

Law Society of Alberta *Appellant*

v.

Craig Charles Krieger and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General of Newfoundland and Labrador, the Federation of Law Societies of Canada, the Ontario Crown Attorneys' Association and the Criminal Trial Lawyers' Association *Interveners*

INDEXED AS: KRIEGER v. LAW SOCIETY OF ALBERTA

Neutral citation: 2002 SCC 65.

File No.: 28275.

Hearing and judgment: May 17, 2002.

Reasons delivered: October 10, 2002.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Administration of justice — Rule adopted under provincial Law Society legislation requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether rule intra vires province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

Barristers and solicitors — Crown prosecutors — Breach of ethics — Law Society's jurisdiction — Law

Law Society of Alberta *Appelant*

c.

Craig Charles Krieger et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Ontario Crown Attorneys' Association et Criminal Trial Lawyers' Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : KRIEGER c. LAW SOCIETY OF ALBERTA

Référence neutre : 2002 CSC 65.

N° du greffe : 28275.

Audition et jugement : 17 mai 2002.

Motifs déposés : 10 octobre 2002.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Administration de la justice — Règle adoptée en vertu de la loi provinciale sur le barreau obligeant l'avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé — Cette règle est-elle conforme aux pouvoirs de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14) — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d.

Avocats et procureurs — Procureurs du ministère public — Manquement à la déontologie — Compétence

Society rule requiring lawyers engaged as prosecutors to make timely disclosure of evidence to accused — Whether Law Society has jurisdiction to review allegation Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information — Whether rule interfering with prosecutorial discretion — Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28(d).

K was assigned to prosecute an accused charged with murder. Prior to the commencement of the preliminary inquiry, he received the results of DNA and biological tests conducted on blood found at the scene of the crime which implicated a different person than the accused. Ten days later, he advised the accused's counsel that the results of the testing would not be available in time for the preliminary inquiry. The defence counsel only learned of the testing results at the preliminary hearing, and complained to the Deputy Attorney General that there had been a lack of timely and adequate disclosure. K was reprimanded and removed from the case after a finding that the delay was unjustified. Six months later, the accused complained to the appellant Law Society about K's conduct. K sought an order that the Law Society had no jurisdiction to review the exercise of prosecutorial discretion by a Crown prosecutor and an order that the Rule of the *Code of Professional Conduct* requiring a prosecutor to make timely disclosure to the accused or defence counsel was of no force and effect. K's application was dismissed by the Court of Queen's Bench, but that decision was overturned by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment restored.

The legislature of Alberta has the power to regulate the legal profession, which it has duly conferred upon the Law Society under the *Legal Profession Act*. Since the federal government has jurisdiction over criminal law and procedure and the province has jurisdiction over the administration of justice, including the regulation of lawyers and reviews of alleged breaches of ethics, there is a strong possibility of overlap between the provincial and federal spheres. Regard must be had to the pith and substance of the impugned rule to determine if it is an unconstitutional regulation by the province of criminal law and procedure. Here, the Rule requiring timely disclosure is directed at governing the ethical conduct of lawyers, is authorized by the *Legal Profession Act*, is limited to circumstances in which the lawyer acted dishonestly or in

du barreau — Règle du barreau obligeant l'avocat engagé comme procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé — Le barreau a-t-il compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi malhonnêtement ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents? — La règle nuit-elle à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — Alberta Code of Professional Conduct, règle 28d).

K a été désigné pour poursuivre une personne accusée de meurtre. Avant l'ouverture de l'enquête préliminaire, il a obtenu les résultats des tests d'empreintes génétiques et des tests biologiques effectués à partir du sang trouvé sur les lieux du crime. Ces résultats impliquaient une autre personne que l'accusé. Dix jours plus tard, il a informé l'avocat de l'accusé que les résultats de ces tests ne seraient pas disponibles à temps pour l'enquête préliminaire. Ce n'est qu'à l'enquête préliminaire que l'avocat de la défense a appris l'existence des résultats des tests. Il s'est alors plaint au sous-procureur général que ces résultats n'avaient pas été communiqués adéquatement et en temps opportun. K a fait l'objet d'une réprimande et a été retiré du dossier à la suite d'une conclusion que le retard était injustifié. Six mois plus tard, l'accusé s'est plaint de la conduite de K auprès du barreau appelant. K a demandé la délivrance d'une ordonnance déclarant que le barreau n'avait pas compétence pour examiner l'exercice par un procureur du ministère public d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, ainsi que d'une ordonnance déclarant inopérante la règle du code de déontologie obligeant le procureur du ministère public à communiquer en temps utile la preuve à l'accusé ou à son avocat. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de K, mais sa décision a été annulée par la Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement rendu en première instance est rétabli.

La législature de l'Alberta a le pouvoir de réglementer la profession juridique, pouvoir qu'elle a dûment conféré au barreau en édictant la *Legal Profession Act*. Étant donné que le gouvernement fédéral a compétence sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle et que la province a compétence sur l'administration de la justice, y compris la réglementation de la pratique même du droit et l'examen d'allégations de manquement à la déontologie, il existe une forte possibilité de chevauchement entre les champs de compétence fédérale et ceux de compétence provinciale. Il faut examiner le caractère véritable de la règle contestée pour décider si elle est une disposition provinciale inconstitutionnelle touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle. En l'espèce, la règle qui prescrit la communication de

bad faith, and is not intended to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion. Accordingly, the Rule applies only to matters of professional discipline and does not intrude into the area of criminal law and procedure.

A decision of the Attorney General within the authority delegated by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive, as well as statutory bodies like provincial law societies. Prosecutorial discretion will not be reviewable except in cases of flagrant impropriety. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, such as the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion, however, but are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum.

Because Crown prosecutors must be members of the Law Society, they are subject to the Law Society's code of professional conduct, and all conduct that is not protected by the doctrine of prosecutorial discretion is subject to the conduct review process. As the disclosure of relevant evidence is not a matter of prosecutorial discretion but rather a legal duty, the Law Society possesses the jurisdiction to review an allegation that a Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information, notwithstanding that the Attorney General had reviewed it from the perspective of an employer. A clear distinction exists between prosecutorial discretion and professional conduct, and only the latter can be regulated by the Law Society. The Attorney General's office has the ability to discipline a prosecutor for failing to meet the standards set by that office, but that is a different function from the ability to discipline the same prosecutor in his or her capacity as a member of the Law Society. The Act gives the Law Society jurisdiction over a very broad range of conduct including prosecutorial decisions made dishonestly or in bad faith. Disclosure of relevant evidence is a matter of prosecutorial duty, and transgressions related to this duty constitute a very serious breach of legal ethics. Here, it appears that K failed to disclose relevant information, a violation of his duty, but later offered an explanation which would help to determine if he had acted dishonestly or in bad

la preuve en temps utile vise à régir la déontologie des avocats, est autorisée par la *Legal Profession Act*, ne s'applique que dans les cas où l'avocat a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi, et n'a pas pour objet de nuire à l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. La règle s'applique donc uniquement aux questions de discipline professionnelle et n'empiète pas sur le domaine du droit criminel et de la procédure en matière criminelle.

Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux, les autres membres de l'exécutif et les organismes créés par une loi, tels les barreaux des provinces, font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ce pouvoir ne pourra faire l'objet d'un examen que dans les cas de conduite répréhensible flagrante. Cependant, les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, comme celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Elles relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui.

Du fait qu'ils doivent être membres du barreau, les procureurs du ministère public sont assujettis au code de déontologie du barreau, et toute conduite non protégée par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut faire l'objet d'un examen. Étant donné que la communication d'éléments de preuve pertinents est non pas une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, mais plutôt une obligation légale, le barreau a compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents, même si, en sa qualité d'employeur, le procureur général a déjà examiné cette allégation. Il existe une distinction claire entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la déontologie, et seule la déontologie peut être réglementée par le barreau. Le bureau du Procureur général a la capacité de prendre des mesures disciplinaires contre un procureur du ministère public qui n'a pas satisfait aux normes qu'il a établies, mais cette fonction ne l'autorise pas à prendre des mesures disciplinaires contre le même procureur en sa qualité de membre du Barreau de l'Alberta. La Loi confère au barreau la compétence sur une très large gamme de comportements, y compris les décisions que le procureur du ministère public prend de façon malhonnête ou de mauvaise foi. La communication d'éléments de preuve pertinents est affaire d'obligation

faith. If so, this would be an ethical breach falling within the Law Society's jurisdiction. The Law Society's jurisdiction to review K's failure to disclose relevant evidence to the accused is limited to examining whether it was an ethical violation.

Cases Cited

Applied: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; **approved:** *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239; **referred to:** *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *Wilkes v. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405; *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189; *Campbell v. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480; *Chartrand v. Quebec (Minister of Justice)* (1987), 59 C.R. (3d) 388.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20], s. 16(1).
Alberta Code of Professional Conduct, Rule 28.
Constitution Act, 1867, ss. 63, 91(27), 92(13), (14), 135.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579, 579.1 [ad. 1994, c. 44, s. 60].
Department of Justice Act, R.S.C. 1985, c. J-2, s. 5.
Government Organization Act, R.S.A. 2000, c. G-10, Sch. 9, s. 2.
Legal Profession Act, S.A. 1990, c. L-9.1 [now R.S.A. 2000, c. L-8], ss. 6(1), 47(1), 103(1).
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990.

de la part du procureur du ministère public, et les manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique. En l'espèce, il semble que K a omis de communiquer des renseignements pertinents, manquant ainsi à l'obligation qui lui incombait, mais qu'il a, par la suite, fourni une explication qui aiderait à déterminer s'il a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi. Dans l'affirmative, il s'agirait d'un manquement à la déontologie relevant de la compétence du barreau. En examinant l'omission de K de communiquer à l'accusé des éléments de preuve pertinents, le barreau peut seulement se demander si cette omission contrevient à ses règles de déontologie.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; **arrêt approuvé :** *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239; **arrêts mentionnés :** *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Wilkes c. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405; *R. c. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189; *Campbell c. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480; *Procureur général du Québec c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732.

Lois et règlements cités

Alberta Code of Professional Conduct, règle 28.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 579, 579.1 [aj. 1994, ch. 44, art. 60].
Government Organization Act, R.S.A. 2000, ch. G-10, ann. 9, art. 2.
Legal Profession Act, S.A. 1990, ch. L-9.1 [maintenant R.S.A. 2000, ch. L-8], art. 6(1), 47(1), 103(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 63, 91(27), 92(13), (14), 135.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 20], art. 16(1).
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. 1985, ch. J-2, art. 5.
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5.

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : La Commission, 1990.

Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown: A study of the offices of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the office of the Director of Public Prosecutions of England*. London: Sweet & Maxwell, 1964.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 191 D.L.R. (4th) 600, 277 A.R. 31, 242 W.A.C. 31, [2001] 2 W.W.R. 102, 86 Alta. L.R. (3d) 195, 25 Admin. L.R. (3d) 161, 3 C.P.C. (5th) 212, [2000] A.J. No. 1129 (QL), 2000 ABCA 255, setting aside a judgment of the Court of Queen's Bench (1997), 149 D.L.R. (4th) 92, 51 Alta. L.R. (3d) 363, 205 A.R. 243, 47 Admin. L.R. (2d) 55, [1997] 8 W.W.R. 221, [1997] A.J. No. 689 (QL). Appeal allowed.

Lindsay MacDonald, Q.C., for the appellant.

Christopher D. Evans, Q.C., for the respondent Krieger.

Richard F. Taylor, Q.C., for the respondent the Minister of Justice and Attorney General for Alberta.

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

Kenneth L. Campbell, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., and *Marc C. Chisholm, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, Q.C., and *M. Joyce DeWitt-Van Oosten*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Edwards, J. L. J. *The Law Officers of the Crown : A study of the offices of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the office of the Director of Public Prosecutions of England*. London : Sweet & Maxwell, 1964.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 191 D.L.R. (4th) 600, 277 A.R. 31, 242 W.A.C. 31, [2001] 2 W.W.R. 102, 86 Alta. L.R. (3d) 195, 25 Admin. L.R. (3d) 161, 3 C.P.C. (5th) 212, [2000] A.J. No. 1129 (QL), 2000 ABCA 255, annulant un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1997), 149 D.L.R. (4th) 92, 51 Alta. L.R. (3d) 363, 205 A.R. 243, 47 Admin. L.R. (2d) 55, [1997] 8 W.W.R. 221, [1997] A.J. No. 689 (QL). Pourvoi accueilli.

Lindsay MacDonald, c.r., pour l'appelant.

Christopher D. Evans, c.r., pour l'intimé Krieger.

Richard F. Taylor, c.r., pour l'intimé le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta.

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

Kenneth L. Campbell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

James A. Gumpert, c.r., et *Marc C. Chisholm, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, c.r., et *M. Joyce DeWitt-Van Oosten*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

Kathleen Healey, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Alan D. Gold, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Paul J. J. Cavalluzzo and *Rosella Cornaviera*, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

Donald W. MacLeod, Q.C., for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

I. Introduction

These are the reasons following the decision of the Court on May 17, 2002 to allow the appeal. The appellant Law Society of Alberta claimed the jurisdiction to apply the standards for the practice of law in the province to all members of the profession including those employed by the Attorney General of Alberta.

The respondents Attorney General and Craig Charles Krieger (“Krieger”), its employee, a Crown prosecutor, submitted that the Law Society does not have the jurisdiction to review the exercise of prosecutorial discretion by an agent of the Attorney General in the conduct of a prosecution. The respondents submitted on this basis that the appellant does not have the jurisdiction to investigate an allegation of bad faith or dishonesty against a Crown prosecutor in connection with a failure to disclose relevant information to the accused as required by law.

We agree that there are certain decisions of Crown prosecutors that cannot be reviewed by the Law Society. It is a constitutional principle that the Attorneys General of this country must act independently of partisan concerns when exercising their delegated sovereign authority to initiate, continue or terminate prosecutions. So long as they are made honestly and in good faith, prosecutorial

Kathleen Healey, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Alan D. Gold, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Paul J. J. Cavalluzzo et *Rosella Cornaviera*, pour l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association.

Donald W. MacLeod, c.r., pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

I. Introduction

Les présents motifs font suite à la décision de notre Cour, le 17 mai 2002, d'accueillir le pourvoi. L'appelant, le Barreau de l'Alberta, prétend avoir compétence pour appliquer les normes de pratique du droit à l'ensemble des avocats, y compris ceux employés par le procureur général de l'Alberta.

Les intimés, le procureur général et son employé, Craig Charles Krieger, un procureur du ministère public, soutiennent que le barreau n'a pas compétence pour examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dont est investi un mandataire du procureur général. D'après eux, l'appelant n'a pas compétence pour enquêter sur une allégation de mauvaise foi ou de malhonnêteté formulée au sujet d'un procureur du ministère public relativement à l'omission de communiquer à l'accusé des renseignements pertinents, comme l'exige la loi.

Nous convenons que le barreau ne peut pas examiner certaines décisions des procureurs du ministère public. Il existe un principe constitutionnel voulant que les procureurs généraux de notre pays agissent indépendamment de toute considération partisane lorsqu'ils exercent leur pouvoir souverain délégué d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin. Pourvu que le procureur du

1

2

3

decisions related to this authority are protected by the doctrine of prosecutorial discretion.

4 However, we do not agree that the Law Society lacks the jurisdiction to review an allegation that a Crown prosecutor in bad faith failed to disclose relevant information. As a consequence of its exclusive jurisdiction over property and civil rights in the province, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, the Legislature of Alberta has the power to regulate the legal profession, which it has duly conferred upon the Law Society under the *Legal Profession Act*. Because Crown prosecutors must be members of the Law Society, it thereby follows Crown prosecutors are subject to the Law Society's code of professional conduct. All conduct that is not protected by the doctrine of prosecutorial discretion is subject to the conduct review process.

5 As the disclosure of relevant evidence is not a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a legal duty, the Law Society possesses the jurisdiction to review an allegation that a Crown prosecutor acting dishonestly or in bad faith failed to disclose relevant information.

II. Facts

6 In 1993, Douglas Ward ("Ward") was charged with murder. In 1994, Ward was prosecuted for that murder. The prosecutor was the respondent Krieger, a member of the Law Society of Alberta employed by the Attorney General of that province. The Crown theory was that the deceased attacked and wounded the accused with a knife. Later, out of revenge, the accused stabbed the deceased to death while he lay on his bed.

7 On June 1, 1994, the respondent Krieger telephoned Ward's lawyer, Thomas Engel, and advised Engel that the results of DNA and biological testing conducted by the Crown of the blood found at the crime scene would not be available for the

ministère public agisse honnêtement et de bonne foi, les décisions qu'il prend dans l'exercice de ce pouvoir jouissent de la protection de la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Cependant, nous ne sommes pas d'accord pour dire que le barreau n'a pas compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents. En raison de la compétence exclusive sur la propriété et les droits civils dans la province qu'elle possède en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la législature de l'Alberta a le pouvoir de réglementer la profession juridique, pouvoir qu'elle a dûment conféré au barreau en édictant la *Legal Profession Act*. Étant donné que les procureurs du ministère public doivent être membres du barreau, il s'ensuit qu'ils sont assujettis au code de déontologie du barreau. Toute conduite non protégée par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut faire l'objet d'un examen.

Étant donné que la communication d'éléments de preuve pertinents est non pas une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, mais plutôt une obligation légale, le barreau a compétence pour examiner une allégation voulant qu'un procureur du ministère public ait agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en omettant de communiquer des renseignements pertinents.

II. Les faits

En 1993, Douglas Ward a été accusé de meurtre. En 1994, M. Ward a subi son procès relativement à ce meurtre. Le procureur du ministère public était l'intimé Krieger, un membre du Barreau de l'Alberta employé par le procureur général de cette province. Selon le ministère public, la victime avait agressé et blessé l'accusé à l'aide d'un couteau. Plus tard, l'accusé s'était vengé en poignardant mortellement la victime dans son lit.

Le 1^{er} juin 1994, l'intimé, M^e Krieger, a appelé M^e Thomas Engel, l'avocat de M. Ward, et l'a avisé que les résultats des tests d'empreintes génétiques et des tests biologiques effectués par le ministère public à partir du sang trouvé sur les lieux du crime

preliminary inquiry which commenced on June 6, 1994.

After the first day of the inquiry, Engel learned that there were preliminary results from the blood tests that implicated a different person and were accordingly favourable to the accused. Those results were known by Krieger on May 20, 1994, prior to the June 1 telephone call and the commencement of the preliminary inquiry.

Engel complained in writing to the Deputy Attorney General that there had been a lack of timely and adequate disclosure of the blood tests. It was his position that the test results had been deliberately withheld from him. The Attorney General's office investigated the complaint. Krieger's position was that he had no intention of withholding the results of the blood tests but had delayed disclosure while awaiting confirmation and full results.

The internal investigation of the Attorney General's office concluded that the delay was unjustified and that Krieger had made an error of judgment. He was disciplined by a letter of reprimand and was removed from the case. Engel was advised of this resolution and also about the drafting of a new guideline requiring Crown prosecutors to consult with the chief Crown prosecutor before delaying disclosure for investigative purposes. In addition, every Crown prosecutor was reminded of the accused's right to disclosure.

Six months later the accused himself complained in writing to the appellant Law Society, repeating Engel's allegations and saying he was not satisfied with the chief Crown prosecutor's response. The Law Society's complaints officer sent the matter to the Deputy Secretary of that Society, who declined to dismiss the complaint. He referred it to the Conduct Committee Panel for a recommendation on how to proceed.

The Deputy Secretary's memo cited Rule 28(d) of the *Alberta Code of Professional Conduct*, which

ne seraient pas disponibles pour l'enquête préliminaire qui devait s'ouvrir le 6 juin 1994.

Après le premier jour d'enquête, M^e Engel a appris qu'il existait des résultats préliminaires des tests sanguins qui impliquaient une autre personne et qui étaient donc favorables à l'accusé. Maître Krieger connaissait ces résultats le 20 mai 1994, avant l'appel téléphonique du 1^{er} juin et l'ouverture de l'enquête préliminaire.

Maître Engel s'est plaint par écrit au sous-procureur général que les résultats des tests sanguins n'avaient pas été communiqués adéquatement et en temps opportun. Il a fait valoir qu'on lui avait caché délibérément ces résultats. Le bureau du Procureur général a fait enquête sur la plainte. Maître Krieger a prétendu qu'il n'avait pas voulu cacher les résultats des tests sanguins, mais qu'il en avait retardé la communication jusqu'à ce qu'ils soient confirmés et complets.

Après enquête interne, le bureau du Procureur général a conclu que le retard était injustifié et que M^e Krieger avait commis une erreur de jugement. Maître Krieger a reçu une lettre de réprimande et a été retiré du dossier. Maître Engel a été informé de cette décision ainsi que de la rédaction d'une nouvelle ligne directrice exigeant des procureurs du ministère public qu'ils consultent le procureur en chef du ministère public avant de retarder la communication d'éléments de preuve pour fins d'enquête. De plus, on a rappelé à chaque procureur du ministère public le droit de l'accusé à la communication de la preuve.

Six mois plus tard, dans la plainte qu'il a lui-même adressée par écrit à l'appellant, le barreau, l'accusé a repris les allégations de M^e Engel et a affirmé qu'il n'était pas satisfait de la réponse du procureur en chef du ministère public. L'agent des plaintes du barreau a fait parvenir le dossier au secrétaire adjoint du barreau. Ce dernier a refusé de rejeter la plainte et l'a transmise au comité disciplinaire en vue d'obtenir une recommandation sur la procédure à suivre.

La note de service du secrétaire adjoint citait la règle 28d) de l'*Alberta Code of Professional*

8

9

10

11

12

requires a prosecutor to “make timely disclosure to the accused or defence counsel . . . of all known relevant facts and witnesses, whether tending towards guilt or innocence”.

13 The Rule is followed by a commentary which explains that it “is not intended to establish policy nor to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion” and that “the Law Society’s scrutiny of conduct involving an exercise of discretion will be limited to circumstances in which the discretion was exercised dishonestly or in bad faith”.

14 Before the Conduct Committee acted, Krieger sought an order from the Alberta Court of Queen’s Bench that the Law Society had no jurisdiction to review the exercise of prosecutorial discretion by a Crown prosecutor or to discipline him or her therefor, and that the rules of the *Code of Professional Conduct* of the Law Society of Alberta were of no force and effect.

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

15 *Legal Profession Act*, S.A. 1990, c. L-9.1 (now R.S.A. 2000, c. L-8)

6 The Benchers may by resolution

-
- (l) authorize or establish a code of ethical standards for members and students-at-law and provide for its publication;

47(1) For the purposes of this Act, any conduct of a member, arising from incompetence or otherwise, that

- (a) is incompatible with the best interests of the public or of the members of the Society, or

Conduct, selon laquelle le procureur du ministère public doit [TRADUCTION] « révéler en temps utile à l’accusé ou à son avocat [. . .] tous les faits et témoins pertinents dont il a connaissance, qu’ils soient favorables ou non à l’accusé ».

Cette règle est suivie d’un commentaire qui explique qu’elle [TRADUCTION] « n’a pas pour objet d’établir une politique ou de nuire à l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et que « l’examen par le barreau d’une conduite comportant l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire sera limité aux cas où ce pouvoir a été exercé de façon malhonnête ou de mauvaise foi ».

Avant que le comité disciplinaire agisse, M^e Krieger a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta de délivrer une ordonnance déclarant, d’une part, que le barreau n’avait pas compétence pour examiner l’exercice par un procureur du ministère public d’un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ni pour prendre des mesures disciplinaires contre lui à cet égard et, d’autre part, que les règles du code de déontologie du Barreau de l’Alberta étaient inopérantes.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Legal Profession Act, S.A. 1990, ch. L-9.1 (maintenant R.S.A. 2000, ch. L-8)

[TRADUCTION]

6 Les conseillers peuvent par résolution :

-
- l) autoriser ou établir un code de déontologie applicable aux membres et aux stagiaires en droit, et le faire publier;

47(1) Pour l’application de la présente loi, la conduite d’un membre, attribuable à l’incompétence ou à tout autre motif, mérite d’être punie, qu’elle soit liée ou non à la pratique du membre en tant qu’avocat et qu’elle soit adoptée ou non en Alberta, dans les cas suivants :

- a) elle est inconciliable avec les intérêts du public ou ceux des membres du barreau;

- (b) tends to harm the standing of the legal profession generally,

- b) elle tend à nuire à la réputation de la profession juridique en général.

is conduct deserving of sanction, whether or not that conduct relates to the member’s practice as a barrister and solicitor and whether or not that conduct occurs in Alberta.

103(1) No person shall, unless he is an active member of the Society,

103(1) Il est interdit à quiconque n’est pas membre actif du barreau,

. . .

. . .

- (b) act as a barrister or as a solicitor in any court of civil or criminal jurisdiction,

- b) d’agir en qualité d’avocat devant une cour de juridiction civile ou criminelle,

Alberta Code of Professional Conduct

Alberta Code of Professional Conduct

[TRANSDUCTION]

CHAPTER 10

CHAPITRE 10

The Lawyer as Advocate

La représentation en justice

. . .

. . .

RULES

RÈGLES

. . .

. . .

28. When engaged as a prosecutor, a lawyer exercises a public function involving much discretion and power. Accordingly:
- (a) a lawyer’s prime duty is not to seek to convict, but to see that justice is done through a fair trial on the merits;
 - (b) a lawyer must act fairly and dispassionately;
 - (c) a lawyer must not do anything that might prevent an accused from being represented by or communicating with counsel;
 - (d) a lawyer must make timely disclosure to the accused or defence counsel (or to the court if the accused is not represented) of all known relevant facts and witnesses, whether tending towards guilt or innocence.

28. L’avocat engagé comme procureur du ministère public exerce des fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires. En conséquence :
- a) il doit non pas simplement rechercher une condamnation, mais veiller à ce que justice soit rendue grâce à un procès équitable sur le fond;
 - b) il doit agir de façon sereine et juste;
 - c) il ne doit pas nuire au droit de l’accusé d’être représenté par un avocat ou de communiquer avec celui-ci;
 - d) il doit révéler en temps utile à l’accusé ou à son avocat (ou au tribunal si l’accusé n’est pas représenté) tous les faits et témoins pertinents dont il a connaissance, qu’ils soient favorables ou non à l’accusé.

COMMENTARY

COMMENTAIRE

. . .

. . .

Rule #28: The terms “prosecutor” and “prosecution” have reference not only to proceedings under the *Criminal Code*, but to criminal, quasi-criminal and other proceedings instituted pursuant to legislation (including

Règle n° 28 : Les expressions « procureur du ministère public » et « poursuite » renvoient non seulement aux procédures fondées sur le *Code criminel*, mais aussi aux procédures criminelles, quasi crimi-

rules and regulations) that involve a public interest and potential for the imposition of a penalty. For example, counsel engaged in disciplinary proceedings on behalf of a professional body would be considered a prosecutor for the purposes of this rule. Examples and terminology deriving from prosecutions conducted on behalf of the Attorney-General should therefore be read with the necessary changes in reference as appropriate.

The application of Rule #28 to Crown prosecutors is not intended to establish policy nor to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion. Rather, the Law Society's scrutiny of conduct involving an exercise of discretion will be limited to circumstances in which the discretion was exercised dishonestly or in bad faith. Examples are:

- an exercise of discretion intended to obstruct, pervert or defeat the course of justice;
- an exercise of discretion undertaken for the personal advantage of the Crown prosecutor;
- an exercise of discretion intended to deprive an individual of equality before and under the law by reason of discrimination on the basis of race, creed, colour, national or ethnic origin, gender, religion, marital status, sexual orientation, age, mental or physical disability or any similar personal attribute.

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

nelles et autres fondées sur des textes législatifs (y compris des règles et règlements) qui mettent en cause un intérêt public et qui comportent une possibilité d'infliger une peine. Par exemple, l'avocat représentant un ordre professionnel dans le cadre de procédures disciplinaires serait considéré comme un procureur du ministère public pour l'application de la présente règle. Il y a donc lieu d'effectuer, le cas échéant, les adaptations requises en interprétant les exemples et la terminologie émanant des poursuites intentées au nom du procureur général.

L'application de la règle n° 28 aux procureurs du ministère public n'a pas pour objet d'établir une politique ou de nuire à l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Au contraire, l'examen par le barreau d'une conduite comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sera limité aux cas où ce pouvoir a été exercé de façon malhonnête ou de mauvaise foi, notamment dans les cas suivants :

- l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire visant à entraver, à détourner ou à contrecarrer le cours de la justice;
- l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire visant à procurer un avantage personnel au procureur du ministère public;
- l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire visant à priver une personne de son droit à l'égalité devant la loi, par suite de discrimination fondée sur la race, les croyances, la couleur, l'origine nationale ou ethnique, le sexe, la religion, l'état matrimonial, l'orientation sexuelle, l'âge, les déficiences mentales ou physiques, ou sur toute caractéristique personnelle semblable.

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

13. Property and Civil Rights in the Province.

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1997), 205 A.R. 243

In dismissing the respondent Krieger's application, the motions judge considered whether or not the Rule is *ultra vires* the Province of Alberta. He found that the Rule and commentary, as read together, apply only to matters of professional discipline, i.e. bad faith or dishonest conduct by a lawyer, and that the Rule is not, in pith and substance, a rule of criminal procedure and did not encroach upon Parliament's constitutional power.

The motions judge held that since the birth of Alberta, by convention and by statute, the Law Society has been charged with maintaining the discipline and integrity of the bar. The executive branch is responsible for the discipline of lawyers and has charged the Law Society with that function by means of the Act. The Law Society, accordingly, had the jurisdiction to review the conduct of a Crown prosecutor in the exercise of prosecutorial discretion where there was an allegation of bad faith or dishonesty.

The motions judge held that conduct amounting to bad faith or dishonesty is beyond the pale of prosecutorial discretion. He noted that the professional disciplinary machinery as a remedy against abuses

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

13. La propriété et les droits civils dans la province;

14. L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1997), 205 A.R. 243

Avant de rejeter la demande de l'intimé Krieger, le juge des requêtes s'est demandé si la règle en cause excédait la compétence de la province d'Alberta. Il a conclu que la règle et le commentaire, interprétés conjointement, s'appliquaient uniquement aux questions de discipline professionnelle, c'est-à-dire la mauvaise foi et la conduite malhonnête d'un avocat. Il a ajouté que, de par son caractère véritable, la règle en question n'était pas une règle de procédure criminelle et qu'elle n'empiétait pas sur la compétence constitutionnelle du Parlement.

Le juge des requêtes a décidé que, depuis la création de l'Alberta, le barreau était traditionnellement et légalement chargé de maintenir la discipline et de préserver l'intégrité de ses membres. La discipline des avocats relève du pouvoir exécutif qui a confié cette responsabilité au barreau au moyen de la Loi. Par conséquent, lorsqu'il y a allégation de mauvaise foi ou de malhonnêteté, le barreau a compétence pour examiner la façon dont un procureur du ministère public s'est conduit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Le juge des requêtes a estimé que la conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malhonnêteté dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il a souligné que,

16

17

18

of prosecutorial discretion is treated as a part of the legal system by the Supreme Court in such decisions as *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 198; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at pp. 339-40; and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21.

19 He rejected the argument that Crown prosecutors, as agents of the Attorney General, should be disciplined only by the Attorney General. The Attorney General does not have the same duties to the public as does the Law Society which is charged with protecting the public from dishonest and unsavoury lawyers and preserving a free and independent bar.

20 The motions judge also rejected the argument that because the Act does not specifically state that it is binding on agents of the Crown, that it is of no force and effect as regards Crown prosecutors. Regulation of all lawyers, he said, meant the regulation of all lawyers.

B. *Alberta Court of Appeal* (2000), 277 A.R. 31

21 The Court of Appeal allowed the appeal and held that it could be determined on the limited issue of whether the Rule permits the Law Society to review the conduct of a Crown prosecutor when the Attorney General's office has found no bad faith or dishonesty. Sulatycky J.A., for the court, acknowledged that the provincial legislature has made Crown prosecutors, as barristers, subject to the Law Society. However, he held that the Law Society lacked the jurisdiction to review the Attorney General's decision that there was no bad faith or dishonesty involved in Krieger's conduct. He held that any review by the Law Society of the conduct of Krieger would necessarily be a review of the conclusion of the Attorney General's office.

dans des arrêts tels que *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 198, *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 339-340, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 21, la Cour suprême a jugé que le mécanisme de discipline professionnelle en tant que recours contre les abus de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites fait partie du système juridique.

Il a rejeté l'argument selon lequel, en sa qualité de mandataire du procureur général, le procureur du ministère public ne devrait faire l'objet de mesures disciplinaires que de la part du procureur général. Ce dernier n'a pas envers le public les mêmes obligations que le barreau, qui a la responsabilité de protéger le public contre les avocats malhonnêtes et peu recommandables et de préserver la liberté et l'indépendance des membres de la profession juridique.

Le juge des requêtes a également rejeté l'argument voulant que la Loi soit inopérante en ce qui concerne les procureurs du ministère public, du fait qu'elle ne précise pas qu'elle s'applique aux mandataires de l'État. Selon lui, la réglementation de la conduite de tous les avocats signifie précisément la réglementation de la conduite de tous les avocats.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2000), 277 A.R. 31

La Cour d'appel a accueilli l'appel et statué qu'il pouvait être tranché en répondant simplement à la question de savoir si la règle permet au barreau d'examiner la conduite d'un procureur du ministère public dans le cas où le bureau du Procureur général a conclu à l'absence de mauvaise foi ou de malhonnêteté. Le juge Sulatycky a reconnu, au nom de la cour, que la législature de la province avait assujéti au barreau les procureurs du ministère public, en leur qualité d'avocats. Il a toutefois considéré que le barreau n'avait pas compétence pour examiner la décision du procureur général selon laquelle la conduite de M^e Krieger était dépourvue de mauvaise foi ou de malhonnêteté. Il a décidé qu'un examen par le barreau de la conduite de M^e Krieger constituerait nécessairement un examen de la conclusion du bureau du Procureur général.

V. Issues

1. Is the Rule and Commentary thereto *intra vires* the Act and the Legislature of Alberta?
2. If so, what is the scope of the Law Society's jurisdiction to review the conduct of a Crown prosecutor?
3. Does the Law Society have the jurisdiction to review the prosecutor's conduct after the Attorney General has already reviewed the prosecutor's conduct?

VI. AnalysisA. *The Role of the Attorney General*

Prior to considering the specific questions raised by this appeal, we believe it is useful to discuss the nature and development of the Attorney General's office in Canada. Although we ultimately conclude that the Law Society retains jurisdiction over the alleged misconduct at the bottom of this dispute, the respondents rightly observed the unique and important role of the Attorney General and his agents as distinct from private lawyers.

The office of Attorney General started in England as early as the thirteenth century as the King's Attorney. In essence, the Attorney General exercised on the King's behalf the prerogative to bring and terminate prosecutions. See J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at pp. 12-14; Law Reform Commission of Canada, Working Paper 62, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990). Although there are great differences between the constitution of the Canadian and English offices of Attorney General, the power to manage prosecutions of individuals for criminal acts has changed little since these early times and between these countries. The words of Wilmot C.J. in *Wilkes v. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123, at p. 125, remain apt:

As indictments and informations, granted by the King's Bench, are the King's suits, and under his control; informations, filed by his Attorney General, are most

V. Les questions en litige

1. La règle et le commentaire la concernant sont-ils conformes à la Loi et à la compétence de la législature de l'Alberta?
2. Dans l'affirmative, jusqu'à quel point le barreau a-t-il compétence pour examiner la conduite d'un procureur du ministère public?
3. Le barreau a-t-il compétence pour examiner la conduite du procureur du ministère public une fois que le procureur général l'a déjà examinée?

VI. AnalyseA. *Le rôle du procureur général*

Avant d'examiner les questions particulières soulevées en l'espèce, nous jugeons utile d'analyser la nature et l'évolution de la charge de procureur général au Canada. Même si, en définitive, nous concluons que le barreau conserve sa compétence sur l'inconduite qui aurait été à l'origine du présent litige, les intimés ont à juste titre souligné le rôle unique et important du procureur général et de ses mandataires par rapport à celui des avocats de cabinet privé.

La charge de procureur général, en tant que procureur du Roi, existait dès le XIII^e siècle en Angleterre. Essentiellement, le procureur général exerçait au nom du Roi la prérogative d'intenter des poursuites et d'y mettre fin. Voir J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), p. 12-14; Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990). Bien qu'il y ait de grandes différences entre la charge de procureur général au Canada et celle de procureur général en Angleterre, le pouvoir de gérer les poursuites intentées contre des particuliers pour des actes criminels a peu changé depuis cette époque et se ressemble d'un pays à l'autre. Les propos tenus par le juge en chef Wilmot, dans *Wilkes c. The King* (1768), Wilm. 322, 97 E.R. 123, p. 125, demeurent pertinents :

[TRADUCTION] De la même manière que les actes d'accusation et les dénonciations délivrés par le Banc du Roi relèvent du Roi et sont sous son contrôle, les

22

23

24

emphatically his suits, because they are the immediate emanations of his will and pleasure.

25 Although prosecutions were predominantly brought privately in England until 1879, the original power of the Attorney General was and is of initiating, managing and terminating both private and public prosecutions. This power finds its source in the Attorney General's general role as the official legal advisor to the Crown.

26 In Canada, the office of the Attorney General is one with constitutional dimensions recognized in the *Constitution Act, 1867*. Although the specific duties conventionally exercised by the Attorney General are not enumerated, s. 135 of that Act provides for the extension of the authority and duties of that office as existing prior to Confederation. A similar provision applicable to the Attorney General of Alberta is found in the *Alberta Act, S.C. 1905, c. 3* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), at s. 16(1). Furthermore, s. 63 of the *Constitution Act, 1867* requires that the Cabinets of Quebec and Ontario include in their membership the Attorneys General.

27 Attorneys General in this country are, of course, charged with duties beyond the management of prosecutions. As in England, they serve as Law Officers to their respective legislatures, and are responsible for providing legal advice to the various government departments. Unlike England, the Attorney General is also the Minister of Justice and is generally responsible for drafting the legislation tabled by the government of the day. The numerous other duties of the provincial and federal Attorneys General are broadly outlined in the various Acts establishing the Departments of Justice in each jurisdiction.

28 The present respondent's duties are outlined in the *Government Organization Act, R.S.A. 2000, c. G-10, Sch. 9*. This Schedule to the Act provides, at s. 2, that:

2 The Minister

dénonciations déposées par son procureur général relèvent à coup sûr de ce dernier car elles représentent la manifestation concrète de sa volonté et de son bon plaisir.

Même si, jusqu'en 1879, les poursuites étaient surtout d'origine privée en Angleterre, le pouvoir initial du procureur général consistait et consiste toujours à intenter et à gérer les poursuites privées et publiques, ainsi qu'à y mettre fin. Ce pouvoir émane du rôle général du procureur général en tant que conseiller juridique officiel de l'État.

Au Canada, la charge de procureur général comporte une dimension constitutionnelle reconnue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que cette loi n'énumère pas les fonctions particulières traditionnelles du procureur général, son art. 135 prévoit le maintien des pouvoirs et des fonctions associés à cette charge avant la Confédération. On trouve une disposition similaire applicable au procureur général de l'Alberta dans la *Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3* (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 20), par. 16(1). En outre, l'art. 63 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario fassent partie du cabinet du gouvernement de ces provinces.

Au Canada, les fonctions du procureur général vont naturellement au-delà de la gestion des poursuites. Comme en Angleterre, il agit à titre de conseiller juridique auprès de la législature et est chargé de donner des avis juridiques aux différents ministères. Contrairement à la situation en Angleterre, le procureur général est également ministre de la Justice et est généralement responsable de la rédaction des lois déposées par le gouvernement de l'heure. Les diverses lois établissant le ministère de la Justice de chaque ressort donnent une description générale des nombreuses autres fonctions des procureurs généraux des provinces et de celui du Canada.

Les fonctions actuelles de l'intimé sont exposées dans la *Government Organization Act, R.S.A. 2000, ch. G-10, ann. 9*. Cette annexe prévoit ce qui suit, à l'art. 2 :

[TRADUCTION]

2 Les fonctions du ministre sont les suivantes :

- | | |
|--|---|
| <p>(a) is the official legal advisor of the Lieutenant Governor;</p> <p>(b) shall ensure that public affairs are administered according to law;</p> <p>(c) shall superintend all matters relating to the administration of justice in Alberta that are within the powers or jurisdiction of the Legislature or the Government;</p> <p>(d) shall advise on legislative acts and proceedings of the Legislature and generally advise the Crown on matters of law referred to the Minister by the Crown;</p> <p>(e) shall exercise the powers and is charged with the duties attached to the office of the Attorney General of England and the Solicitor General of England by law or usage insofar as those powers and duties are applicable to Alberta;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(j) is responsible for the conduct of the following matters, the enumeration of which shall not be taken to restrict the general nature of any provision of this Schedule:</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(iii) the consideration and argument of appeals from convictions and acquittals of persons charged with indictable offences;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(vi) the appointment of counsel for the conduct of criminal business;</p> | <p>a) il est le conseiller juridique officiel du lieutenant-gouverneur;</p> <p>b) il veille au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques;</p> <p>c) il exerce son autorité sur tout ce qui touche à l'administration de la justice en Alberta et qui relève des pouvoirs ou de la compétence de la législature ou du gouvernement;</p> <p>d) il donne son avis sur les mesures législatives et les délibérations de la législature et, d'une manière générale, conseille l'État sur les questions de droit que ce dernier lui soumet;</p> <p>e) il est investi des pouvoirs et des fonctions qui, de par la loi ou l'usage, ressortissent à la charge de procureur général et de solliciteur général d'Angleterre, dans la mesure où ces pouvoirs et ces fonctions s'appliquent à l'Alberta;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>j) il est responsable de la conduite des affaires suivantes, dont l'énumération ne doit pas être interprétée comme limitant la nature générale des dispositions de la présente annexe :</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(iii) l'étude et la plaidoirie des appels interjetés contre les déclarations de culpabilité et les acquittements de personnes accusées d'avoir accompli un acte criminel;</p> <p style="text-align: center;">. . .</p> <p>(vi) la nomination d'avocats pour la conduite d'affaires en matière criminelle;</p> |
|--|---|

See also, e.g., the *Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2, s. 5; the *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1990, c. M.17, s. 5.

The gravity of the power to bring, manage and terminate prosecutions which lies at the heart of the Attorney General's role has given rise to an expectation that he or she will be in this respect fully independent from the political pressures of the government. In the U.K., this concern has resulted in the long tradition that the Attorney General not sit as a member of Cabinet. See Edwards, *supra*,

Voir également, par exemple, la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2, art. 5, et la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, ch. M.17, art. 5.

L'importance du pouvoir d'intenter et de gérer des poursuites, ainsi que d'y mettre fin, qui est au cœur du rôle du procureur général, fait en sorte que l'on s'attend à ce qu'il soit libre, à cet égard, de toute pression politique de la part du gouvernement. Au Royaume-Uni, cette préoccupation est à l'origine de la longue tradition voulant que le procureur général ne fasse pas partie du cabinet. Voir Edwards,

at pp. 174-76. Unlike the U.K., Cabinet membership prevails in this country. However, the concern remains the same, and is amplified by the fact that the Attorney General is not only a member of Cabinet but also Minister of Justice, and in that role holds a position with partisan political aspects. Membership in Cabinet makes the principle of independence in prosecutorial functions perhaps even more important in this country than in the U.K.

30 It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions. Support for this view can be found in: Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 9-11. See also Binnie J. in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 157-58 (dissenting on another point).

31 This side of the Attorney General's independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process. In *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, L'Heureux-Dubé J. said, at pp. 621-23:

It is manifest that, as a matter of principle and policy, courts should not interfere with prosecutorial discretion. This appears clearly to stem from the respect of separation of powers and the rule of law. Under the doctrine of separation of powers, criminal law is in the domain of the executive . . .

Donna C. Morgan in "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, at pp. 20-21, probes the origins of prosecutorial powers:

Most [prosecutorial powers] derive . . . from the royal prerogative, defined by Dicey as the residue of discretionary or arbitrary authority residing in the hands of the Crown at any given time. Prerogative powers are essentially those granted by the common law to the Crown that are not shared by the Crown's subjects. While executive action carried out under their aegis conforms with the rule of law, prerogative

op. cit., p. 174-176. Ce n'est pas le cas au Canada. Cependant, la préoccupation demeure la même et est accentuée par le fait que le procureur général est non seulement membre du cabinet, mais aussi ministre de la Justice, et qu'il occupe, à ce titre, un poste comportant des aspects politiques partisans. Le fait que le procureur général soit membre du cabinet rend le principe de l'indépendance dont il doit jouir dans l'exercice de ses fonctions en matière de poursuites peut-être encore plus important au Canada qu'au Royaume-Uni.

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public. Voir, à l'appui de ce point de vue : Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, p. 9-11. Voir également le juge Binnie (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 157-158.

Cet aspect de l'indépendance du procureur général se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le processus décisionnel en matière de poursuites. Dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, madame le juge L'Heureux-Dubé précise, aux p. 621-623 :

Il est évident qu'en principe et en règle générale, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cela paraît clairement aller de pair avec le respect du partage des pouvoirs et de la primauté du droit. Aux termes de la théorie du partage des pouvoirs, le droit criminel relève du pouvoir exécutif . . .

Dans « Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter » (1986-87), 29 *Crim. L.Q.* 15, aux pp. 20 et 21, Donna C. Morgan étudie les origines des pouvoirs de la poursuite :

[TRADUCTION] La plupart (des pouvoirs de la poursuite) tirent leur origine [. . .] de la prérogative royale, que Dicey définit comme étant le résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont la Couronne est investie à tout moment. Les pouvoirs nés de la prérogative sont essentiellement ceux qui sont accordés en common law à la Couronne et qui ne sont pas partagés par ses sujets. Bien que les actes de l'exécutif

powers are subject to the supremacy of Parliament, since they may be curtailed or abolished by statute.

accomplis sous leur égide respectent la suprématie du droit, ces pouvoirs sont assujettis à la suprématie du Parlement, puisqu'ils peuvent être diminués ou abolis par une loi.

. . .

In “Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, at pp. 378-80, J. A. Ramsay expands on the rationale underlying judicial deference to prosecutorial discretion:

. . .

Dans « Prosecutorial Discretion : A Reply to David Vanek » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 378, aux pp. 378 à 380, J. A. Ramsay précise le raisonnement qui sous-tend la retenue dont les tribunaux font preuve à l'égard du pouvoir discrétionnaire de la poursuite :

. . .

It is fundamental to our system of justice that criminal proceedings be conducted in public before an independent and impartial tribunal. If the court is to review the prosecutor's exercise of his discretion the court becomes a supervising prosecutor. It ceases to be an independent tribunal. [Emphasis in original.]

. . .

[TRADUCTION] Il est fondamental, dans notre système de justice, que les instances criminelles se déroulent en public, devant un tribunal indépendant et impartial. S'il doit contrôler l'exercice par le poursuivant de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devient un poursuivant superviseur. Il cesse alors d'être un tribunal indépendant. [Souligné dans l'original.]

The court's acknowledgment of the Attorney General's independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. In *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239 (B.C.C.A.), Esson J.A. for the court observed, at p. 254, that:

La reconnaissance par la cour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. Dans l'arrêt *Re Hoem and Law Society of British Columbia* (1985), 20 C.C.C. (3d) 239 (C.A.C.-B.), le juge Esson fait remarquer, au nom de la cour, à la p. 254 :

The independence of the Attorney-General, in deciding fairly who should be prosecuted, is also a hallmark of a free society. Just as the independence of the bar within its proper sphere must be respected, so must the independence of the Attorney-General.

[TRADUCTION] L'indépendance dont jouit le procureur général lorsqu'il décide de façon équitable qui doit être poursuivi constitue également une caractéristique d'une société libre. Tout comme il faut respecter l'indépendance du barreau dans son domaine de compétence légitime, il faut faire preuve de respect à l'égard de l'indépendance du procureur général.

We agree with these comments. The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system

Nous souscrivons à ces commentaires. La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l'objet d'une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l'origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait

of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict.

B. *Is the Rule Intra Vires the Act and the Legislature of Alberta?*

33

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* grants jurisdiction over criminal law and criminal procedure to the Federal Government. Federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure includes the authority to determine the procedures that govern criminal trials. Sections 92(13) and (14) grant jurisdiction over property and civil rights and the administration of justice, both criminal and civil, to the Provinces. Provincial jurisdiction over property and civil rights and the administration of justice includes licensing and regulation of lawyers, including reviews of alleged breaches of ethics. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 21-10; and *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 38-43 and para. 46. It would thus appear that there is a strong possibility of overlap between the provincial and federal spheres. Provincial regulations establishing the proper conduct of a lawyer in a criminal trial are likely to impact procedure in a criminal trial. Nonetheless, it is our view that the Rule is *intra vires* the province. Although the legislative competence of the province to regulate the Law Society has been grounded in both ss. 92(13) and (14), the weight of authority with which we agree finds greater comfort in s. 92(13).

34

To determine whether the Rule is an unconstitutional regulation by the province of criminal law and procedure or a constitutional regulation with respect to property and civil rights and the administration of justice, we look to the “pith and substance” of the

miner l’intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir.

B. *La règle est-elle conforme à la Loi et à la compétence de la législature de l’Alberta?*

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral la compétence sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle. La compétence fédérale sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle comprend le pouvoir d’établir la procédure applicable aux procès criminels. Les paragraphes 92(13) et 92(14) accordent aux provinces la compétence sur la propriété et les droits civils ainsi que sur l’administration de la justice tant en matière criminelle que civile. La délivrance de permis autorisant à pratiquer le droit et la réglementation de la pratique même du droit, dont l’examen d’allégations de manquement à la déontologie, relèvent de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils ainsi que d’administration de la justice. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 21-10, et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 38-43 et 46. Il semblerait donc y avoir une forte possibilité de chevauchement entre les champs de compétence fédérale et ceux de compétence provinciale. La réglementation provinciale établissant la conduite qu’un avocat doit adopter dans le cadre d’un procès criminel a vraisemblablement une incidence sur la procédure applicable au procès criminel. Nous sommes néanmoins d’avis que la règle en cause dans le présent pourvoi relève de la compétence de la province. Bien que l’on ait fait reposer la compétence législative de la province en matière de réglementation du barreau à la fois sur le par. 92(13) et le par. 92(14), la jurisprudence prépondérante à laquelle nous nous rallions préfère fonder cette compétence sur le par. 92(13).

Nous devons examiner le « caractère véritable » de la règle pour décider si elle est une disposition provinciale inconstitutionnelle touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle ou encore une disposition constitutionnelle concernant

Rule: *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286.

In *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, the Court held at para. 19:

Federalism cases, like many other areas of legal interpretation, greatly involve the proper characterization of the law under attack. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 (hereinafter “*GM Canada*”), at pp. 666-69, Dickson C.J. offered a useful three-step structure for analyzing a claim that a law is *ultra vires*. . . . With respect to the first step, Dickson C.J. said the following (at pp. 666-67):

The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further.

If, on the other hand, the legislation is not in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature, then the court must ask if the impugned provision is nonetheless a part of a valid legislative scheme. If it is, at the third stage the impugned provision should be upheld if it is sufficiently integrated into the valid legislative scheme.

The respondents argued that the Rule invades the core of federal power to make laws with respect to criminal law and procedure and is thus *ultra vires*. They argued that the purpose of the Rule is to regulate Crown disclosure during the course of a prosecution by establishing more onerous obligations to disclose information than exists at law.

The appellant argued that the Rule, when read together with the commentary, limits the Law

la propriété et les droits civils ainsi que l’administration de la justice : *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1286.

Dans l’arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, notre Cour a conclu, au par. 19 :

Les affaires touchant le fédéralisme, à l’instar de nombreux autres domaines d’interprétation législative, portent en grande partie sur la bonne façon de qualifier la mesure législative contestée. Dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (ci-après «*GM Canada*»), aux pp. 666 à 669, le juge en chef Dickson a proposé le recours à une méthode en trois étapes pour analyser la prétention qu’une mesure législative est inconstitutionnelle. [. . .] Voici ce qu’il a dit au sujet de la première étape (aux pp. 666 et 667) :

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c’est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n’est alors plus nécessaire de poursuivre l’analyse.

Si, par contre, la disposition contestée ne relève pas, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l’a adoptée, la cour doit se demander si elle fait néanmoins partie d’un régime législatif valide. Dans l’affirmative, il y a lieu, à la troisième étape, de confirmer la validité de la disposition contestée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime législatif valide.

Les intimés ont fait valoir que la règle touche au cœur de la compétence fédérale de faire des lois relatives au droit criminel et à la procédure en matière criminelle et, partant, qu’elle est inconstitutionnelle. Selon eux, cette règle vise à réglementer la communication d’éléments de preuve par le ministère public dans le cadre de poursuites en justice, en imposant à cet égard des obligations plus strictes que celles prévues par la loi.

L’appelant a soutenu que, interprétée conjointement avec le commentaire qui la suit, la règle

35

36

37

Society's review of an allegation that a Crown prosecutor failed to disclose information to those circumstances that involve bad faith or dishonesty. Owing to this limitation, the Rule is directed towards a Crown prosecutor's ethical obligation as a lawyer rather than criminal law or procedure. They dismissed the argument that the Rule imposes more onerous obligations than those that exist in law and argued that the absence of the modifier "to the extent required by law and accepted practice" is irrelevant — the effect of the Rule, when read with the commentary, is the same as if the modifier were included.

38 To determine whether the Rule is directed at professional discipline or criminal law and procedure, we note that:

(1) the Rule is situated within the *Alberta Code of Professional Conduct*, which is directed at governing the ethical conduct of lawyers;

(2) the Rule is authorized by s. 6(1) of the Act, which permits the Benchers to "authorize or establish a code of ethical standards for members";

(3) the commentary to the Rule limits the application of the Rule to circumstances in which the lawyer acted dishonestly or in bad faith;

(4) the commentary to the Rule states that "[t]he application of Rule #28 to Crown prosecutors is not intended to establish policy nor to interfere with the proper exercise of prosecutorial discretion"; and

(5) the examples contained in the commentary demonstrate that the Rule is not intended to alter or interfere with this Court's ruling in *Stinchcombe*.

39 As such, the motions judge found that the Rule, as interpreted in accordance with the commentary, applies only to matters of professional discipline and, therefore, does not intrude, at all, into the area of criminal law and procedure. We agree. The

restreint aux cas de mauvaise foi ou de malhonnêteté l'examen par le barreau de l'allégation d'omission, de la part d'un procureur du ministère public, de communiquer des renseignements. À cause de cette restriction, la règle porte sur l'obligation déontologique qui incombe au procureur du ministère public en sa qualité d'avocat, plutôt que sur le droit criminel ou la procédure en matière criminelle. L'appelant repousse l'argument voulant que la règle impose des obligations plus strictes que celles prévues par la loi, en faisant valoir que l'absence de la nuance [TRADUCTION] « dans la mesure requise par la loi et la pratique reconnue » n'a aucune pertinence — la règle, interprétée conjointement avec le commentaire, a le même effet que si la nuance avait été incluse.

Pour déterminer si la règle vise la discipline professionnelle ou le droit criminel et la procédure en matière criminelle, nous soulignons ce qui suit :

(1) la règle figure dans l'*Alberta Code of Professional Conduct* qui régit la déontologie des avocats;

(2) la règle est autorisée par l'al. 6(1) de la Loi, qui permet aux conseillers [TRADUCTION] « [d']autoriser ou [d']établir un code de déontologie applicable aux membres »;

(3) le commentaire qui suit la règle en limite l'application aux cas où l'avocat a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi;

(4) ce commentaire précise que [TRADUCTION] « [l']application de la règle n° 28 aux procureurs du ministère public n'a pas pour objet d'établir une politique ou de nuire à l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites »;

(5) les exemples donnés dans le commentaire démontrent que la règle n'a pas pour objet de modifier ou de contrecarrer la décision de notre Cour dans l'affaire *Stinchcombe*.

Le juge des requêtes a donc conclu que la règle, interprétée conformément au commentaire, s'applique uniquement aux questions de discipline professionnelle et n'empiète pas sur le domaine du droit criminel et de la procédure en matière criminelle.

analysis need not go beyond the first step. In pith and substance, the Rule is *intra vires* the Legislature of Alberta and falls within the broad enabling language of the Act.

C. *The Law Society's Jurisdiction*

We agree with the Court of Appeal that the Law Society has the jurisdiction to regulate the conduct of all Alberta lawyers. The Act, s. 6(1) states: “The Benchers may by resolution . . . authorize or establish a code of ethical standards for members and students-at-law and provide for its publication”. Further, s. 103(1)(b) states: “No person shall, unless he is an active member of the Society . . . act as a barrister or as a solicitor in any court of civil or criminal jurisdiction”.

To be a Crown prosecutor in Alberta, there are two requirements: (1) employment as such by the Attorney General’s office and (2) membership in the Law Society of Alberta. To keep his or her job, a Crown prosecutor must perform to the standards of the employer, the Attorney General’s office, and must remain in good standing by complying with the ethical requirements of the Law Society. All Alberta lawyers are subject to the rules of the Law Society — Crown prosecutors are no exception.

D. *Prosecutorial Discretion*

In making independent decisions on prosecutions, the Attorney General and his agents exercise what is known as prosecutorial discretion. This discretion is generally exercised directly by agents, the Crown attorneys, as it is uncommon for a single prosecution to attract the Attorney General’s personal attention.

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made

Nous partageons cet avis. Il n’y a pas lieu de pousser l’analyse au-delà de la première étape. De par son caractère véritable, la règle est conforme à la compétence de la législature de l’Alberta et relève de la disposition habilitante générale de la Loi.

C. *La compétence du barreau*

Nous convenons avec la Cour d’appel que le barreau a compétence pour réglementer la conduite de tous les avocats albertains. Aux termes de l’al. 6(1) de la Loi, [TRADUCTION] « [l]es conseillers peuvent par résolution [. . .] autoriser ou établir un code de déontologie applicable aux membres et aux stagiaires en droit, et le faire publier ». En outre, aux termes de l’al. 103(1)(b), [TRADUCTION] « [i]l est interdit à quiconque n’est pas membre actif du barreau [. . .] d’agir en qualité d’avocat devant une cour de juridiction civile ou criminelle ».

Pour être procureur du ministère public en Alberta, il faut remplir deux conditions : premièrement, être employé à ce titre par le bureau du Procureur général et, deuxièmement, être membre du Barreau de l’Alberta. Pour conserver son emploi, un procureur du ministère public doit fournir un rendement conforme aux normes de l’employeur, le bureau du Procureur général, et doit demeurer membre en règle du barreau en se conformant à ses exigences déontologiques. Tous les avocats albertains sont assujettis aux règles du barreau — les procureurs du ministère public ne font pas exception.

D. *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

Lorsqu’ils prennent des décisions indépendantes en matière de poursuites, le procureur général et ses mandataires exercent ce qu’on appelle un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ce pouvoir est généralement exercé directement par des mandataires, soit les procureurs du ministère public, car il est rare que des poursuites retiennent l’attention personnelle du procureur général.

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique.

40

41

42

43

by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

44 L'Heureux-Dubé J., in quoting David Vanek's work, "Prosecutorial Discretion" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219, said that "[p]rosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences" (*Power, supra*, at p. 622).

45 As discussed above, these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive, as well as statutory bodies like provincial law societies.

46 Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police; (b) the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated

Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d'un procureur du ministère public, mais vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices.

Citant l'article de David Vanek, intitulé « Prosecutorial Discretion » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 219, p. 219, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que [TRADUCTION] « [L]e pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites] renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles » (*Power, précité*, p. 622).

Comme nous l'avons vu, ces pouvoirs émanent du rôle du titulaire de la charge à titre de conseiller juridique et de représentant de l'État. Dans notre système gouvernemental, c'est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l'un de ses mandataires a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux, les autres membres de l'exécutif et les organismes créés par une loi, tels les barreaux des provinces, font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Sans vouloir être exhaustifs, nous croyons que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : a) le pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; b) le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques, au sens des art. 579 et 579.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; c) le pouvoir discrétionnaire d'accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; d) le pouvoir discrétionnaire de se retirer complètement de procédures criminelles : *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.-B.); e) le pouvoir discrétionnaire de prendre en charge des poursuites

sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum.

E. *Deference to Prosecutorial Discretion*

In *Regan*, *supra*, at paras. 166-68, Binnie J., in dissent but not on this point, discussed the nature of prosecutorial discretion and said:

The trial judge in this case was careful not to understate or diminish the broad scope traditionally and properly afforded to prosecutorial discretion. Courts are very slow to second-guess the exercise of that discretion and do so only in narrow circumstances. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, for example, the Court noted that a system which did not confer a broad discretion on law enforcement and prosecutorial authorities would be unworkable, *per La Forest J.*, at p. 410:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding

privées : *R. c. Osioy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.). Même s'il existe d'autres décisions discrétionnaires, celles-ci constituent l'essentiel du pouvoir souverain délégué qui caractérise la charge de procureur général.

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui.

E. *La retenue à l'égard du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

Dans l'arrêt *Regan*, précité, par. 166-168, le juge Binnie (dissident sur un autre point) a analysé la nature du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et a affirmé ceci :

En l'espèce, le juge du procès a pris soin de ne pas minimiser ni réduire la vaste portée attribuée traditionnellement et à bon droit au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Les tribunaux hésitent longtemps à remettre en question l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et ne le font que dans des circonstances très limitées. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, par exemple, notre Cour a noté qu'un système qui ne conférerait pas un vaste pouvoir discrétionnaire aux instances chargées d'appliquer la loi et d'engager des poursuites ne pourrait fonctionner. Le juge La Forest s'est exprimé ainsi, à la p. 410 :

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces

47

48

when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

See also: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348.

Still, the corollary to these extensive discretionary powers is that they must be exercised with objectivity and dispassion. This principle has found its way into the Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct* (1988); see chapter IX, "The Lawyer as Advocate", s. 9 (Duties of Prosecutor):

The prosecutor exercises a public function involving much discretion and power and must act fairly and dispassionately.

Because the exercise of prosecutorial discretion is, within broad limits, effectively non-reviewable by the courts, it is all the more imperative that the discretion be exercised in a fair and objective way. Where objectivity is shown to be lacking, corrective action may be necessary (as here) to protect what O'Connor referred to as "the integrity" of the criminal justice system.

49

In *Campbell v. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480 (Ont. C.A.), it was held that an Attorney General's decision to stay proceedings would not be reviewed save in cases of "flagrant impropriety". See also *Power, supra*; *Chartrand v. Quebec (Minister of Justice)* (1987), 59 C.R. (3d) 388 (Que. C.A.). Within the core of prosecutorial discretion, the courts cannot interfere except in such circumstances of flagrant impropriety or in actions for "malicious prosecution": *Nelles, supra*. In all such cases, the actions of the Attorney General will be beyond the scope of his office as protected by constitutional principle, and the justification for such deference will have evaporated.

policieuses exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Voir également : *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, p. 686; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 348.

Cependant, le corollaire de ces vastes pouvoirs discrétionnaires est qu'ils doivent être exercés avec objectivité et impartialité. On retrouve ce principe dans le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien (1988) : voir ch. IX, « L'avocat en tant que tel », art. 9 (Devoirs du procureur de la Couronne) :

L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires : il doit en conséquence agir de façon sereine et juste.

Puisque l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est en réalité, dans une grande mesure, à l'abri du contrôle judiciaire, il importe d'autant plus qu'il soit exercé d'une façon juste et objective. Lorsqu'un manque d'objectivité est établi, il peut être nécessaire d'adopter des mesures correctives (comme en l'espèce) pour protéger ce qu'on appelle, dans l'arrêt *O'Connor*, « l'intégrité » du système de justice pénale.

Dans l'arrêt *Campbell c. Attorney-General of Ontario* (1987), 35 C.C.C. (3d) 480 (C.A. Ont.), la cour a statué que la décision du procureur général d'arrêter les procédures ne ferait l'objet d'un examen que dans les cas de [TRADUCTION] « conduite répréhensible flagrante ». Voir également *Power*, précité; *Procureur général du Québec c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.). Quant à l'essentiel du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas de conduite répréhensible flagrante ou d'actions pour « poursuites abusives » : *Nelles*, précité. Dans tous ces cas, le procureur général aura accompli des actes non protégés par le principe constitutionnel applicable à sa charge, et la retenue ne sera plus justifiée.

F. *Prosecutorial Discretion vs. Professional Conduct*

There is a clear distinction between prosecutorial discretion and professional conduct. It is only the latter that can be regulated by the Law Society. The Law Society has the jurisdiction to investigate any alleged breach of its ethical standards, even those committed by Crown prosecutors in connection with their prosecutory discretion. This is important as the interests of the Attorney General in promoting the administration of justice may differ from those of the Law Society in regulating the legal profession and maintaining public confidence. The remedies available to each entity differ according to their respective function. The Attorney General's office has the ability to discipline a prosecutor for failing to meet the standards set by the Attorney General's office for prosecutors but that is a different function from the ability to discipline the same prosecutor in his or her capacity as a member of the Law Society of Alberta. It may be that in some instances the conduct required by the Attorney General to retain employment will exceed the standards of the Law Society but of necessity that conduct will never be lower than that required by the Law Society. In addition, the Attorney General, after finding that a Crown prosecutor has acted in bad faith, does not have the power to restrict a member's practice or disbar a member. An Attorney General can do nothing to prevent a Crown prosecutor from practising law in another area.

Review by the Law Society for bad faith or improper purpose by a prosecutor does not constitute a review of the exercise of prosecutorial discretion *per se*, since an official action which is undertaken in bad faith or for improper motives is not within the scope of the powers of the Attorney General. As stated by McIntyre J. in his concurrence in *Nelles, supra*, at p. 211: "public officers are entitled to no special immunities or privileges when they act beyond the powers which are accorded to them by law in their official capacities". We agree with the observation of MacKenzie J. that "conduct

F. *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la déontologie*

Il existe une distinction claire entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la déontologie. Seule la déontologie peut être réglementée par le barreau. Celui-ci a compétence pour enquêter sur toute allégation de manquement à ses normes déontologiques, même celui commis par un procureur du ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela est important car l'intérêt qu'a le procureur général à promouvoir l'administration de la justice peut différer de celui qu'a le barreau à réglementer la profession juridique et à maintenir de la confiance du public. Les recours dont dispose chaque entité diffèrent selon la fonction respective de chacune. Le bureau du Procureur général a la capacité de prendre des mesures disciplinaires contre un procureur du ministère public qui n'a pas satisfait aux normes qu'il a établies à l'intention des procureurs du ministère public, mais cette fonction ne l'autorise pas à prendre des mesures disciplinaires contre le même procureur en sa qualité de membre du Barreau de l'Alberta. Dans certains cas, il se peut que la conduite que le procureur général prescrit pour conserver l'emploi outre-passe les normes du barreau, mais, forcément, cette conduite ne sera jamais en-deçà de celle prescrite par le barreau. En outre, lorsqu'il conclut qu'un procureur du ministère public a fait preuve de mauvaise foi, le procureur général ne peut ni restreindre la pratique du droit de ce membre ni le radier. Le procureur général ne peut rien faire pour empêcher un procureur du ministère public de pratiquer le droit dans un autre domaine.

L'examen par le barreau d'allégations de mauvaise foi ou de dessein illégitime de la part d'un procureur du ministère public ne porte pas sur l'exercice même du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites puisqu'un acte officiel accompli de mauvaise foi ou pour des motifs illégitimes ne relève pas des pouvoirs du procureur général. Comme l'a affirmé le juge McIntyre dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Nelles*, précité, p. 211 : « les fonctionnaires ne bénéficient d'aucune immunité ni d'aucun privilège particuliers lorsqu'ils excèdent les pouvoirs dont ils

amounting to bad faith or dishonesty is beyond the pale of prosecutorial discretion” (para. 55).

52 A finding that the Law Society does not have the jurisdiction to review or sanction conduct which arises out of the exercise of prosecutorial discretion would mean that prosecutors who act in bad faith or dishonestly could not be disciplined for such conduct. A prosecutor who laid charges as a result of bribery or racism or revenge could be discharged from his or her office but, in spite of such malfeasance, would be immune to review of that conduct by the Law Society.

53 Section 47(1) of the Act states:

47(1) For the purposes of this Act, any conduct of a member, arising from incompetence or otherwise, that

(a) is incompatible with the best interests of the public or of the members of the Society, or

(b) tends to harm the standing of the legal profession generally,

is conduct deserving of sanction, whether or not that conduct relates to the member’s practice as a barrister and solicitor and whether or not that conduct occurs in Alberta.

The conduct over which the Law Society has jurisdiction by virtue of s. 47 is very broad, encompassing conduct which may be unrelated to one’s legal practice. It would be an absurd interpretation of the statute to include such profession-unrelated conduct but exclude decisions of a prosecutor in a criminal matter.

sont investis à titre officiel ». Nous sommes d’accord avec l’observation du juge MacKenzie selon laquelle [TRADUCTION] « la conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à de la malhonnêteté dépasse les bornes du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » (par. 55).

La conclusion que le barreau n’a pas compétence pour examiner ou punir une conduite adoptée dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites signifierait qu’un procureur du ministère public qui agit de mauvaise foi ou de façon malhonnête ne pourrait pas faire l’objet de mesures disciplinaires à cet égard. Un procureur du ministère public qui, pour des motifs de corruption, de racisme ou de vengeance, porterait des accusations pourrait être congédié, mais, malgré tout, sa conduite ne pourrait pas faire l’objet d’un examen par le barreau.

Le paragraphe 47(1) de la Loi prévoit :

[TRADUCTION]

47(1) Pour l’application de la présente loi, la conduite d’un membre, attribuable à l’incompétence ou à tout autre motif, mérite d’être punie, qu’elle soit liée ou non à la pratique du membre en tant qu’avocat et qu’elle soit adoptée ou non en Alberta, dans les cas suivants :

a) elle est inconciliable avec les intérêts du public ou ceux des membres du barreau;

b) elle tend à nuire à la réputation de la profession juridique en général.

La conduite qui relève de la compétence du barreau en vertu de l’art. 47 est très générale et englobe celle susceptible de ne pas être liée à la pratique du droit. Il serait absurde de considérer que la Loi vise une conduite non liée à l’exercice de la profession, mais non les décisions prises par un procureur du ministère public dans une affaire criminelle.

G. *Crown Prosecutor's Failure to Disclose Relevant Exculpatory Evidence Not Within Prosecutorial Discretion*

In *Stinchcombe, supra*, the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not, therefore, a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. Absent an explanation demonstrating that the Crown Attorney did not act dishonestly or in bad faith, it is settled law, *per* Sopinka J. for the Court in *Stinchcombe, supra*, at p. 339, that “[t]ransgressions with respect to this duty constitute a very serious breach of legal ethics”. This is reflected in para. (d) of the Rule which applies only to breaches of the duty to disclose which involve dishonesty or bad faith.

In this case, it would appear that the respondent Krieger failed to disclose all relevant information to the defence, but later offered an explanation. If true, the failure to disclose would constitute a violation of the duty expressed in *Stinchcombe*. The explanation would help to determine if the respondent Krieger had acted dishonestly or in bad faith. If so, this would be an ethical breach and would fall within the jurisdiction of the Law Society. The Law Society in the fulfillment of their duties will determine whether the respondent acted in conformity with the professional ethics of the Law Society of Alberta.

H. *Application of this Judgment to Provincial and Federal Crown Prosecutors*

The intervener Attorney General of Canada argues that this Court should restrict its decision to the jurisdiction of a law society over provincial Crown prosecutors as different considerations would apply if a law society were to assert

G. *L'omission du procureur du ministère public de communiquer des éléments de preuve disculpatoires pertinents n'est pas conforme à son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents. Par conséquent, bien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements non pertinents, la communication d'éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire mais plutôt d'obligation de sa part. À défaut d'explication démontrant que le procureur du ministère public n'a pas agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi, il est bien établi, comme le juge Sopinka l'a affirmé, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, p. 339, que « [l]es manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique ». Cela se reflète à l'al. d) de la règle, qui s'applique uniquement aux manquements à l'obligation de communication où il est question de malhonnêteté ou de mauvaise foi.

En l'espèce, il semblerait que l'intimé, M^e Krieger, a omis de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents, mais qu'il a, par la suite, fourni une explication. En l'occurrence, le défaut de communiquer les renseignements en question constitue un manquement à l'obligation énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*. L'explication fournie par l'intimé, M^e Krieger, aiderait à déterminer s'il a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi. Dans l'affirmative, il s'agirait alors d'un manquement à la déontologie qui relèverait de la compétence du barreau. Pour s'acquitter de ses obligations, le Barreau de l'Alberta devra décider si l'intimé a agi de façon conforme à son code de déontologie.

H. *Application du présent jugement aux procureurs du ministère public fédéraux et provinciaux*

L'intervenant, le procureur général du Canada, prétend que notre Cour devrait limiter l'application de sa décision à la compétence d'un barreau sur les procureurs du ministère public provinciaux, étant donné que d'autres considérations s'appliqueraient

54

55

56

jurisdiction over federal Crown prosecutors. A law society has the jurisdiction to review the conduct of a federal or provincial Crown prosecutor to determine whether the prosecutor has acted dishonestly or in bad faith in exercising prosecutorial discretion or fulfilling the disclosure obligations of the Crown. As members of their respective law societies, federal Crown prosecutors are subject to the same ethical obligations as all other members of the bar and not immune to discipline for dishonest or bad faith conduct.

I. *Review of Krieger's Conduct*

57 The Law Society and the Attorney General have different mandates and objectives. It should be obvious that a review of a Crown Attorney's conduct by the Law Society is not a review of the internal operation of the Attorney General's office.

58 An inquiry by the Attorney General into whether a prosecutor has failed to meet departmental standards and should be removed from a case may involve different considerations, standards and/or procedures than an inquiry by the Law Society into whether that prosecutor has breached the rules of ethics warranting sanction. The Attorney General is responsible for determining the policies of the Crown prosecutors. The Law Society is responsible for enforcing the ethical standards required of lawyers. Certain aspects of a prosecutor's conduct may trigger a review by the Attorney General and other aspects, usually ethical conduct considerations, may mean a review by the Law Society. A prosecutor whose conduct so contravenes professional ethical standards that the public would be best served by preventing him or her from practising law in any capacity in the province should not be immune from disbarment. Only the Law Society can protect the public in this way.

si un barreau faisait valoir qu'il a compétence sur les procureurs du ministère public fédéraux. Un barreau a compétence pour examiner la conduite d'un procureur du ministère public provincial ou fédéral afin de déterminer si celui-ci a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en exerçant son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ou en exécutant ses obligations en matière de communication de la preuve. En leur qualité de membres de leurs barreaux respectifs, les procureurs du ministère public fédéraux sont assujettis aux mêmes obligations déontologiques que tous les autres membres du barreau et peuvent faire l'objet de mesures disciplinaires dans le cas où ils ont agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi.

I. *L'examen de la conduite de M^e Krieger*

Le mandat et les objectifs du barreau diffèrent de ceux du procureur général. Il devrait être évident que l'examen de la conduite d'un procureur du ministère public par le barreau ne porte pas sur le fonctionnement interne du bureau du Procureur général.

Lorsque le procureur général tente de déterminer si un procureur du ministère public a manqué aux normes du ministère et s'il devrait être retiré d'un dossier, l'examen auquel il procède alors fait intervenir des considérations, des normes ou des procédures différentes de celles dont le barreau tient compte pour décider si ce procureur du ministère public a commis un manquement aux règles de déontologie méritant d'être puni. Le procureur général a la responsabilité d'établir des politiques applicables aux procureurs du ministère public. Le barreau a la responsabilité de veiller au respect des normes de déontologie auxquelles les avocats sont assujettis. Certains aspects de la conduite d'un procureur du ministère public peuvent donner lieu à un examen par le procureur général, tandis que d'autres aspects, généralement des considérations déontologiques, peuvent entraîner un examen par le barreau. Un procureur du ministère public qui contrevient aux normes de déontologie au point qu'il est dans l'intérêt public de lui interdire de pratiquer le droit en quelque qualité que ce soit dans la province ne devrait pas être à l'abri de la radiation. Seul le barreau est en mesure d'assurer cette protection du public.

The Law Society's jurisdiction to review the respondent's failure to disclose relevant evidence to the defendant is limited to examining whether it was an ethical violation. As explained by M. Proulx and D. Layton in *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at p. 657:

It is worth underlining that not every breach of the legal and constitutional duty to disclose constitutes a violation of an ethical duty. Non-disclosure can result, for instance, from mere inadvertence, a misunderstanding of the nature of the evidence, or even a questionable strategy adopted in good faith. These lapses may represent a denial of the accused's constitutional rights, but an ethical violation often requires more. A finding of professional misconduct must be based upon an act or omission revealing an intentional departure from the fundamental duty to act in fairness. Thus, a judicial determination that disclosure has wrongfully been withheld will not necessarily reveal a breach of ethics. Conversely, an egregious breach of ethics may in some cases have no appreciable effect on the fairness of the trial, when appropriate remedies can cure any harm suffered by the accused.

VII. Conclusion

In light of the foregoing analysis, we answer the issues in this appeal as follows. The Rule is *intra vires* the Act and the Legislature of Alberta. The Law Society has jurisdiction to review the conduct of a prosecutor to determine whether the prosecutor acted dishonestly or in bad faith in failing to disclose relevant information to an accused in a timely manner, notwithstanding that his employer, the Attorney General, has reviewed it from the perspective of an employer.

The appeal is allowed, the judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside, and the judgment of MacKenzie J. at trial is restored. Since the appellant did not request costs, none are awarded.

En examinant l'omission de l'intimé de communiquer au défendeur des éléments de preuve pertinents, le barreau peut seulement se demander si cette omission contrevient à ses règles de déontologie. Comme l'expliquent M. Proulx et D. Layton dans *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 657 :

[TRADUCTION] Il vaut la peine de souligner que les manquements à l'obligation légale et constitutionnelle de communiquer des éléments de preuve ne constituent pas tous des manquements à une obligation déontologique. L'omission de communiquer un élément de preuve peut résulter notamment d'une simple mégarde, d'une méprise quant à la nature de cet élément de preuve ou même d'une stratégie douteuse adoptée de bonne foi. Ces fautes peuvent constituer une négation des droits constitutionnels de l'accusé, mais souvent il faut plus que cela pour qu'il y ait manquement à la déontologie. Pour conclure à une inconduite professionnelle, il faut un acte ou une omission révélant l'existence d'un manquement délibéré à l'obligation fondamentale d'agir équitablement. Ainsi, lorsqu'un tribunal conclut qu'on a illégalement omis de communiquer un élément de preuve, cela n'indique pas nécessairement l'existence d'un manquement à la déontologie. À l'inverse, un manquement inacceptable à la déontologie peut, dans certains cas, n'avoir aucun effet appréciable sur l'équité du procès dans le cas où des réparations appropriées sont susceptibles de remédier au préjudice subi par l'accusé.

VII. Conclusion

Compte tenu de l'analyse qui précède, nous répondons de la manière suivante aux questions soulevées dans le présent pourvoi. La règle en cause est conforme à la Loi et à la compétence de la législature de l'Alberta. Le barreau a compétence pour examiner la conduite d'un procureur du ministère public afin de déterminer si celui-ci a agi de façon malhonnête ou de mauvaise foi en omettant de communiquer à l'accusé des renseignements pertinents en temps opportun, même si, en sa qualité d'employeur du procureur du ministère public, le procureur général en a déjà examiné la conduite.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est annulé et la décision du juge de première instance, le juge MacKenzie, est rétablie. Étant donné que l'appellant n'a pas sollicité de dépens, aucuns ne lui sont accordés.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Law Society of Alberta, Calgary.

Solicitor for the respondent Krieger: Christopher D. Evans, Calgary.

Solicitor for the respondent the Minister of Justice and Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Law Society of Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimé Krieger : Christopher D. Evans, Calgary.

Procureur de l'intimé le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.

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

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

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

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

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.