plaignants et les aident, par l'intermédiaire de la Direction du contentieux civil, à trouver un avocat indépendant.

Nous pensons que c'est une bonne façon de procéder pour protéger les plaignants. Nous pensons que c'est également une bonne façon pour éviter l'effet dissuasif, dont vous avez parlé à l'ouverture de la séance, et amener les plaignants à se sentir suffisamment à l'aise pour dénoncer une agression et porter plainte.

Je serai heureux d'essayer de répondre à toutes vos questions et, au nom des Manitobaines et des Manitobains, je vous remercie de m'avoir invité à participer à cette réunion ce matin.

Le président : Je vous remercie beaucoup, monsieur Swan. Vos commentaires nous seront très utiles.

Nous allons maintenant céder la parole à nos sénateurs, à commencer par la vice-présidente, le sénateur Fraser.

Le sénateur Fraser : Votre exposé a été extrêmement intéressant. Vous avez un système remarquable et il était très utile d'en savoir plus à son sujet.

Depuis quand ce système fonctionne-t-il? Est-il relativement nouveau ou a-t-il été mis en place lors de la promulgation de l'article 278?

M. Andrew Swan : Je n'ai pas la réponse à cette question. Tout ce qu'on m'a donné, c'est le nombre total de cas, c'est-à-dire environ 10 cas par an au Manitoba. Je ne sais pas quand cette politique plus officielle a été mise en place.

Le sénateur Fraser : Si les chiffres sont bien de 128 et de 10 par an, avec un petit calcul nous pourrions avoir une réponse approximative.

Avez-vous de l'information à nous donner sur les coûts engagés par vos services aux victimes pour offrir les services d'un avocat?

M. Swan : Non, je n'ai pas le détail des coûts. Encore une fois, le nombre de cas par année est relativement petit. En général, la Direction du contentieux civil retient les avocats spécialisés dans ce domaine dont les honoraires sont raisonnables. De nouveau, étant donné que les avocats n'apparaissent que sur requête devant le juge du procès, le temps passé à représenter le client est relativement court.

Ce n'est pas un gros problème pour la province du Manitoba. Nous pensons que le coût relativement faible engagé est peu de chose pour protéger les plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

Le sénateur Fraser : Si je ne m'abuse, la raison pour laquelle votre politique utilise la Direction du contentieux civil plutôt que le programme d'aide juridique est qu'il n'est pas considéré approprié de faire subir un examen des ressources aux plaignants qui ont besoin de ce service. Vous dites que tout plaignant, quels que soient ses moyens, reçoit cette aide. Il me semble qu'il s'agit d'une politique qui considère que c'est quelque chose que l'on doit tout simplement offrir.

Mr. Swan: We would see it more as a function of our victim services here in the Province of Manitoba, and not a function of our legal aid system.

Senator Runciman: You talked about this being separate from the legal aid program itself. What is the rationale behind that? Why is it not part of the legal aid program?

Mr. Swan: I think Senator Fraser's question and response may provide that answer. In Manitoba, victim services are provided to victims of crime; we do not have a means test. We would see providing this type of protection to a complainant in a sexual assault case as being a function of victim services. In Manitoba, we do not think it appropriate that you would have to apply for legal aid and have your financial means affect your ability to have counsel represent you.

Senator Runciman: The criteria are different in that one respect in terms of qualifying for assistance.

Do you assign a private sector lawyer to this, or does the complainant have any role to play with respect to the selection of whoever will be representing the complainant?

Mr. Swan: I am advised by counsel that there is a relatively small group of lawyers in Manitoba who have developed some expertise in this work. Given the number of cases, there would not be a stable of lawyers that do this kind of work. It is a small enough community that civil legal services would be comfortable with the lawyers in there.

I do not know if they actually discuss a particular lawyer with the complainant. I know that the individuals that they would pay for would be people we would trust to do the work for complainants in a sensitive but effective manner.

Senator Runciman: Is it the legal aid rate that would apply, or is there a separate billing process? Is there any cap on the dollars these individuals can charge? How do you approach that issue?

Mr. Swan: There is a tariff for civil legal services to retain outside counsel. It is not connected to the legal aid rate.

Senator Runciman: How does it compare with the legal aid rate?

Mr. Swan: It would be higher than the legal aid rate.

Senator Runciman: As we talked about yesterday, one of the primary goals of the legislation was to encourage reporting of incidents of this nature. You are suggesting 10 per year in Manitoba. What impact do you think the legislation has had, if any, in that regard? Do you have any views on that?

Mr. Swan: I believe the legislation has made it more likely that a complainant will be prepared to come forward. I think it was intended to prevent the chilling effect of someone having their personal and therapeutic records put before a court. Frankly, I

M. Swan : Au Manitoba, nous considérons qu'il s'agit plus d'un rôle propre aux services aux victimes qu'au programme d'aide juridique.

Le sénateur Runciman : Vous avez mentionné que ce service était distinct du programme d'aide juridique. Pour quelle raison? Pourquoi ça ne fait pas partie du programme d'aide juridique?

M. Swan : Je pense que ma réponse à la question du sénateur Fraser pourrait répondre à votre question. Au Manitoba, les services aux victimes sont fournis à des victimes de crimes; nous ne procédons pas à un examen des ressources. Nous considérons que c'est aux services aux victimes d'offrir ce type de protection aux victimes dans des cas d'agression sexuelle. Au Manitoba, nous ne pensons pas qu'il soit approprié qu'une personne doive demander de l'aide juridique dans un tel cas et que ses moyens financiers l'empêchent d'être représentée par un avocat.

Le sénateur Runciman : Les critères sont différents dans ce cas pour ce qui est de l'admissibilité à l'aide.

Est-ce que vous assignez un avocat en pratique privée dans un cas d'agression sexuelle ou le plaignant a-t-il un rôle à jouer en ce qui concerne le choix de l'avocat qui le représentera?

M. Swan : On m'a informé que seul un petit groupe d'avocats a développé de l'expertise dans ce domaine au Manitoba. Étant donné le nombre de cas, il n'y a pas des milliers d'avocats pour faire ce genre de travail. C'est un groupe d'avocats suffisamment petit pour que la Direction du contentieux civil se sente à l'aise avec les avocats qui s'y trouvent.

Je ne sais pas si la Direction du contentieux civil discute en fait du choix d'un avocat particulier avec le plaignant, mais je sais que les personnes qu'elle retiendrait et rémunérerait pour ce service auraient toute notre confiance pour faire le travail pour les plaignants de façon adéquate et efficace.

Le sénateur Runciman : C'est le taux du programme d'aide juridique qui s'appliquerait ou avez-vous un processus de facturation distinct? Avez-vous un plafond pour les honoraires que peuvent facturer ces avocats? Comment traitez-vous cet aspect?

M. Swan : La Direction du contentieux civil applique un tarif pour les avocats indépendants. Il n'est pas lié au taux du programme d'aide juridique.

Le sénateur Runciman : Est-il inférieur ou supérieur au taux du programme d'aide juridique?

M. Swan : Il est supérieur à celui du programme d'aide juridique.

Le sénateur Runciman : Comme nous le disions hier, l'un des premiers objectifs des dispositions législatives était d'encourager la déclaration d'incidents de cette nature. Vous parlez de 10 cas par an au Manitoba. Quelles conséquences pensez-vous que ces dispositions ont eues à cet égard, le cas échéant? Quel est votre point de vue à ce sujet?

M. Swan : Je pense qu'elles ont augmenté les chances que les victimes signalent ces agressions. Je pense qu'elles avaient pour but de prévenir la crainte chez les victimes de voir débiter leurs dossiers personnels et thérapeutiques devant un tribunal.

think it prevents someone who is a victim of a sexual assault from feeling that they will be victimized again when they testify in court and go through the proceedings. I think it has been a positive thing for people coming forward to make complaints.

Senator Runciman: You mentioned victim services, but is there a more significant approach to making the general public more aware of the availability of counsel in situations like this? We have heard from a number of our witnesses about education and a lack of awareness of the availability of assistance in situations like this. Is your government doing anything to promote awareness of this assistance that is provided?

Mr. Swan: Sure. In Manitoba, the Crown attorneys are really the gatekeepers. In a situation like this, it could be well into a proceeding before it becomes apparent that a section 278 application will be made. The Crown attorney, who has the contact with the victim in most cases, would then take the necessary steps to ensure victim services is involved.

As I said earlier, the person may already have a victim services worker. If the complainant is under the age of 18, they will automatically receive victim services. If it is a sexual assault that is of a very serious type, they may also already have a victim services worker.

It seems to work well within the proceedings to have it done this way in the Province of Manitoba.

Senator Runciman: There is no broader dissemination to churches, medical facilities, doctors and others who may be working with victims who may approach them initially rather than going to a sexual assault centre, for example? Nothing like that occurs?

Mr. Swan: Not specifically from Justice. I expect there is other information available out there. Of course, we do take the issue of sexual assault very seriously, and there is information available at crisis centres and hospitals. Whether it specifically relates to the possibility of a future section 278 application, I must admit I do not know.

Senator Runciman: I am no expert in this. Perhaps someone else can elaborate. Our witness yesterday, who was a law professor at Queen's, talked about his concern about the crime of rape being lumped in with all of the various crimes that can be lumped under the heading of sexual assault. He felt, because of the seriousness of that particular crime, there should be some distinction with respect to how we approach this issue. I wonder if you have given that any thought.

Franchement, je crois que cela empêche une personne victime d'une agression sexuelle de penser qu'elle va être de nouveau victimisée lorsqu'elle témoignera en cour et pendant toute la durée du procès. Je pense que c'est une bonne chose pour que les gens viennent dénoncer les agressions et déposent plainte.

Le sénateur Runciman : Vous avez mentionné les services aux victimes, mais utilisez-vous une approche plus globale pour sensibiliser davantage le public à l'offre de services de représentation juridique dans des situations similaires? Un certain nombre de nos témoins ont parlé de sensibilisation et du manque d'information sur les services disponibles pour ce type de problèmes. Est-ce que votre gouvernement fait quelque chose pour sensibiliser davantage le public à l'existence de cette aide?

M. Swan : Bien entendu. Au Manitoba, les procureurs de la Couronne jouent véritablement le rôle de protecteurs du public. Dans une situation pareille, les poursuites pourraient être bien avancées avant qu'on se rende compte qu'une demande sera présentée en vertu de l'article 278. Le procureur de la Couronne, qui est en contact avec la victime dans la plupart des cas, prendrait alors les mesures nécessaires pour s'assurer que les services aux victimes sont informés et qu'ils font leur travail.

Comme je l'ai déjà dit, la personne pourrait déjà recevoir l'aide d'un professionnel des services aux victimes. Si le plaignant a moins de 18 ans, il reçoit automatiquement l'aide des services aux victimes. S'il s'agit d'une agression sexuelle très grave, les victimes pourraient également déjà bénéficier des services d'un professionnel des services aux victimes.

Notre façon de faire semble bien fonctionner pendant les poursuites dans la province du Manitoba.

Le sénateur Runciman : Vous ne diffusez pas l'information de façon plus large, aux églises, aux cliniques médicales, aux médecins et à d'autres personnes ou organismes avec qui les victimes pourraient communiquer en premier lieu au lieu de se rendre dans un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle par exemple? Il n'y a rien de la sorte qui est fait?

M. Swan : Pas vraiment en ce qui concerne le ministère de la Justice, mais j'imagine qu'il existe d'autres sources d'information disponibles. Bien sûr, nous prenons la question des agressions sexuelles très au sérieux et de l'information est diffusée dans les centres de crise et dans les hôpitaux. Je dois admettre, cependant, que je ne sais pas si cela relèverait d'une possible demande de communication en vertu de l'article 278 dans le futur.

Le sénateur Runciman : Je ne suis pas expert en la matière, mais peut-être que quelqu'un d'autre pourrait mieux développer cet aspect que moi. Notre témoin d'hier, qui est professeur de droit à l'Université Queen's, a parlé de son inquiétude de voir le crime de viol assimilé à toutes sortes de crimes qui entrent dans la catégorie des agressions sexuelles. Il pensait qu'en raison de la gravité de ce crime particulier, nous devrions faire des distinctions pour traiter cette question. Je me demandais si vous aviez songé à cela.

Mr. Swan: No. My appearance today is intended to deal with these specific sections and our support for having them continue.

Senator Baker: Welcome to our committee Mr. Swan. Are you a lawyer yourself?

Mr. Swan: Yes, I am. I practised 14 years before being elected.

Senator Baker: What branch of law did you practise?

Mr. Swan: Family law.

Senator Baker: In the practice of family law, if a third party held the records being sought, and the court felt that legal representation would be warranted for those people who held the records, the judge could make a determination and order legal representation at the Attorney General's rates.

As we had explained to us yesterday, 95 per cent of the cases go before provincial court. The Crown, in these particular cases, invariably selects the summary conviction route. Therefore an accused would not have an election to a higher court to have the trial take place.

Do you have any thoughts in order to correct this imbalance? In other words, if you are before a superior court — if you were the holder of records — you could make representation for legal costs to be paid. If you are before a provincial court, you could not do so. If you wanted state-funded legal costs you would have to apply to the legal aid system that is in effect.

Do you have any objections or thoughts about a recommendation made to this committee that we should recommend that legal costs be paid for those persons who hold the records being sought under this 278 application?

Mr. Swan: From my investigations in preparing for this submission today, all I can tell you is I am not aware of any case in Manitoba where costs for a third party have been an issue. You speak a bit about family law and criminal law. In the family law circumstance you have two parties, each with their own interests and means. The criminal system is a little different. Generally we expect the state will take on the prosecution of a case. At the same time, the complainant may be receiving victim services. I cannot tell exactly what Parliament was thinking in 1997. However, I believe they were stepping in perhaps to try and equalize the playing field a little bit when an accused was to step up and demand a whole series of records, which may only be a fishing expedition and damaging to the individual.

I am not sure I have answered your question. The point you raised really has not come to my attention or to the attention of the Crown attorneys in Manitoba familiar with these cases since this law was enacted.

M. Swan : Non, je suis ici aujourd'hui pour parler des articles 278(1) à 278(91) et faire savoir que nous désirons qu'ils continuent d'être appliqués à l'avenir.

Le sénateur Baker : Bienvenue à notre comité, monsieur Swan. Êtes-vous vous-même avocat?

M. Swan : Oui, j'ai exercé la profession d'avocat pendant 14 ans avant d'être élu.

Le sénateur Baker : Dans quelle branche du droit exerciez-vous?

M. Swan : Le droit de la famille.

Le sénateur Baker : Dans le droit de la famille, si des tiers détiennent les dossiers demandés et que le tribunal pense qu'une représentation juridique est justifiée pour ces personnes détenant les dossiers, le juge peut trancher la question et ordonner une représentation juridique aux taux du procureur général.

Comme on nous l'a expliqué hier, 95 p. 100 des affaires sont traitées devant un tribunal provincial. La Couronne, dans ces cas particuliers, choisit normalement toujours la procédure sommaire. Un accusé ne pourrait donc pas comparaître devant une cour supérieure pour le procès.

Avez-vous des idées pour corriger ce déséquilibre? En d'autres termes, si vous étiez devant une cour supérieure — en tant que détenteur des dossiers — vous pourriez obtenir le paiement des frais d'avocat. Si vous étiez devant un tribunal provincial, vous ne le pourriez pas. Si vous vouliez que les frais d'avocat soient payés par l'État, vous devriez faire une demande au programme d'aide juridique existant.

Avez-vous des objections à soulever ou des idées à nous donner au sujet d'une recommandation faite à notre comité de faire payer les frais d'avocat pour les tiers détenant des dossiers demandés en vertu de l'article 278?

M. Swan : D'après les recherches que j'ai effectuées pour préparer ma déclaration d'aujourd'hui, tout ce que je peux vous dire, c'est que je ne suis pas au fait de cas où les frais d'avocat pour un tiers ont présenté un problème au Manitoba. Vous avez parlé un peu de droit de la famille et de droit criminel. Dans le cas du droit de la famille, vous avez deux parties, chacune ayant ses propres intérêts et moyens. Le système criminel est un peu différent : en général, nous nous attendons à ce que l'État se charge des poursuites dans une affaire et, dans le même temps, le plaignant peut recevoir des services aux victimes. Je ne peux pas dire à quoi le Parlement pensait exactement en 1997, mais je pense qu'il est intervenu pour essayer d'égaliser un peu le terrain lorsqu'un accusé passait à l'attaque et demandait toute une série de dossiers, dans ce qui pouvait être simplement une recherche d'information à l'aveuglette destinée à nuire à la victime.

Je ne suis pas sûr d'avoir répondu à votre question, mais le point que vous avez soulevé n'a vraiment pas attiré mon attention ou celle des procureurs de la Couronne du Manitoba habitués à traiter ces cas depuis la promulgation de la loi.

Senator Baker: I was simply pointing out that in family law you are correct. There are two parties. However, there are often three parties involved — the children. That sometimes requires a court to make a determination, depending on the age of the children, as to whether or not they require legal representation, as you are undoubtedly aware. If this appears in family court, there is a jurisdiction that the judge has to appoint legal counsel. I see you nodding and understanding this.

Mr. Swan: Yes.

Senator Baker: This is quite different. You say that you are not in favour of having the province responsible for the appointment of legal representation for those persons who hold the records being sought. Generally, you are saying you do not have evidence that there is need for this to be in place. That is your position. Would it not fall back to the province? If legal services are provided, either through the Attorney General's department or legal aid, that comes out of your budget. Is that not correct?

Mr. Swan: Either way, it winds up being paid by the taxpayers of Manitoba.

Maybe it would be helpful for me if you can flesh out a situation where a third-party record holder would have a strong position one way or the other to provide records. On a policy basis, the reason why we generally pay for this coverage is to protect the complainant in a sexual assault case. Perhaps it would be helpful if you could give me some specific examples.

Senator Baker: We had representation from organizations who are involved in this field. They suggested to us that they do not have the means to hire lawyers to protect the records that they have. They want to have a say in the court proceedings. On occasion in case law, you will sometimes see four lawyers involved in this section 278: the Crown, the defence, one for the victim and one for the organization from whom the records are being sought. I think that was their point.

Getting back to your submission, the rates are at the Attorney General rates, which are higher than the legal aid rates, as the former solicitor general for Ontario put to you, Senator Runciman. The person or victim involved does not have a choice of lawyers. Is that what your policy is?

Mr. Swan: I would not phrase it that way. It is a pretty collegial bar in Manitoba. Civil Legal Services are the government lawyers who arrange for the retainer. There would be a pretty small number of lawyers who do this sort of work. Obviously, if there was a conflict, a problem that a complainant expressed or a concern, then they do everything they could to find another person. It is a small group of lawyers from among whom one would be selected.

Le sénateur Baker : Je voulais juste souligner que, dans le cadre du droit de la famille, vous avez raison : il y a deux parties. Cela étant dit, il y a souvent trois parties concernées — les enfants. Comme vous le savez, cette situation oblige parfois le tribunal à décider, selon l'âge des enfants, s'ils ont besoin d'une représentation juridique. Si cela survient au tribunal de la famille, le juge doit nommer un avocat. Je vois que vous faites un signe de tête affirmatif et que vous comprenez donc ce que je dis.

M. Swan : Oui.

Le sénateur Baker : C'est très différent. Vous dites qu'à votre avis, la province ne doit pas avoir la responsabilité de nommer un avocat pour les détenteurs des dossiers demandés. Vous dites plus ou moins que vous n'avez pas de preuves qu'un tel besoin existe pour mettre en place un mécanisme de ce type. C'est votre opinion, mais n'est-ce pas le rôle de la province? Que les services de représentation juridique soient offerts par le service du procureur général du Manitoba ou le programme d'aide juridique, l'argent sort du même budget, n'est-ce pas?

M. Swan : Dans les deux cas, ce sont les contribuables du Manitoba qui paient.

Peut-être que ça pourrait m'aider si vous me donniez un exemple précis d'un détenteur de dossiers tiers qui aurait son mot à dire d'une façon ou d'une autre en ce qui concerne la communication des dossiers. La raison pour laquelle nous finançons généralement cette couverture est de protéger le plaignant dans une affaire d'agression sexuelle. Vous pourriez peut-être me donner quelques exemples précis.

Le sénateur Baker : Nous avons eu des témoignages d'organismes œuvrant dans ce domaine. Ils nous ont laissé entendre qu'ils n'ont pas les moyens d'engager des avocats pour protéger les dossiers qu'ils détiennent. Ils veulent avoir leur mot à dire pendant l'action en justice. Parfois, dans la jurisprudence, on peut voir jusqu'à quatre avocats concernés par l'article 278 : un pour la Couronne, un pour la défense, un pour la victime et un pour l'organisme qui détient les dossiers demandés. Je pense que c'était ce qu'ils voulaient dire.

Pour en revenir à votre déclaration, les taux sont ceux du procureur général, qui sont plus élevés que ceux du programme d'aide juridique, comme vous l'a fait préciser l'ancien solliciteur général de l'Ontario, le sénateur Runciman. La personne ou victime concernée ne peut pas choisir son avocat. Est-ce que c'est bien là votre politique?

M. Swan : Je ne le formulerais pas ainsi. C'est un barreau plutôt collégial au Manitoba. La Direction du contentieux civil regroupe les avocats du gouvernement et s'occupe du mandat de représentation. Seul un tout petit nombre d'avocats font ce genre de travail et, de toute évidence, en cas de conflit ou de problème signalé par un plaignant ou une inquiétude, ils feraient de leur mieux pour trouver une autre personne. L'avocat serait sélectionné dans un petit groupe d'avocats.

Senator Meredith: My question is along the lines of what Senator Runciman asked, with respect to the rights of the accused and the victim. I am keenly interested in the position of the government on ensuring victims are aware they have the right to counsel. Is there a communication of this to the general public or victim services? Is there a mechanism of communicating this to them?

Mr. Swan: There is a general level of service provided to any victim of a sexual assault. That is provided when they go to treatment at a hospital or at a clinic. The police service in Winnipeg — the RCMP or municipal police force — will generally have someone work with that person from the start to give them all the information they may require.

The section 278 application is technical, but it would arise much later on in the court proceeding.

Generally information for complainants is to be provided as early as possible after they report. I believe more specific information would only be given at a time when there is a threat this might happen.

Senator Meredith: My next question is in terms of the encouragement of victims to come forward. We heard yesterday from Professor Stuart, who said there is still reluctance on the part of some victims. Knowing that these services are in place, they still need to come forward.

What recommendations would you make to this committee to put in our reports to tell provinces, “This is what we believe should be implemented in order to encourage victims to come forward.” It is still problematic and something that is being grappled with. What would you recommend that this committee put in our report going forward?

Mr. Swan: I think we must be realistic about how much can be done in the Criminal Code. I think this section was brought into force because of a specific problem that was arising. Defence counsel was effectively going on fishing expeditions, which had the effect of chilling people. I think these provisions are an appropriate balance. It limits that ability and protects complainants, but also allows the accused to make a full defence. I do not know if there is anything else we would be calling for specifically, other than to ensure these provisions are enforced.

Senator Meredith: You are satisfied with the sections as they relate to the bill now. You are comfortable that more victims will come forward providing that these sections are implemented?

Mr. Swan: Again, I do not want to sound too much like a lawyer. I will put it the other way.

Senator Meredith: Are you not?

Mr. Swan: If these provisions were to disappear from the Criminal Code, I do have a fear that it would have a chilling effect. As it is, we know that not all sexual assaults are reported.

Le sénateur Meredith : Ma question va dans le sens de celle du sénateur Runciman relative aux droits de l'accusé et de la victime. Je suis très intéressé à connaître ce que fait le gouvernement pour s'assurer que les victimes savent qu'elles ont droit à un avocat. Est-ce qu'on en informe le grand public ou les services aux victimes? Existe-t-il un mécanisme pour leur communiquer cela?

M. Swan : Il y a un certain service de base fourni à toute victime d'agression sexuelle. Ce service est offert lorsque la personne se présente dans un hôpital ou dans une clinique. Les services de police de Winnipeg — la GRC ou la force de police municipale — ont généralement quelqu'un qui travaille avec la victime dès le départ pour lui donner toute l'information nécessaire.

La demande en vertu de l'article 278 est technique, mais elle surviendrait bien plus tard pendant l'action en justice.

En général, l'information doit être fournie aussitôt que possible aux plaignants après leur déclaration. Je pense que de l'information plus précise serait seulement donnée au moment où on sentirait la menace d'une demande de communication.

Le sénateur Meredith : Ma question suivante porte sur l'encouragement des victimes à se présenter. Nous avons entendu M. Stuart hier dire que certaines victimes étaient toujours réticentes à le faire. Ces services sont en place, mais il faudrait encore que les gens les utilisent.

Quelles recommandations pourriez-vous faire à notre comité que nous pourrions mettre dans nos rapports et dire aux provinces : « C'est ce qui, selon nous, devrait être mis en œuvre afin d'encourager les victimes à se présenter. » La situation est encore problématique et nous essayons de la comprendre. Que recommanderiez-vous à notre comité de mettre dans le prochain rapport?

M. Swan : Je pense que nous devons être réalistes concernant ce que nous pouvons effectuer au moyen du Code criminel. Je pense que cet article a été mis en vigueur pour régler un problème particulier : des avocats de la défense partaient à la recherche d'informations à l'aveuglette, ce qui décourageait les victimes de porter plainte. Selon moi, ces dispositions permettent d'obtenir un équilibre approprié, car elles limitent la capacité des avocats de la défense de faire intrusion dans la vie personnelle d'une victime. Elles protègent les plaignants tout en garantissant à l'accusé une défense pleine et entière. Je ne sais pas si nous devrions recommander autre chose en particulier, à part de veiller à ce que ces dispositions soient respectées.

Le sénateur Meredith : Les articles se rapportant au projet de loi vous satisfont tels qu'ils sont. Vous pensez que davantage de victimes se présentent du moment que ces articles sont mis en œuvre?

M. Swan : De nouveau, je ne voudrais pas avoir trop l'air d'un avocat. Je vais le dire autrement.

Le sénateur Meredith : N'en êtes-vous pas un?

M. Swan : Si ces dispositions venaient à disparaître du Code criminel, j'ai peur que cela ait un effet dissuasif. À l'heure actuelle, nous savons que les agressions sexuelles ne sont pas toutes déclarées

We want to ensure that any individual who has been assaulted feels comfortable coming forward. By agreement of all parties in our legislature, Manitoba has recently passed an act to proclaim Sexual Assault Awareness Month. We provide additional services to assist Manitobans through the Department of Family Services. We have a lot more information going out to young people to make them more aware of date rape, and what is and is not a healthy relationship. There are a lot of other things done by different government departments.

In terms of speaking to the Criminal Code, I think what exists now is a good balance. We would not want to have those provisions disappear from the Criminal Code.

Senator Frum: In trying to understand how effective these provisions have been, we have had a shortage of statistics. It is exciting you provided us with one of the first statistics we have heard, and that was the number of section 278 applications.

I want to follow up on something you said to Senator Fraser. You said on average these worked out to about 10 per year. If we felt these provisions are working and are effective, should that not be a declining average? If they are the same number coming each year, would that suggest that they are effective?

Mr. Swan: I cannot say. The number is 128. I do not have it broken down per year so I do not know if the amount has been increasing or decreasing. I cannot really speak to that.

Senator Frum: Is the premise correct? If the number of applications stayed steady, there is no deterrent effect of section 278?

Mr. Swan: There would be a number of other factors. I will give you an example. Every year the Canadian Centre for Justice Statistics provides statistics on the number of complaints made to police. If the number of sexual assaults in a jurisdiction reported to police goes up in a year, it can mean one of many things. It can mean that the number of sexual assaults is going up. It can also mean that Canadians, primarily women, are more comfortable coming forward and making complaints. I would be very careful. Even if we could show that there has or has not been a decline in the actual number of applications, I would be cautious about drawing a conclusion as to the effectiveness of the legislation.

Senator Chaput: Of the 128 cases that have been flagged by the Crown attorney, could you tell us what percentage the 128 is of all cases? Do you have any statistics regarding that?

Mr. Swan: No, I am afraid I cannot tell you that.

et nous voulons que toutes les personnes agressées puissent rapporter sans crainte le crime dont elles ont été victimes. Avec l'accord de tous les partis de notre législature, le Manitoba a récemment adopté la Loi sur le Mois de la sensibilisation aux agressions sexuelles. Nous offrons des services supplémentaires pour aider les Manitobains par l'intermédiaire du ministère des Services à la famille. Nous offrons beaucoup plus de renseignements aux jeunes gens pour les sensibiliser au viol commis par une connaissance et sur ce qui constitue une relation saine. Beaucoup d'autres choses sont faites par d'autres ministères.

Pour ce qui est du Code criminel, je pense que les dispositions qui existent maintenant assurent un bon équilibre. Nous ne voudrions pas voir ces dispositions disparaître du Code criminel.

Le sénateur Frum : Nous avons essayé de comprendre l'efficacité des dispositions, mais nous avons manqué de statistiques. Il est intéressant que vous nous ayez donné l'une des premières statistiques entendues jusqu'à ce jour, à savoir le nombre de demandes présentées en vertu de l'article 278.

Je voudrais vous interroger sur quelque chose que vous avez dit au sénateur Fraser. Vous avez mentionné que ces demandes étaient en moyenne d'environ 10 par an. Si nous pensons que ces dispositions donnent des résultats et sont efficaces, les demandes ne devraient-elle pas diminuer d'une année à l'autre? Si nous avons le même nombre de demandes chaque année, est-ce que cela signifie que les dispositions sont efficaces?

M. Swan : Je ne peux pas vous en dire plus. Le total est de 128. Je n'ai pas le nombre de demandes par année, aussi je ne peux pas savoir si les demandes augmentent ou diminuent. Je ne peux pas répondre à cette question.

Le sénateur Frum : Est-ce que mon hypothèse est correcte? Si le nombre de demandes est resté stable, cela veut dire que l'article 278 n'a pas d'effet dissuasif?

M. Swan : Il faudrait prendre d'autres facteurs en considération. Je vais vous donner un exemple : chaque année le Centre canadien de la statistique juridique fournit des statistiques sur le nombre de plaintes déposées auprès de la police. Si le nombre d'agressions sexuelles signalées à la police dans une province ou un territoire augmente pendant une année donnée, cela peut signifier beaucoup de choses : que le nombre d'agressions sexuelles augmente, par exemple, ou que les Canadiens, notamment les femmes, sont plus enclins à se présenter et à porter plainte. Je serais prudent. Même si nous pouvions démontrer qu'il y a eu une diminution des demandes ou qu'il n'y en a pas eu, je ne m'aventurerais pas à tirer des conclusions hâtives sur l'efficacité de la loi.

Le sénateur Chaput : Au sujet des 128 cas signalés par le procureur de la Couronne, pourriez-vous nous dire quel pourcentage du total cela représente? Avez-vous des statistiques à ce sujet?

M. Swan : Non, j'ai peur de ne pouvoir répondre à cette question.

Senator Chaput: You do not have that. You said that once the cases have been flagged, the victim service workers will assist. Who gets in touch with the victim service workers? Is there coordination of some kind? Who gets in touch with them?

Mr. Swan: The way the prosecution system in Manitoba is set up, victim services are connected to the computer system that Crown attorneys use. When Crown attorneys become aware of an application of this type, they can make the immediate referral to victim services. A victim services worker will then meet with the complainant and let them know the circumstances. Once they have met with the complainant, they will go to Civil Legal Services and have them make the arrangements to retain a lawyer.

Senator Chaput: When that communication is made between the Crown attorney, victim services workers and then Civil Legal Services, are there statistics on the kind of sexual assault? Who are the victims — women, children, the elderly? Is that being looked into?

Mr. Swan: I do not have information on that for the committee today. I do not know what level of detail or statistics they would have. I do not know that this morning.

Senator Chaput: Once cases have been flagged, victim services workers have coordinator assistance and legal services come in, what is the result of those 128 cases? Did everything go well, according to what you know?

Mr. Swan: I can give you the anecdotal reports that the Crown attorneys give me. When lawyers do make representations, they are effective. The judges will then consider carefully. The difficult part is balancing what the accused would see as their full right to make a defence to the rights of the complainant. My understanding is it is not unusual for the lawyer for the complainant to be successful in not having those records produced.

Senator Chaput: I guess we would not have the feedback of the victims, would we? You do not get feedback from victims on whether they are really satisfied?

Mr. Swan: No. Being in political office, I am quite certain that if a victim was unsatisfied with how the procedure worked or with the effort that a lawyer put in, I expect that either myself or my predecessors would hear about it in one way or the other.

Certainly, as Crown attorneys everywhere around the country do, Crown attorneys in Manitoba take this seriously. I am satisfied that in Manitoba, if a Crown attorney was unhappy with the way that we deal with these applications, it would find its way to my office.

Le sénateur Chaput : Vous ne les avez pas. Vous avez dit qu'une fois les cas signalés, des professionnels des services aux victimes aident les victimes. Qui communique avec les professionnels des services aux victimes? Est-ce qu'il y a une quelconque coordination entre les services? Qui communique avec eux?

M. Swan : Au Manitoba, les services aux victimes sont connectés au système informatique utilisé par les procureurs de la Couronne. Lorsque les procureurs de la Couronne savent qu'une demande de ce type sera faite, ils peuvent faire immédiatement appel aux services aux victimes. Un professionnel des services aux victimes rencontre ensuite le plaignant et lui fait savoir de quoi il retourne. Une fois qu'il a rencontré le plaignant, le professionnel va à la Direction du contentieux civil et fait le nécessaire pour retenir les services d'un avocat.

Le sénateur Chaput : Lorsque cette communication a lieu entre le procureur de la Couronne, les professionnels des services aux victimes et la Direction du contentieux civil, tient-on des statistiques sur le genre d'agressions sexuelles, sur les victimes (s'agit-il de femmes, d'enfants, de personnes âgées?) Est-ce qu'on examine tout cela?

M. Swan : Je n'ai pas d'information à ce sujet pour votre comité aujourd'hui. Je ne sais pas quel genre de détails ou de statistiques ils pourraient avoir. Je ne peux pas vous répondre à ce sujet ce matin.

Le sénateur Chaput : Une fois les cas signalés, les professionnels des services aux victimes font intervenir les coordonnateurs de l'aide et la Direction du contentieux civil. Comment ça s'est passé pour les 128 cas? Est-ce que tout s'est bien passé d'après ce que vous savez?

M. Swan : Je peux vous donner les rapports isolés que les procureurs de la Couronne me remettent. Lorsque les avocats représentent leurs clients, ils sont efficaces. Les juges agissent alors avec prudence. La difficulté est d'assurer à la fois le respect des droits de l'accusé à une défense pleine et entière et celui des droits du plaignant. D'après ce que je sais, il n'est pas rare que l'avocat du plaignant réussisse à interdire la communication de ces dossiers.

Le sénateur Chaput : J'imagine que nous n'avons pas la rétroaction des victimes, n'est-ce pas? Vous ne savez pas si les victimes sont satisfaites ou pas?

M. Swan : Non, mais étant donné que j'occupe un poste politique, je suis tout à fait certain que si une victime était mécontente de la façon dont le procès s'est déroulé ou du travail d'un avocat, je serai mis au courant d'une façon ou d'une autre. Il en aurait été de même pour mes prédécesseurs.

Tout comme les procureurs de la Couronne du pays tout entier, les procureurs de la Couronne du Manitoba prennent cette question au sérieux. Je suis certain que si un procureur de la Couronne n'était pas satisfait de la façon dont nous traitons ces demandes au Manitoba, mon bureau en serait avisé.

Senator Lang: I want to follow up with respect to the applications that have been put forward. The number is 128. Do you have any idea how many applications that were put forward were successful?

Mr. Swan: I am afraid I cannot tell you that.

Senator Lang: That leads me to my next question. We had a good witness yesterday, Professor Stuart, who put forward the case that he felt that perhaps there should be some minor changes to ensure that the rights of the accused were taken more into account in respect to the applications for these records in that, if I remember his submission correctly, he recommended that, if that question were to be put, it should be put at the start of the proceedings and the judge should in the privacy of his own office determine if he or she agrees that it is relevant to see the documents.

It seemed to be a logical way of proceeding because it is the start of the trial and all the evidence and whatever that will be considered is, basically, at the beginning and not halfway through the proceedings if someone is going on a fishing expedition.

Do you have any thoughts on that? He was quite concerned that in certain circumstance there may well be a miscarriage of justice. There is a balance that this legislation is supposed to be providing for both the complainant, whom we want to protect, and the accused as well. Do you have any comments on that? I think I described it properly.

Mr. Swan: I guess I need more detail. When your witness the other day talked about making the motion at the start of the proceedings, does that mean at the start of the criminal trial or does that mean at some earlier point in the criminal process?

Senator Lang: I would say at the earliest possible time when that should be brought forward. That was what I got out of his testimony. He wanted to ensure that whatever relevant evidence was to be utilized during the trial was there at the beginning and that it was the judge who made that particular decision, as I said earlier, in the privacy of his office, as to whether or not these records were relevant. Therefore, it would not really become an issue of any kind later in the trial, protecting both the complainant and the accused.

Mr. Swan: All I can say to that is that, again, the Crown attorneys in Manitoba, who deal with a relatively small number of these cases each year, as far as I know, have not raised any concerns about when the applications are raised. Certainly, we would not want to be in a position where an application and the response to it then delays a trial that has been set for a week because in Manitoba, as in most other provinces, we usually do not have spare courtrooms and spare judges that can be moved around.

I have not heard anything from Crown attorneys or from the defence bar in Manitoba that would make me think that there is anything dramatic that needs to be changed in these provisions.

Le sénateur Lang : Je voudrais vous interroger davantage au sujet des demandes qui ont été faites. Il y en a eu 128. Avez-vous une idée du nombre de demandes acceptées?

M. Swan : J'ai peur de ne pouvoir vous dire cela.

Le sénateur Lang : J'en viens à ma seconde question. Nous avons écouté un bon témoignage hier, celui de M. Stuart, professeur à l'Université Queen's, qui a dit sentir qu'on devrait peut-être apporter quelques petits changements pour garantir une plus grande prise en compte des droits de l'accusé lors des demandes de communication des dossiers. Si je me souviens bien de son témoignage, il recommandait que la question de la communication des dossiers, le cas échéant, devrait se poser au début du procès et que le juge devrait déterminer, en privé, s'il estime pertinent de demander la communication des documents en question.

Cela me semble être une bonne façon de procéder, parce que c'est au début du procès que toutes les preuves et autres éléments sont examinés et non à mi-procès si quelqu'un décide de partir à la recherche d'informations à l'aveuglette.

Avez-vous des commentaires à ce sujet? Il s'inquiétait des erreurs judiciaires pouvant être commises dans certaines situations. La loi est censée garantir les droits du plaignant, que nous voulons protéger, et de l'accusé également. Avez-vous des commentaires à ce sujet? Je pense que j'ai décrit le problème de façon correcte.

M. Swan : J'aurai besoin de davantage d'informations. Lorsque votre témoin a parlé, hier, d'une demande au début du procès, voulait-il dire au tout début du procès criminel ou aussitôt que possible pendant le procès?

Le sénateur Lang : Je dirais aussitôt que possible. C'est ce que j'ai compris de son témoignage. Il voulait que toutes les preuves pertinentes devant être utilisées pendant le procès soient là au début et que ce soit, comme je l'ai dit plus tôt, le juge qui décide de la pertinence des demandes avant le procès et en privé. Ainsi, la communication des dossiers ne serait pas réellement un problème plus tard au cours du procès, ce qui protège à la fois le plaignant et l'accusé.

Le sénateur Swan : Tout ce que je peux répondre à cela, de nouveau, c'est que les procureurs de la Couronne au Manitoba, qui traitent un nombre relativement petit de ces cas chaque année, n'ont pas soulevé d'inquiétudes, pour autant que je sache, concernant le moment où les demandes de communication sont effectuées. Nous ne voudrions certainement pas qu'une demande de communication et la réponse à cette demande retardent un procès prévu pour une certaine semaine, parce qu'au Manitoba, comme dans la plupart des autres provinces, nous n'avons pas de salles d'audience supplémentaires et pas de juges supplémentaires non plus.

Les procureurs de la Couronne ou les avocats de la défense au Manitoba ne m'ont rien dit à ce sujet qui me ferait penser que quelque chose d'important doit être changé dans les dispositions de l'article 278.

Senator Fraser: Senator Lang pre-empted me in a sense, but I am also going back to Professor Stuart's testimony last evening.

I think his key concern was that there is a two-stage process in section 278. The first stage is determining the likely relevance of the documents in question and that the judge must decide that on the basis of arguments submitted but does not actually see the documents before deciding at this first stage whether they are likely to be relevant or not. Professor Stuart was saying that, in his view, it would be preferable to have the judge see the documents — not anyone else, just the judge — at that stage. I still have not figured out in my mind exactly how this system would work.

As a lawyer — and family law is probably a reasonable background in this; it is not criminal but you have had to deal with very emotional clients, I expect — does it seem to you, if we could figure out the practicalities of it, reasonable to suggest that the judge should be able to see the documents in question at that early stage or do you think that would just create more and counterproductive stress?

Mr. Swan: That is not an easy question to answer. In criminal cases it is not unusual that there becomes a dispute over whether some kind of evidence is admissible and it is not unusual to have a trial interrupted by a voir dire, which is really a trial within a trial. If it is a jury trial, the jury will be excused and the lawyers will then make their arguments in front of the judge. The judge will then decide whether a certain piece of evidence is admissible.

This is a voir dire, I suppose, of a particular nature because of the kind of information that is being sought.

I will not make too many comments except to say that I am not sure that I see how the current way this is being done in any way inhibits the right of the accused to a fair trial. If the accused wants production of records, the accused's lawyer will have to make the case as to why the records are important. The accused's lawyer will have to make a case as to why, even if it contains something that might be damaging to the complainant, it is an important piece of evidence that the judge needs to consider and show some real foundation for why these records would be useful. Again, from the investigations I have made and the questions I have asked, I do not see in Manitoba that there is any great need that has been expressed by anyone to change the way it is working right now.

Senator Baker: Thank you, Mr. Swan, for your information. It is really concrete information that goes to the very subject that we must consider, namely, making recommendations on this particular legislation that has been in effect since the late 1990s.

If I understand you correctly, to make sure we are correct on this, victim services is a part of the Department of Justice. Is that correct?

Mr. Swan: That is correct, sir.

Le sénateur Fraser : Le sénateur Lang m'a devancée dans un sens, mais je vais retourner au témoignage de M. Stuart d'hier soir.

Je pense que son inquiétude principale était liée au fait que l'article 278 prévoit un processus en deux étapes. La première étape consiste à déterminer la pertinence probable des documents en question et le juge doit prendre sa décision sur la base des arguments avancés; il ne prend pas en fait connaissance des documents avant d'avoir décidé à cette première étape s'ils sont, oui ou non, pertinents. Monsieur Stuart disait que, selon lui, il serait préférable que le juge voit les documents — et personne d'autre, que le juge — à ce stade. Je n'arrive pas encore à m'imaginer comment ce système fonctionnerait exactement.

En tant qu'avocat — le droit de la famille vous aide probablement à comprendre le sujet qui nous préoccupe; ce n'est pas du droit criminel, mais vous avez certainement déjà eu affaire à des clients très émotifs, j'imagine — vous semblerait-il raisonnable, si nous pouvions en concevoir tous les détails pratiques, de recommander que le juge voie les documents à la première étape ou pensez-vous que cela ne ferait que produire davantage de stress et serait contre-productif?

M. Swan : Ce n'est pas une question à laquelle il est facile de répondre. Dans les affaires criminelles, il n'est pas rare qu'un différend survienne sur l'admissibilité d'un élément de preuve donné et il n'est pas rare non plus que le procès soit interrompu par un voir-dire, lequel constitue un véritable procès à l'intérieur du procès. S'il s'agit d'un procès avec jury, on demande au jury de se retirer et les avocats présentent alors leurs arguments au juge. Puis, le juge décide si l'élément de preuve est admissible.

Il s'agit-là d'un voir-dire d'une nature particulière, je suppose, à cause du type de renseignements qui est recherché.

Je ne formulerai pas beaucoup de commentaires sauf pour dire que je ne suis pas sûr de bien voir comment la façon dont cela se fait aujourd'hui nuit au droit de l'accusé à un procès équitable. Si l'accusé veut produire en preuve des documents, l'avocat de l'accusé doit expliquer pourquoi il s'agit d'un élément de preuve important que le juge doit considérer, même si ce document contient quelque chose qui pourrait être préjudiciable au plaignant, et montrer réellement en quoi le document est utile. De nouveau, à en juger à partir des recherches que j'ai faites et des questions que j'ai posées, personne au Manitoba, à ma connaissance, n'a dit qu'il faut absolument changer la façon dont les choses fonctionnent.

Le sénateur Baker : Merci, monsieur Swan, pour cette information. Il s'agit vraiment d'une information utile qui va au cœur du sujet que nous devons considérer, soit présenter des recommandations au sujet de cette loi particulière qui est en vigueur depuis la fin des années 1990.

Si je vous comprends bien, afin que nous soyons bien sûrs de ne pas faire d'erreur là-dessus, les services aux victimes constituent une partie du ministère de la Justice. Est-ce bien vrai?

M. Swan : Il en est bien ainsi, monsieur.

Senator Baker: If victim services is a part of Justice, as you say, then the police, upon hearing an initial complaint, may refer the victim to victim services for direction. Is that correct?

Mr. Swan: With one caveat: To make it as confusing as possible, the Winnipeg Police Service and the RCMP also have their own victim services units. Whenever someone is a complainant in a sexual assault case, even before Manitoba Justice provides any service, generally there will be a police officer with expertise in this area who will meet with the complainant and provide information. At least, in Winnipeg I know that some counselling and assistance are provided by the police in addition to the services that the province provides.

Senator Baker: We have to be careful to distinguish between the victim services that are supplied by the police forces and the victim services that are supplied by the Department of Justice.

Let me ask you a question that immediately comes to mind. I imagine some other provinces have the same system in effect as you do in your province. All records held by the police upon a complaint and a charge being laid are available to the defence as normal disclosure, that is, the records of the police. However, the records of your victim services in the Department of Justice may hold privilege as far as records are concerned and could become the subject of an application that we are talking about under section 278.

You understand what I am saying. If the person is directed toward victim services in the Department of Justice, and victim services will not only counsel them, hear their complaint and direct them to where they should be directed but also provide legal services for them as well, do you know if that information so accumulated, those records so accumulated are disclosable to the defence as a normal disclosure procedure without having to go through a section 278 application process?

Mr. Swan: No, I do not. Victim services would assist someone in either setting up an appointment with a therapist or psychologist or whatever the case may be. However, for the services actually provided by a victim services worker to a complainant, I really have not turned my mind to that. Since the victim services worker is not a lawyer, I do not believe you would be able to maintain that it is privileged in the way that lawyers would think of that word. I am not aware of that having been an issue in Manitoba. Again, I feel confident that if victim services were of the belief that the work they were doing was being hampered by a defence application, given the way we do things in Manitoba, word of that would have gotten to the Attorney General long before now.

Senator Baker: Your Department of Justice performs, as you explained to us, the same functions as some of the organization that appeared before the committee in assisting the persons who are so affected, the victims. Therefore, the records would be in the

Le sénateur Baker : Si les services aux victimes font partie du ministère de la Justice, comme vous le dites, après avoir entendu une plainte initiale, la police peut diriger la victime vers les services aux victimes où on lui donnera de l'information. C'est bien cela?

M. Swan : C'est presque cela, mais pour ajouter un peu à la confusion, je dois vous dire que le service de police de Winnipeg et la GRC ont aussi leurs propres services aux victimes. Chaque fois que quelqu'un dépose une plainte pour agression sexuelle, avant même qu'un juge du Manitoba n'accorde un service quelconque, un officier de police ayant des connaissances spécialisées dans le domaine rencontre généralement le plaignant et lui donne des renseignements. Du moins, à Winnipeg, je sais que la police dispense des services de conseils et d'assistance en plus des services que la province offre.

Le sénateur Baker : Nous devons prendre garde de faire la distinction entre les services aux victimes dispensés par les forces policières et ceux dispensés par le ministère de la Justice.

Permettez-moi de vous poser une question qui me vient maintenant à l'esprit. Je suppose que d'autres provinces ont mis sur pied un système similaire à celui qui fonctionne dans votre province. Lorsqu'une plainte est déposée et que des accusations sont portées, la défense peut obtenir les dossiers détenus par la police, dans le cadre des procédures normales de communication de l'information. Cependant, les dossiers de vos services aux victimes du ministère de la Justice peuvent être visés par des privilèges et pourraient faire l'objet d'une demande de communication en vertu de l'article 278.

Vous me comprenez. Si la personne est dirigée vers des services aux victimes du ministère de la Justice et que ces services, en plus de la conseiller, d'entendre sa plainte et de l'orienter aux intervenants compétents, lui dispensent des services juridiques, savez-vous si les renseignements ainsi versés au dossier peuvent être communiqués à la défense dans le cadre d'une procédure normale de communication, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'article 278?

M. Swan : Non, je ne le sais pas. Les services aux victimes les aident à prendre un rendez-vous chez un thérapeute ou un psychologue ou encore autre chose. Cependant, en ce qui concerne les services réellement dispensés par un professionnel des services aux victimes à un plaignant, je ne me suis vraiment pas penché sur cette question. Comme les professionnels des services aux victimes ne sont pas des avocats, je ne crois pas que l'on puisse dire qu'un tel privilège existe au sens où les avocats entendent ce terme. Je ne sais pas si cette question a été soulevée au Manitoba. De nouveau, je pense bien que si les services aux victimes croyaient qu'une demande de la défense pourrait entraver leur travail, étant donné la façon dont nous faisons les choses au Manitoba, le procureur général en serait informé longtemps auparavant.

Le sénateur Baker : Comme vous nous l'avez expliqué, votre ministère de la Justice remplit les mêmes fonctions que certaines des organisations qui ont comparu devant le comité : il vient en aide aux personnes qui sont ainsi touchées, les victimes. Par

same category as the records that were being sought from these organizations that appeared before the committee. We have to make recommendations here. If there is a problem with this in that the records could be sought through a section 278 application, as you referred to it, could you notify the committee? You understand what I am asking.

Mr. Swan: Yes, I do. Senator, if I can be permitted to provide information after this attendance, I will also try not only with respect to your question but some of the other good questions that have been asked. If we do happen to have any additional statistical information that would appear to be of use to the committee, I will see what we can do to provide that. It sounds like there has been a lot of evidence but not a lot of hard statistics on the number of cases and the outcomes. I will do my level best to help your committee with that work.

The Chair: Thank you, Mr. Swan. We appreciate that.

Senator Baker: Thank you.

The Chair: Colleagues, that concludes our questions for the minister. Minister Swan, we thank you for taking the time to be with us today. It seems with each witness we have, we gain another insight, and certainly that was the case today. We appreciate it and look forward in the future to having you back again.

Mr. Swan: Thank you very much.

The Chair: That concludes the meeting for today.
(The committee adjourned.)

conséquent, vos dossiers tomberaient dans la même catégorie que ceux des organisations qui ont comparu devant notre comité. Nous devons faire des recommandations à ce sujet. Si le fait que les dossiers pourraient être obtenus à la suite d'une demande présentée en vertu de l'article 278 (comme vous y avez fait référence) pose un problème, pourriez-vous en aviser le comité? Vous comprenez ce que je demande?

M. Swan : Oui, je comprends. Monsieur le sénateur, s'il m'est permis de communiquer des renseignements après ma comparution, je vais essayer d'en fournir non seulement pour répondre à votre question, mais aussi aux autres questions intéressantes qui ont été posées. S'il se trouve que nous avons d'autres données statistiques susceptibles d'être utiles au comité, je verrai ce que nous pouvons faire pour vous les fournir. Il semble que nous disposons de beaucoup d'informations, mais pas de beaucoup de chiffres précis sur le nombre d'affaires et les résultats. Je ferai de mon mieux pour aider le comité dans ce travail.

Le président : Merci, monsieur Swan. Nous vous en sommes reconnaissants.

Le sénateur Baker : Merci.

Le président : Chers collègues, cela conclut nos questions au ministre. Monsieur le ministre Swan, nous vous remercions de nous avoir consacré ce temps aujourd'hui. Il semble que chaque nouveau témoin que nous entendons nous apporte un éclairage nouveau et ce fut certainement le cas aujourd'hui. Nous vous en sommes reconnaissants et nous serons heureux de vous revoir parmi nous.

M. Swan : Merci beaucoup.

Le président : Cela met fin à la réunion d'aujourd'hui.
(La séance est levée.)

WITNESSES

Wednesday, November 16, 2011

As an individual:

Donald Stuart, Professor, Faculty of Law, Queen's University
(by videoconference).

Thursday, November 17, 2011

Government of Manitoba:

The Honourable Andrew Swan, M.L.A., Minister of Justice and
Attorney General (by videoconference).

TÉMOINS

Le mercredi 16 novembre 2011

À titre personnel :

Donald Stuart, professeur, Faculté de droit, Université Queen's
(par vidéoconférence).

Le jeudi 17 novembre 2011

Gouvernement du Manitoba :

L'honorable Andrew Swan, député, ministre de la Justice et
procureur général (par vidéoconférence).