

**John Campbell and Salvatore
Shirose** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CAMPBELL

File No.: 25780.

1998: May 28; 1999: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Abuse of process — Stay of proceedings — Reverse sting operation involving police “sale” of illegal drugs to drug organization executives — Whether reverse sting operation abuse of process — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 “traffic”, 4 — Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, s. 3(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 37.

Evidence — Privilege — Solicitor-client privilege — Reverse sting operation involving police “sale” of illegal drugs to drug organization executives — RCMP officer consulting Department of Justice lawyer as to legality of planned reverse sting operation — Claim made that reverse sting operation predicated on its being considered legal — Defence wanting to test disclosure of legal advice received by RCMP — Whether communications between RCMP and Department of Justice lawyer should be disclosed.

The RCMP were alleged to have violated the *Narcotic Control Act* by selling a large quantity of hashish to senior “executives” in a drug trafficking organization as part of a reverse sting operation. The appellants, as purchasers, were charged with conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for that purpose. The trial judge found the appellants guilty as charged but, before sentencing, heard their motion for a stay of any further steps in the proceeding. The appellants argued that the reverse sting constituted illegal police conduct which “shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper adminis-

**John Campbell et Salvatore
Shirose** *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CAMPBELL

N° du greffe: 25780.

1998: 28 mai; 1999: 22 avril.

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

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

Droit criminel — Abus de procédure — Arrêt des procédures — Opération policière de «vente surveillée» de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — L'opération de vente surveillée est-elle un abus de procédure? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4 — Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 3(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 37.

Preuve — Secret professionnel de l'avocat — Opération policière de vente surveillée de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — Consultation d'un avocat du ministère de la Justice par un agent de la GRC au sujet de la légalité de l'opération de vente surveillée projetée — Il est allégué que l'opération de vente surveillée était fondée sur la croyance dans sa légalité — La défense veut vérifier la teneur de l'avis juridique obtenu par la GRC — Les communications entre la GRC et l'avocat du ministère de la Justice doivent-elles être divulguées?

Il a été allégué que la GRC a contrevenu à la *Loi sur les stupéfiants* en vendant une importante quantité de haschisch à de hauts «dirigeants» d'une organisation de trafic de drogue, dans le cadre d'une opération de vente surveillée. En tant qu'acheteurs, les appelants ont été inculpés de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de complot en vue de posséder de la résine de cannabis pour en faire le trafic. Le juge du procès a déclaré les appelants coupables des infractions reprochées, mais, avant de prononcer la peine, il a entendu leur requête en arrêt des procédures. Les appelants ont soutenu que la vente surveillée est une activité policière

tration of justice that it warrants judicial intervention". The stay was refused by the courts below.

As part of their case for a stay the appellants sought, but were denied, access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown's position implied that the RCMP acted in accordance with legal advice.

At issue here is the effect, in the context of the "war on drugs", of alleged police illegality on the grant of a judicial stay of proceedings, and related issues regarding the solicitor-client privilege invoked by the RCMP and pre-trial disclosure of solicitor-client communications to which privilege has been waived.

Held: The appeal should be allowed in part.

At this stage of the proceedings, the door is finally and firmly closed against both appellants on the question of guilt or innocence notwithstanding the contention of one appellant that the conspiracy alleged by the Crown, and encompassed in the indictment, was a larger agreement than his demonstrated involvement. The appellant was clearly able to ascertain the conspiracy alleged against him from a plain reading of the indictment as was required by the jurisprudence.

The effect of police illegality on an application for a stay of proceedings depends very much on the facts of a particular case. This case-by-case approach is dictated by the requirement to balance factors which are specific to each fact situation. Here, the RCMP acted in a manner facially prohibited by the *Narcotic Control Act*. Their motive in doing so does not matter because, while motive may be relevant for some purposes, it is intent, not motive, that is an element of a full *mens rea* offence.

A police officer investigating a crime occupies a public office initially defined by the common law and subsequently set out in various statutes and is not acting as a government functionary or as an agent. Here, the only issue was the status of an RCMP officer in the course of a criminal investigation and in that regard the police are independent of the control of the executive government.

illégal qui «choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'[elle] justifie une intervention des tribunaux». Les tribunaux d'instance inférieure ont refusé l'arrêt des procédures.

Dans le cadre de leur requête en arrêt des procédures, les appelants ont tenté en vain d'obtenir l'avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la police et sur lequel cette dernière a affirmé s'être fondée de bonne foi. La position du ministère public donnait à croire que la GRC avait agi conformément à un avis juridique.

Il s'agit en l'espèce d'examiner, dans le contexte de la «guerre contre la drogue», l'effet de l'illégalité policière alléguée relativement à l'arrêt des procédures et aux questions connexes du secret professionnel de l'avocat invoqué par la GRC et de la divulgation avant procès de communications entre avocat et client dans le cas où le secret professionnel est levé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

À cette étape des procédures, la question de la culpabilité ou de l'innocence des appelants est définitivement et fermement réglée malgré la prétention de l'un des appelants que le complot allégué par le ministère public et visé par l'acte d'accusation consistait en une entente plus globale que ce qui a été démontré relativement à sa participation. Il est clair que, comme l'exige la jurisprudence, la simple lecture de l'acte d'accusation permettait à l'appelant de déterminer le complot qui lui était reproché.

L'incidence de l'illégalité commise par la police sur une demande d'arrêt des procédures dépend beaucoup des faits d'une affaire donnée. Il faut procéder au cas par cas afin de soupeser les facteurs particuliers de chaque situation factuelle. En l'espèce, les agents de la GRC ont agi d'une manière en apparence interdite par la *Loi sur les stupéfiants*. Leur mobile n'a aucune importance parce que, bien que le mobile puisse être pertinent à certaines fins, c'est l'intention, et non le mobile, qui constitue l'élément d'une infraction de *mens rea* complète.

Un policier qui enquête sur un crime occupe une charge publique définie à l'origine par la common law et établie par la suite dans différentes lois et n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. En l'espèce, la seule question était le statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement.

Even if the police could be considered agents of the Crown for some purposes, and even if the Crown itself were not bound by the *Narcotic Control Act*, in this case the police stepped outside the lawful ambit of their agency, and whatever immunity was associated with that agency was lost. Parliament made it clear that the RCMP must act “in accordance with the law” and that illegality by the RCMP is neither part of any valid public purpose nor necessarily “incidental” to its achievement. If some form of public interest immunity is to be extended to the police to assist in the “war on drugs”, it should be left to Parliament to delineate the nature and scope of the immunity and the circumstances in which it is available.

Even if it should turn out here that the police acted contrary to the legal advice provided by the Department of Justice, there would still be no right to an automatic stay. The trial judge would still have to consider any other information or explanatory circumstances that emerge during the inquiry into whether the police or prosecutorial conduct “shocks the conscience of the community”. A police force that chooses to operate outside the law is not the same thing as a police force that made an honest mistake on the basis of erroneous advice. There was no reason to think the RCMP ignored the advice it was given, but as the RCMP did make an issue of the legal advice it received in response to the stay applications, the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated.

The RCMP must be able to obtain professional legal advice in connection with criminal investigations without the chilling effect of potential disclosure of their confidences in subsequent proceedings. Here, the officer’s consultation with the Department of Justice lawyer fell squarely within this functional definition, and the fact that the lawyer worked for an “in-house” government legal service did not affect the creation or character of the privilege. Whether or not solicitor-client privilege attaches in any of these situations depends on the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered.

An exception to the principle of confidentiality of solicitor-client communications exists where those communications are criminal or else made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime. Here, the officer sought advice as to whether or not the operation he had in mind was lawful. The privilege is not automatically destroyed if the transaction turns out to be illegal.

Même si les policiers pouvaient être considérés comme des mandataires de l’État dans certains cas et que ce dernier n’était pas lié par la *Loi sur les stupéfiants*, les policiers en l’espèce ont outrepassé les limites légales de leur mandat et, si ce dernier comportait une immunité, celle-ci a été perdue. Le Parlement a bien précisé que la GRC doit agir «conformément au droit» et qu’une illégalité commise par la GRC n’entre dans le cadre d’aucune fin d’intérêt public valide et n’est pas nécessairement «accessoire» à sa réalisation. S’il y a lieu de conférer à la police une certaine forme d’immunité d’intérêt public pour l’aider dans la «guerre contre la drogue», il revient au Parlement de circonscrire la nature et la portée de l’immunité ainsi que les faits qui y donnent ouverture.

Même s’il s’avérait que les actes de la police allaient à l’encontre des conseils juridiques reçus du ministère de la Justice, cela ne donnerait pas lieu automatiquement à un arrêt. Le juge du procès devrait encore prendre en considération tout autre renseignement ou circonstance explicative qui se dégage de l’examen de la question de savoir si la conduite de la police ou de la poursuite «choque la conscience de la collectivité». Une force policière qui choisit d’agir hors la loi n’est pas la même chose qu’une force policière qui a commis une erreur de bonne foi fondée sur un avis erroné. Il n’y a aucune raison de penser que la GRC a écarté l’avis reçu, mais, puisque la GRC l’a invoqué en réponse à la demande d’arrêt des procédures, les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée.

Il faut que la GRC soit capable d’obtenir des conseils juridiques professionnels relativement à des enquêtes criminelles sans devoir subir l’effet paralysant de la divulgation potentielle de confidences à l’occasion de procédures ultérieures. En l’espèce, la consultation donnée à l’agent par l’avocat du ministère de la Justice cadre parfaitement avec cette définition fonctionnelle, et le fait que l’avocat soit à l’emploi d’un service juridique gouvernemental «interne» ne change rien à l’égard de la création ou de la nature du privilège. Le secret professionnel de l’avocat s’appliquera ou non à ces situations selon la nature de la relation, l’objet de l’avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni.

Une exception au principe de la confidentialité des communications avocat-client existe dans les cas où ces communications sont de nature criminelle ou qu’elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d’un crime. En l’espèce, l’agent a demandé un avis sur légalité de l’opération qu’il projetait. Le privilège n’est pas automatiquement écarté si l’opération se révèle illégale.

Destruction of the solicitor-client privilege takes more than evidence of the existence of a crime and proof of an anterior consultation with a lawyer. There must be something to suggest that the advice facilitated the crime or that the lawyer otherwise became a “dupe or conspirator”. The RCMP, by adopting the position that the decision to proceed with the reverse sting had been taken with the participation and agreement of the Department of Justice, belatedly brought itself within the “future crimes” exception and put in question the continued existence of its privilege.

Another exception to the rule of confidentiality of solicitor-client privilege may arise where adherence to that rule would have the effect of preventing the accused from making full answer and defence. Although the entire jeopardy of the appellants remained an open issue until disposition of the stay application, the appellants were not providing “full answer and defence” to the stay application. They were the moving parties of an application being defended by the Crown. The appellants’ initiative in launching a stay application does not, of itself, authorize a fishing expedition into solicitor-client communications to which the Crown is a party.

The RCMP put the officer’s good faith belief in the legality of the reverse sting in issue, and asserted its reliance upon his consultations with the Department of Justice to buttress that position. The RCMP thus waived the right to shelter the contents of that advice behind solicitor-client privilege. It is not always necessary for the client actually to disclose part of the contents of the advice in order to waive privilege to the relevant communications of which it forms a part. It was sufficient in this case for the RCMP to support its good faith argument by undisclosed advice from legal counsel in circumstances where, as here, the existence or non-existence of the asserted good faith depended on the content of that legal advice. Non-disclosure of information clearly relevant to the good faith reliance issue here cannot properly be disposed of by adverse inferences. The appellants were entitled to disclosure of legal advice with respect to: (1) the legality of the police posing as sellers of drugs to persons believed to be distributors of drugs; (2) the legality of the police offering drugs for sale to persons believed to be distributors of drugs; and (3) the possible consequences to the members of the RCMP who engaged in one or both of the above, including the likelihood of prosecution. If there is a dispute concerning the adequacy of disclosure, the disputed documents or information should be provided by the Crown to the trial judge for an initial determination

La levée du privilège exige plus que la preuve de l’existence d’un crime et de la consultation préalable d’un avocat. Il faut quelque élément tendant à établir que l’avis a facilité le crime ou que l’avocat est devenu «dupe ou comploter». En soutenant que la décision d’exécuter l’opération de vente surveillée a été prise avec la participation et l’accord du ministère de la Justice, la GRC s’est placée en fin de compte dans le cadre de l’exception de «crime projeté» et a mis en question le maintien du privilège.

Une autre exception au principe du secret professionnel de l’avocat peut prendre naissance lorsque le respect de ce principe aurait pour effet d’empêcher l’accusé de faire valoir une défense pleine et entière. Bien que le sort entier des appelants demeure non réglé jusqu’à ce que la demande d’arrêt des procédures soit tranchée, les appelants ne faisaient pas valoir une «défense pleine et entière» à la demande d’arrêt des procédures. Ce sont eux qui ont présenté cette demande à laquelle le ministère public s’oppose en défense. La décision des appelants de demander l’arrêt des procédures n’autorise pas en soi une recherche à l’aveuglette dans les communications entre avocat et client auxquelles le ministère public a pris part.

La GRC a fait valoir la croyance [de bonne foi] de l’agent dans la légalité de l’opération de vente surveillée et elle a affirmé s’être fiée aux consultations qu’il avait eues avec le ministère de la Justice afin d’étayer cet argument. La GRC a donc renoncé au droit d’abriter le contenu de cet avis derrière le secret professionnel de l’avocat. Il n’est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l’avis juridique pour qu’il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l’avis fait partie. En l’espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l’avis non divulgué de l’avocat alors que l’existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. On ne peut pas en l’espèce régler par inférences défavorables la question de l’absence de divulgation de renseignements manifestement pertinents à l’égard du moyen de l’avis suivi de bonne foi. Les appelants ont droit à ce que leur soient divulgués les avis juridiques concernant (1) la légalité du fait que des policiers prétendent être des vendeurs de drogue auprès de personnes soupçonnées d’être des distributeurs de drogue; (2) la légalité du fait que des policiers offrent de vendre de la drogue à des personnes soupçonnées d’être des distributeurs de drogue; (3) les conséquences possibles pour les membres de la GRC qui se livrent à l’une des activités susmentionnées, ou aux deux, y compris la possibilité de

whether this direction has been complied with. The trial judge should then determine what, if any, additional disclosure should be made to the appellants.

poursuites. En cas de conflit au sujet du caractère suffisant de la divulgation, les documents ou renseignements contestés doivent être remis par le ministère public au juge du procès qui décidera d'abord si la présente ordonnance a été respectée. Le juge du procès devra alors décider quelle information supplémentaire, s'il en est, devrait être divulguée aux appelants.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339; *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; **disapproved:** *Rutherford v. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126; *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261; **considered:** *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; **referred to:** *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Lore*, Sup. Ct., No. 500-01-013926-891, March 8, 1991; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Showman*, [1988] 2 S.C.R. 893; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Bond* (1993), 135 A.R. 329, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. v; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. viii; *R. v. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481; *R. v. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207; *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106; *Enever v. The King* (1906), 3 C.L.R. 969; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. v. Creswell*, [1998] B.C.J. No. 1090 (QL); *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396, aff'd (1990), 74 O.R. (2d) 225; *Perrier v. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645; *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890); *Baucom v. Martin*, 677 F.2d 1346 (1982); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255; *R. v. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196; *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982]

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339; *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; **arrêts critiqués:** *Rutherford c. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126; *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261; **arrêt examiné:** *Rogers c. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; **arrêts mentionnés:** *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Lore*, C. sup., n° 500-01-013926-891, 8 mars 1991; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Showman*, [1988] 2 R.C.S. 893; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Bond* (1993), 135 A.R. 329, autorisation d'appel refusée, [1993] 3 R.C.S. v; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. viii; *R. c. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481; *R. c. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207; *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106; *Enever c. The King* (1906), 3 C.L.R. 969; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. c. Creswell*, [1998] B.C.J. No. 1090 (QL); *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396, conf. par (1990), 74 O.R. (2d) 225; *Perrier c. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645; *R. c. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890); *Baucom c. Martin*, 677 F.2d 1346 (1982); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255; *R. c. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196; *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982]

1 S.C.R. 860; *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981); *Minter v. Priest*, [1929] 1 K.B. 655; *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353; *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (1998); *R. v. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581; *State ex rel. North Pacific Lumber Co. v. Unis*, 579 P.2d 1291; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *United States v. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981).

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 8.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 462.37 [ad. R.S.C., 1985, c. 42 (4th Supp.), s. 2], 686(1)(b)(iii), (2), (8).
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 36 [rep. S.C. 1990, c. 8, s. 32].
Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4.
Department of the Solicitor General Act, R.S.C., 1985, c. S-13.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10.
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "traffic", 4.
Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, s. 3(1).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 5 [am. R.S.C., 1985, c. 8 (2nd Supp.), s. 2], 37 [rep. *ibid.*, s. 16].

Authors Cited

Choo, Andrew L.-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
 Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. London: MacMillan & Co., 1927.
 Greaney, Gail M. Note, "Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification" (1992) 67 *Notre Dame L. Rev.* 745.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981.
 Restatement of the Law Third, The Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996).

1 R.C.S. 860; *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981); *Minter c. Priest*, [1929] 1 K.B. 655; *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353; *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (1998); *R. c. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *O'Rourke c. Darbishire*, [1920] A.C. 581; *State ex rel. North Pacific Lumber Co. c. Unis*, 579 P.2d 1291; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *United States c. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 462.37 [aj. L.R.C. (1985), ch. 42 (4^e suppl.), art. 2], 686(1)(b)(iii), (2), (8).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 8.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 5 [mod. L.R.C. (1985), ch. 8 (2^e suppl.), art. 2], 37 [abr. *ibid.*, art. 16].
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985) ch. C-50, art. 36 [abr. L.C. 1990, ch. 8, art. 32].
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4.
Loi sur le ministère du Solliciteur général, L.R.C. (1985), ch. S-13.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4.
Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 3(1).

Doctrine citée

Choo, Andrew L.-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
 Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. London: MacMillan & Co., 1927.
 Greaney, Gail M. Note, "Crossing the Constitutional Ligne: Due Process and the Law Enforcement Justification" (1992) 67 *Notre Dame L. Rev.* 745.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981.
 Restatement of the Law Third, The Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996).

Scott, F. R. *Civil Liberties & Canadian Federalism*. The Plaunt Lectures, Carleton University, 1959. Toronto: University of Toronto Press, 1959.

“The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges” (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730.

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 32 O.R. (3d) 181, 96 O.A.C. 372, 115 C.C.C (3d) 310, 5 C.R. (5th) 391, [1997] O.J. No. 120 (QL), affirming a judgment of the Ontario Court (General Division), [1995] O.J. No. 431 (QL), denying the appellants’ application for a stay of proceedings. Appeal allowed in part.

Alan D. Gold, for the appellant John Campbell.

Irwin Koziembrocki, for the appellant Salvatore Shirose.

Robert W. Hubbard, Fergus C. O’Donnell and John North, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal the Court is asked to consider some implications of the constitutional principle that everyone from the highest officers of the state to the constable on the beat is subject to the ordinary law of the land. Here the police were alleged to have violated the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, by selling a large quantity of hashish (cannabis resin) to senior “executives” in a drug trafficking organization as part of what counsel called a “reverse sting” operation. The appellants, as purchasers, were charged with conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for that purpose. The trial judge found the appellants guilty as charged but, before sentencing, heard the appellants’ motion for a stay of any further steps in the proceeding. The appellants argued that the reverse sting constituted illegal police conduct which “shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention” (see *R. v. Power*, [1994] 1

Scott, F. R. *Civil Liberties & Canadian Federalism*. The Plaunt Lectures, Carleton University, 1959. Toronto: University of Toronto Press, 1959.

“The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges” (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1997), 32 O.R. (3d) 181, 96 O.A.C. 372, 115 C.C.C (3d) 310, 5 C.R. (5th) 391, [1997] O.J. No. 120 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l’Ontario (Division générale), [1995] O.J. No. 431 (QL), rejetant la demande des appelants en vue d’un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli en partie.

Alan D. Gold, pour l’appelant John Campbell.

Irwin Koziembrocki, pour l’appelant Salvatore Shirose.

Robert W. Hubbard, Fergus C. O’Donnell et John North, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à examiner certaines incidences du principe constitutionnel que tous, du plus haut fonctionnaire de l’État au simple patrouilleur, sont soumis au droit commun du pays. En l’espèce, il est allégué que la police a contrevenu à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, en vendant une importante quantité de haschisch (résine de cannabis) à de hauts «dirigeants» d’une organisation de trafic de drogue, dans le cadre de ce que les avocats appellent une opération de «vente par des agents d’infiltration» ou «vente surveillée». En tant qu’acheteurs, les appelants ont été inculpés de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de complot en vue de posséder de la résine de cannabis pour en faire le trafic. Le juge du procès a déclaré les appelants coupables des infractions reprochées, mais, avant de prononcer la peine, il a entendu leur requête en arrêt des procédures. Les appelants ont soutenu que la vente surveillée est

S.C.R. 601, at p. 615). The stay was refused by the courts below.

2 As part of their case for a stay the appellants sought, but were denied, access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown indicated that the undisclosed advice assured the police, rightly or wrongly, that sale of cannabis resin in the circumstances of a reverse sting was lawful. The appellants argue that the truth of this assertion can only be tested by a review of the otherwise privileged communications.

3 We are therefore required to consider in the context of the “war on drugs”, the effect of alleged police illegality on the grant of a judicial stay of proceedings, and related issues regarding the solicitor-client privilege invoked by the RCMP and pre-trial disclosure of solicitor-client communications to which privilege has been waived.

Facts

4 In the autumn of 1991, the RCMP initiated a reverse sting operation involving undercover officers posing as large-scale hashish vendors. This operation was undertaken after Corporal Richard Reynolds of the RCMP became aware of the decision of the Quebec Superior Court in *R. v. Lore* (an unreported decision of Pinard J., March 8, 1991, No. 500-01-013926-891) which, in Cpl. Reynolds’ view, gave implicit approval to a reverse sting operation in which police offered to sell narcotics to suspected drug traffickers. Cpl. Reynolds contacted Mr. James Leising, an experienced senior lawyer employed by the Department of Justice in Toronto, to obtain professional advice as to the legality of a reverse sting operation. Seven or eight meetings were held between Cpl. Reynolds and the Department of Justice lawyer in

une activité policière illégale qui «choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l’administration régulière de la justice au point qu’[elle] justifie une intervention des tribunaux» (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 615). Les tribunaux d’instance inférieure ont refusé l’arrêt des procédures.

Dans le cadre de leur demande, les appelants ont tenté en vain d’obtenir l’avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la police et sur lequel cette dernière a affirmé s’être fondée de bonne foi. Le ministère public a indiqué que cet avis non divulgué confirmait à la police, à tort ou à raison, que la vente de résine de cannabis par des agents d’infiltration était légale. Les appelants prétendent que la véracité de cette affirmation peut être vérifiée uniquement par l’examen des communications qui, dans d’autres circonstances, seraient privilégiées.

Il incombe donc à notre Cour d’examiner, dans le contexte de la «guerre contre la drogue», l’effet de l’illégalité policière alléguée relativement à l’arrêt des procédures et aux questions connexes du secret professionnel de l’avocat invoqué par la GRC et de la divulgation avant procès de communications entre avocat et client dans le cas où le secret professionnel est levé.

Les faits

À l’automne 1991, la GRC a entrepris une opération de vente surveillée au moyen d’agents d’infiltration prétendant être des vendeurs de grandes quantités de haschisch. Cette opération a été entreprise après que le capl. Richard Reynolds de la GRC ait pris connaissance de la décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans *R. c. Lore* (décision inédite rendue par le juge Pinard le 8 mars 1991, n° 500-01-013926-891) qui, selon lui, approuvait implicitement les opérations de ce genre, dans lesquelles des policiers offrent de vendre des stupéfiants à de présumés trafiquants de drogue. Le caporal Reynolds a communiqué avec M. James Leising, qui est un avocat principal d’expérience du ministère de la Justice à Toronto, afin d’obtenir un avis juridique concernant la légalité d’une opération de vente par des agents d’infiltra-

relation to the proposed operation. In September of 1991, approval by senior RCMP officers was given to initiate the reverse sting. Using the help of a police informant, the police contacted two groups of potential purchasers through the appellant Shirose. Negotiations with these groups included showing the hashish to prospective purchasers. However, the RCMP was careful not to provide any samples, despite requests to do so. The hashish remained under the control of the RCMP at all times. The appellant Campbell eventually participated in the negotiations as a financier for one of the two groups and in January 1992, the appellant Campbell, with the help of the appellant Shirose, agreed to pay \$270,000 for 50 kilograms of cannabis resin. The retail value of these drugs at street level, as found by the trial judge, was close to \$1 million. Instead of receiving the expected 50 kilograms of cannabis resin in exchange for payment, however, the appellants were arrested and charged with conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for the purpose of trafficking.

In advance of the trial, to support their submission that if convicted, the proceedings should be stayed, the appellants sought to subpoena Mr. Leising from the Department of Justice to testify about the communications that had occurred with Cpl. Reynolds with respect to the legality of the reverse sting operation. The trial judge quashed the subpoena on the grounds that the communications were protected by solicitor-client privilege and did not fall within one of the recognized exceptions. Subsequently, during the application to stay the proceedings, counsel for the appellants sought to examine Cpl. Reynolds on the content of his communications with the Department of Justice. Again the trial judge upheld the assertion of solicitor-client privilege and denied the appellants' application to force disclosure of these communications. Based on the admissible evidence, the trial judge then dismissed the stay of proceedings application. The appellant Shirose was sentenced to six years in penitentiary. The appellant Campbell was

tion. Le caporal Reynolds et l'avocat du ministère de la Justice se sont rencontrés sept ou huit fois au sujet de l'opération projetée. En septembre 1991, sa mise en œuvre a été approuvée par des officiers supérieurs de la GRC. Avec l'aide d'un indicateur de police, des policiers ont communiqué avec deux groupes d'acheteurs potentiels par l'entremise de l'appellant Shirose. Dans le cadre des négociations avec ces groupes, du haschisch a été montré à des acheteurs potentiels. Toutefois la GRC a pris soin de ne pas fournir d'échantillon, bien qu'on lui en ait demandé. La drogue est toujours demeurée en la possession de la GRC. L'appellant Campbell s'est ensuite joint aux négociations en tant que financier pour l'un des deux groupes et, en janvier 1992, avec l'aide de l'appellant Shirose, il a convenu de payer 270 000 \$ pour 50 kg de résine de cannabis. Le juge du procès a conclu que la valeur de détail de la drogue dans la rue se situait à près de un million de dollars. Toutefois, plutôt que de recevoir les 50 kg de résine de cannabis prévus en contrepartie du paiement, les appelants ont été arrêtés et inculpés de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de complot en vue de posséder de la résine de cannabis pour en faire le trafic.

Avant le procès, pour appuyer leur argument qu'en cas de déclaration de culpabilité, il devrait y avoir arrêt des procédures, les appelants ont cherché à assigner M. Leising, du ministère de la Justice, à témoigner relativement aux communications avec le capl. Reynolds concernant la légalité de l'opération de vente surveillée. Le juge du procès a annulé le subpoena aux motifs que les communications étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et qu'elles ne faisaient pas l'objet de l'une des exceptions reconnues. Par la suite, au cours de l'audition de la demande d'arrêt des procédures, les avocats des appelants ont voulu interroger le capl. Reynolds sur le contenu de ses communications avec le ministère de la Justice. De la même façon, le juge du procès a accepté l'argument qu'elles étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et il a rejeté la demande des appelants, qui visait à obtenir la divulgation de ces communications. Se fondant sur la preuve admissible, le juge du procès a alors rejeté la demande

sentenced to nine years in penitentiary, plus forfeiture of the purchase price paid to the police. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal except to remit the issue of forfeiture to the trial judge to await an application by the Attorney General, if he sees fit to make it, for forfeiture of the purchase price under s. 462.37 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Evidence of Police "Good Faith"

6

On the return of the stay motion, the Crown set out to establish that the police had at all stages acted in good faith and in the belief that the reverse sting was legal. At the application for a stay of proceedings hearing, counsel for the Crown questioned Cpl. Reynolds as follows:

Q. Was your project [the reverse sting operation] tailored on the outlines of the project or [sic] the *Lore* case?

A. Yes, sir.

Q. And it was your understanding as a result of the *Lore* case that that was lawful behaviour?

A. Yes, sir.

It emerged that Cpl. Reynolds had consulted the Department of Justice about the legality of the reverse sting. Appellants' counsel pursued this issue with Cpl. Reynolds as follows:

Q. So to return then, based upon this [*Lore*] decision coming to your attention, did you also obtain any other advice regarding any concerns you might have had about this type of an operation?

A. Sought legal advice.

Q. And from whom did you seek legal advice?

A. The Department of Justice, Toronto.

Q. And was it one individual or more than one individual?

d'arrêt des procédures. L'appelant Shirose a reçu une peine de six ans de pénitencier et l'appelant Campbell une peine de neuf ans de pénitencier en sus de la confiscation du prix d'achat payé à la police. La Cour d'appel a rejeté leur appel en renvoyant toutefois la question de la confiscation au juge du procès afin d'attendre que le procureur général, s'il l'estime approprié, présente une demande de confiscation du prix d'achat en vertu de l'art. 462.37 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

La preuve de la «bonne foi» de la police

À l'audition de la requête en arrêt des procédures, le ministère public a tenté de démontrer que, tout au long de l'opération, la conduite de la police avait été dictée par la bonne foi et par la croyance que la vente surveillée était légale. L'avocat du ministère public a posé les questions suivantes au capl. Reynolds:

[TRADUCTION]

Q. Votre projet [de vente surveillée] était-il conçu de la même façon que celui de l'affaire *Lore*?

A. Oui, monsieur.

Q. Et vous aviez déduit de l'affaire *Lore* que cette façon de faire était légale?

A. Oui, monsieur.

Il est ressorti que le capl. Reynolds avait consulté le ministère de la Justice au sujet de la légalité de la vente surveillée. L'avocat d'un des appelants a poursuivi dans cette veine lorsqu'il a interrogé le capl. Reynolds:

[TRADUCTION]

Q. Alors, pour revenir à cela, après avoir pris connaissance de cette affaire [*Lore*], avez-vous obtenu d'autres opinions sur des préoccupations que vous pouviez avoir au sujet de ce genre d'opération?

A. J'ai demandé un avis juridique.

Q. Et, à qui l'avez-vous demandé?

A. Au ministère de la Justice à Toronto.

Q. Et, à une ou à plusieurs personnes?

A. One individual.

Q. And who was that?

A. Mr. Leising.

The precise purpose of obtaining this legal advice came out under further questioning from appellants' counsel, as follows:

Q. Now that you know what I am reading from sir, what I asked was, "The issues for which advice was sought concerned the propriety of the police posing as sellers of drugs to persons believed to be distributors of drugs." Is that accurate?

A. That's correct.

Q. "The propriety of the police offering hashish for sale to persons believed to be distributors of hashish." Is that correct?

A. Yes, sir.

Q. "The release of a sample of hashish to certain of those persons." Is that correct?

A. Yes, sir.

Q. "The possible consequences to the members who engaged in such conduct." Is that correct?

A. Yes, sir.

. . .

Q. When you went to Mr. Leising, were you concerned about any of the members of your force who did engage in this operation, being prosecuted?

A. That would have been one of the issues.

Q. And then to return to Officer Plomp's certificate, the last thing he said is, "and the issue of entrapment." Was that one of the items on the agenda with Mr. Leising?

A. Yes, sir.

The Crown successfully objected to counsel for the appellants questioning Cpl. Reynolds with respect to the actual advice given because of the claim of solicitor-client privilege. The appellants' counsel then attempted to use this objection to narrow the

A. Une personne.

Q. Et, qui était cette personne?

A. M. Leising.

Le but précis de l'obtention de l'avis juridique ressort de questions posées ultérieurement par l'avocat d'un des appelants:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant que vous savez de quel document je fais lecture, ma question était: «Les questions sur lesquelles l'avis était demandé étaient de savoir s'il était approprié que des policiers se fassent passer pour des vendeurs de drogue vis-à-vis de personnes soupçonnées d'être des distributeurs de drogue». Est-ce exact?

A. C'est exact.

Q. «La question de savoir s'il était approprié que des policiers offrent de vendre du haschisch à des personnes soupçonnées d'être des distributeurs de haschisch». Est-ce exact?

A. Oui, monsieur.

Q. «Le fait de donner un échantillon de haschisch à certaines de ces personnes». Est-ce exact?

A. Oui, monsieur.

Q. «Les conséquences possibles pour les agents qui se livraient à de telles activités». Est-ce exact?

A. Oui, monsieur.

. . .

Q. Lorsque vous avez rencontré M. Leising, étiez-vous préoccupé par la possibilité que l'un des agents de votre force qui participaient à l'opération puisse être poursuivi?

A. C'était une des questions.

Q. Et, pour revenir maintenant au certificat de l'agent Plomp, la dernière chose qu'il a dite est: «et la question de la provocation policière». S'agissait-il d'une des questions discutées avec M. Leising?

A. Oui, monsieur.

Le ministère public a fait objection, en vertu du secret professionnel, à ce que les avocats des appelants interrogent le capl. Reynolds sur le contenu de l'avis qui lui avait été fourni et son objection a été acceptée. L'avocat d'un des appelants a alors

potential ambit of the Crown's "good faith" argument:

So it is my respectful submission that the Crown certainly cannot argue that the police acted in good faith because they acted on legal advice, because we don't know what legal advice they got. We don't know what qualifications or conditions were attached. We don't know whether they were told, 'This is going to be illegal and you're on your own. You're at risk.' We don't know if they were told, 'It's illegal but don't worry, we'll never prosecute you.'

So, with respect, I certainly don't want to hear the argument that, 'Oh well, the police acted in good faith because they acted on legal advice.' because then I would like to know what that advice was so I can see whether that's true or not. So in my submission, if they are going to rely on solicitor/client privilege, then that issue has to drop completely out of the case.

THE COURT: Well I am sure the Crown will have something to say about that.

MR. GOLD: Well my suspicion is that they probably won't because they might be aware that that might open the door to further proceedings to an argument for disclosure of it, but I guess I will have to wait and see Your Honour. [Emphasis added.]

Judgments

Ontario Court (General Division), [1995] O.J. No. 431 (QL)

Ruling on Application for Stay of Proceedings

⁷ Caswell J. divided her analysis of the stay application into two parts. In the first part, she dealt with the issue of entrapment as a sub-issue of the abuse of process doctrine. In the second part, she dealt with prosecutorial conduct more generally as giving rise to potential abuses of process.

⁸ In discussing entrapment, Caswell J. considered the judgment of this Court in *R. v. Mack*, [1988] 2

tenté d'utiliser cette objection pour affaiblir la portée de l'argument de «bonne foi» du ministère public:

[TRADUCTION] Je soutiens donc respectueusement que le ministère public ne peut certainement pas prétendre que les policiers ont agi de bonne foi en se fondant sur un avis juridique, parce que nous ne connaissons pas le contenu de l'avis juridique qu'ils ont reçu. Nous ne connaissons pas la nature des réserves et des conditions qui y étaient attachées. Nous ne savons pas s'ils se sont fait dire: «C'est illégal et vous le ferez à vos propres risques et périls. Vous prenez un risque». Nous ne savons pas s'ils se sont fait dire: «C'est illégal, mais ne vous inquiétez pas; nous ne vous poursuivrons jamais».

Donc, avec égards, je ne veux certainement pas entendre l'argument que: «Et bien, les policiers ont agi de bonne foi parce qu'ils se sont fondés sur un avis juridique», parce qu'à ce moment-là, je voudrais bien connaître le contenu de cet avis pour savoir si c'est vrai ou non. Je soutiens donc que s'ils décident d'invoquer le secret professionnel de l'avocat, il faut alors que cette question soit complètement écartée de l'affaire.

LA COUR: Bien, je suis convaincue que le ministère public aura quelque chose à dire à ce sujet.

M. GOLD: Bien, j'ai plutôt l'impression qu'ils ne diront rien parce qu'ils doivent savoir que cela pourrait ouvrir la porte à d'autres procédures, à une demande de divulgation de l'avis, mais je suppose que je dois attendre et voir ce qui va se passer, madame le juge. [Je souligne.]

Les jugements antérieurs

La Cour de l'Ontario (Division générale), [1995] O.J. No. 431 (QL)

La décision sur la demande d'arrêt des procédures

Le juge Caswell a séparé en deux parties son examen de la demande d'arrêt des procédures. Dans la première, elle a examiné la provocation policière en tant que sous-question de la théorie de l'abus de procédure. Dans la deuxième, elle s'est penchée, de façon générale, sur le type de conduite de la poursuite susceptible de donner naissance à des abus de procédure.

Dans son analyse de la provocation policière, le juge Caswell a examiné l'arrêt de notre Cour

S.C.R. 903, in which Lamer J. (as he then was) pointed out that a stay of proceedings is not to be considered as a method of disciplining the police or the prosecution, but rather, that the Court is concerned with the larger issue of maintenance of public confidence in the judicial process. The trial judge noted that entrapment may be established where (a) the authorities provide an opportunity to persons to commit an offence without reasonable suspicion or acting *mala fides*, or (b) having a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing a mere opportunity and actually induce the commission of an offence. Caswell J. held that the police had acted with reasonable suspicion with respect to both appellants. She noted that the appellant Shirose had been involved in a search for a large-scale supplier of hashish long before the RCMP began its operation. She considered that the appellant Campbell volunteered himself “out of the woodwork” and joined the conspiracy completely on his own initiative. As to the allegation that the RCMP had induced the commission of the offences, Caswell J. concluded, based on the criteria set out in *Mack*, that the police conduct had not induced the offence or otherwise gone beyond “the limits that society deems proper”. Accordingly, there was no entrapment on the facts of this case.

In considering the broader aspects of the doctrine of abuse of process, Caswell J. concluded that it was not necessary for her to decide whether or not the reverse sting operation was illegal. Instead, she posed the question whether this is one of the “clearest cases” in which the proceedings are so overwhelmingly unfair that to proceed would be contrary to the interests of justice. After reviewing various cases involving police conduct that did not result in stays of proceedings, and measuring the conduct of the police and Crown counsel in this case against the criteria set out in *Mack, supra, R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, *R. v. Showman*, [1988] 2 S.C.R. 893, and *Power, supra*, Caswell J.

R. c. Mack, [1988] 2 R.C.S. 903, dans lequel le juge Lamer (alors juge puîné) soulignait que l’arrêt des procédures ne devait pas être considéré comme une façon de discipliner la police ou la poursuite, mais que la Cour s’intéressait à la question plus large du maintien de la confiance du public dans le processus judiciaire. Le juge du procès a souligné que la provocation policière peut être établie lorsque: a) les autorités fournissent à quelqu’un l’occasion de commettre une infraction en l’absence de soupçon raisonnable ou en agissant de mauvaise foi; ou, b) ayant des soupçons raisonnables ou au cours d’une véritable enquête, elles ne se contentent pas de fournir une occasion de commettre une infraction mais incitent réellement à la commettre. Le juge Caswell a conclu que la police avait agi sur la foi d’un soupçon raisonnable à l’égard des deux appelants. Elle a fait remarquer que l’appellant Shirose avait été impliqué dans la recherche d’un important fournisseur de haschisch bien avant que la GRC ne débute son opération. Elle a conclu que l’appellant Campbell était «sorti de nulle part» et avait pris part au complot entièrement de son propre chef. Quant à l’allégation selon laquelle la GRC avait provoqué la perpétration des infractions reprochées, le juge Caswell s’est fondée sur les critères énoncés dans l’arrêt *Mack* pour conclure que la conduite de la police n’était pas à l’origine de l’infraction et que les policiers n’avaient pas outrepassé [TRADUCTION] «les limites que la société juge acceptables». Les faits de la présente affaire indiquaient donc l’absence de provocation policière.

Après avoir examiné les aspects généraux de la théorie de l’abus de procédure, le juge Caswell a conclu qu’elle n’avait pas à décider si l’opération de vente surveillée était illégale. Elle s’est plutôt demandé s’il s’agissait de l’un des «cas les plus manifestes», où les procédures sont tellement injustes que leur poursuite serait contraire à l’intérêt de la justice. Après avoir passé en revue différentes affaires qui portaient sur la conduite de la police et qui n’avaient pas donné lieu à l’arrêt des procédures, et après avoir évalué la conduite de la police et de l’avocat du ministère public en l’espèce à la lumière du critère énoncé dans *Mack*, précité, *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, *R. c.*

concluded that it was in the interest of justice to proceed to enter the conviction and impose sentence. In her view, society would not be offended by the acts of the prosecution. Society would be offended by the imposition of a stay.

Court of Appeal for Ontario (1997), 32 O.R. (3d) 181

10 Carthy J.A. disagreed with the conclusion of the trial judge that it was not necessary to determine the legality of the police conduct. Also basing himself on the judgment of Lamer J. in *Mack, supra*, Carthy J.A. considered that police illegality was an important factor to be weighed in evaluating an accused's claim of abuse of process and, indeed, he considered that illegality may in certain instances be determinative.

11 After setting out the relevant portions of the *Narcotic Control Act*, Carthy J.A. noted that the *Narcotic Control Regulations*, C.R.C., c. 1041, s. 3(1), saves the police harmless where possession of a narcotic results from sting operations. There is no corresponding regulation giving the police immunity when they are offering to sell a narcotic. Carthy J.A. concluded that the RCMP's offer to sell a narcotic to the appellants constituted trafficking, and that it was irrelevant that the RCMP had no intention of completing the sale. Therefore, on the face of the statute, the conduct of the RCMP in this case was, in Carthy J.A.'s view, illegal.

12 Carthy J.A. then considered the Crown's arguments about extending public interest immunity to the RCMP and concluded that the Crown does not exercise sufficient *de jure* control over the activities of RCMP members to justify such immunity from prosecution for breach of the criminal law as it relates to narcotics. As to the related concept of immunity derived from Crown agency, Carthy J.A. considered that, while members of the RCMP are entitled to seek out criminality through a variety of different methods, this mandate does not extend to methods that would be illegal if done by any other

Showman, [1988] 2 R.C.S. 893, et *Power*, précité, le juge Caswell a conclu qu'il était dans l'intérêt de la justice de prononcer la déclaration de culpabilité et d'infliger la peine. Elle était d'avis que les actes de la poursuite n'étaient pas de nature à offenser la société, mais que celle-ci serait offensée par une ordonnance d'arrêt des procédures.

La Cour d'appel (1997), 32 O.R. (3d) 181

Le juge Carthy était en désaccord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'était pas nécessaire de déterminer la légalité de la conduite de la police. Se fondant également sur les motifs rédigés par le juge Lamer dans *Mack*, précité, le juge Carthy a estimé que l'illégalité commise par la police était un facteur important dans l'analyse de l'abus de procédure invoqué par un accusé et qu'en fait cette illégalité pouvait être déterminante dans certains cas.

Après avoir reproduit les parties pertinentes de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Carthy a souligné que le par. 3(1) du *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., ch. 1041, exonère la police lorsque des opérations d'infiltration entraînent la possession d'un stupéfiant. Aucune disposition réglementaire équivalente ne confère l'immunité aux policiers lorsqu'ils offrent de vendre un stupéfiant. Le juge Carthy a estimé que l'offre de la GRC de vendre un stupéfiant aux appelants constituait du trafic et que le fait que la GRC n'avait pas l'intention de réaliser la vente était sans pertinence. Il a donc conclu qu'au vu du libellé de la loi, la conduite de la GRC en l'espèce était illégale.

Le juge Carthy s'est alors penché sur l'argument du ministère public selon lequel l'immunité d'intérêt public devrait être étendue à la GRC, et il a conclu que l'État n'exerçait pas un contrôle suffisant, en droit, sur les activités des membres de la GRC pour justifier l'immunité contre des poursuites en vertu des dispositions de droit criminel relatives aux stupéfiants. En ce qui concerne la notion connexe d'immunité découlant du statut de mandataire de l'État, le juge Carthy a conclu que, bien que les membres de la GRC aient le droit de faire échec à la criminalité au moyen de différentes

person. Carthy J.A. examined *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551. When Crown agents act within the scope of the public purposes they are statutorily empowered to pursue, they may be entitled to claim Crown immunity, he held, but in this case the RCMP officers had stepped outside the scope of any agency relationship that may have existed.

Carthy J.A. agreed with the trial judge that there was no entrapment. He went on, however, to consider whether the RCMP conduct amounted to an abuse of process for reasons other than entrapment. He noted that the illegal conduct of the RCMP did not involve a trifling amount of drugs. Further, he noted that the illegal conduct was authorized at all levels of the RCMP. He was prepared to infer that the reverse sting was considered lawful by the Department of Justice, and he treated this as an aggravating factor because “the full might of the Crown resources were set upon the task of illegal conduct” (p. 197). Carthy J.A. noted an alternate possibility that the police were acting on their own as “mavericks” contrary to legal advice. While he doubted that this was in fact the case, Carthy J.A. at p. 197 considered this would be

... an aggravating factor against the Crown of about equal weight to the first assumption [i.e., of equal weight to the assumption that the RCMP did follow the legal advice].

A third possibility, he considered, was that the RCMP had been advised that the reverse sting would be legal provided no drugs were passed to the appellants as part of a “sale”. If so, the RCMP had complied with the advice rendered, even though failure to complete the transaction did not change its illegality. Carthy J.A. recognized that all three scenarios were necessarily speculative on his part. He said, at p. 200, that had he been the trial judge he “would have directed production of the documents and evidence of the Crown law

méthodes, ce mandat ne couvre pas les méthodes qui seraient illégales si elles étaient employées par toute autre personne. Le juge Carthy a analysé l’arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, et a conclu que lorsque des mandataires de l’État agissent dans le cadre des fins d’intérêt public que la loi les autorise à poursuivre, ils peuvent réclamer l’immunité de l’État, mais que, en l’espèce, les agents de la GRC avaient agi hors du cadre de toute relation mandant-mandataire susceptible d’avoir existé.

Le juge Carthy s’est dit d’accord avec le juge du procès sur le fait qu’il n’y avait pas de provocation policière. Il a toutefois examiné ensuite si la conduite de la GRC équivalait à un abus de procédure pour des motifs autres que la provocation policière. Il a souligné que la conduite illégale de la GRC portait sur une quantité non négligeable de drogue. Il a de plus fait remarquer que cette conduite illégale avait été autorisée à tous les échelons de la GRC. Il était prêt à inférer que la vente surveillée était considérée légale par le ministère de la Justice, ce qu’il estimait être une circonstance aggravante parce que [TRADUCTION] «l’État a utilisé toute la puissance de ses ressources à l’accomplissement d’une tâche illégale» (p. 197). Le juge Carthy a mentionné aussi la possibilité que les policiers aient agi de leur propre chef comme des «rebelles», contrairement à l’avis juridique. Bien que doutant que cela fût réellement le cas, le juge Carthy a estimé à la p. 197 que cela constituerait

[TRADUCTION] ... une circonstance aggravante contre le ministère public d’un poids à peu près équivalent à celui de la première hypothèse [c.-à-d., l’hypothèse que la GRC a effectivement suivi l’avis juridique].

La troisième possibilité qu’il a examinée était que l’avis donné à la GRC disait que la vente surveillée serait légale tant qu’aucune drogue n’était remise aux appelants dans le cadre d’une vente. Si tel était le cas, la GRC s’était conformée à l’avis fourni, bien que le fait de ne pas avoir finalisé l’opération ne change rien à son illégalité. Le juge Carthy a reconnu que ces trois scénarios n’étaient nécessairement que des conjectures de sa part. Il a dit que, s’il avait été à la place du juge du procès, [TRADUCTION] «il aurait ordonné le dépôt des

13

14

officer”. However, while “[i]t obviously would have been better if the [Department of Justice] information had been conveyed [to the appellants] at trial” (p. 200), no miscarriage of justice occurred because even assuming “the worst” against the Crown no stay could be justified in the circumstances of this case. It was not one of the clearest cases, nor did it involve conduct that would cause the public conscience to be shocked if the convictions were permitted to stand. He concluded, at pp. 198-99, that “[h]aving condemned the actions of the R.C.M.P. and having held up [his] hand against repetition, it would, in [his] view, be sanctionious to say that the rule of law ha[d] been eroded by these convictions and sentences”. The Court of Appeal dismissed the other grounds of appeal, save for the technical variation in the order for forfeiture previously mentioned.

Analysis

Reverse Sting Operations

15 There is a general recognition that “[i]f the struggle against crime is to be won, the ingenuity of criminals must be matched by that of the police” (*Mack, supra, per Lamer J.*, at p. 916). In a “sting” operation, the police pose as willing purchasers of narcotics to obtain evidence against traffickers. The *Narcotic Control Regulations* accept the legitimacy of this technique by deeming police possession in these circumstances to be authorized under that Act. The problem is that traffickers caught by ordinary “sting” purchases are generally minor street level personnel whose conviction has little deterrence effect on the day-to-day operations of the drug organization as a whole. As pointed out by Cpl. Reynolds in this case, the “executives” up the chain of command of large-scale drug organizations are able to insulate themselves from sting operations. The street level pushers apprehended by the police are easily sacrificed and easily replaced. For the purpose of more effective law enforcement, the police therefore devised what counsel referred to as “reverse sting” operations

documents et le témoignage du conseiller juridique» (p. 200); toutefois, bien qu’[TRADUCTION] «[i]l aurait évidemment été préférable que les renseignements fournis par le ministère de la Justice soient transmis aux appelants lors du procès» (p. 200), il ne s’était produit aucun déni de justice car, même en supposant «le pire» de la part du ministère public, les faits de la présente affaire ne pouvaient justifier l’arrêt des procédures; il ne s’agissait pas de l’un des cas les plus manifestes ni d’une conduite qui choquerait la conscience du public si les déclarations de culpabilité étaient maintenues. Il a conclu aux pp. 198 et 199 qu’[TRADUCTION] «[a]près avoir condamné les actes de la GRC et servi un avertissement à leur égard, il serait moralisateur, à [son] avis, de dire que la primauté du droit a été affaiblie par ces déclarations de culpabilité et par l’imposition de ces peines». La Cour d’appel a rejeté les autres moyens d’appel, à l’exception de la modification de forme apportée à l’ordonnance de confiscation qui a été mentionnée précédemment.

Analyse

Opérations de vente surveillée

Il est largement reconnu que «[s]i l’on veut vaincre le crime, l’ingéniosité des criminels doit se heurter à celle de la police» (*Mack, précité, le juge Lamer, à la p. 916*). Dans le cadre d’une opération d’«achat surveillé», les policiers prétendent être de véritables acheteurs de stupéfiants afin de réunir des éléments de preuve contre des trafiquants. Le *Règlement sur les stupéfiants* confirme la légitimité de cette technique en édictant que la possession par la police dans de tels cas est autorisée en vertu de cette loi. Le problème réside dans le fait que les trafiquants pris à la suite d’achats effectués dans une opération d’infiltration sont souvent de petits revendeurs travaillant dans la rue dont la condamnation a un effet de dissuasion minime sur les opérations quotidiennes de l’ensemble du trafic organisé de drogue. Comme le capl. Reynolds l’a fait remarquer en l’espèce, les hauts «dirigeants» des grandes organisations de trafic de drogue peuvent se mettre à l’abri des opérations d’achats surveillés. Il est facile de sacrifier et de remplacer les revendeurs de drogue de la rue. Dans le but

whereby the police became vendors rather than purchasers, i.e., the roles of vendor and purchaser were reversed within the sting operation. Because of the amount and value of drugs involved, reverse sting operations brought the police “vendors” into direct contact with the executive purchasers in the large drug organizations. It has proved to be an effective technique. It also, however, brought the police into conflict with the very law that they were attempting to enforce. Neither the *Narcotic Control Act* nor its regulations authorize the police to sell drugs. The appellants, as stated, purport to be shocked at the illegality of police conduct, and ask the Court to hold that the conduct so violates the community’s fundamental sense of decency and values that it should result in a stay of proceedings against them.

Guilt or Innocence of the Appellants

This appeal was directed almost entirely at the conduct of the abuse of process application following the finding of the trial judge that the appellants were guilty as charged. The only surviving issue on the issue of guilt or innocence is the contention of the appellant Campbell that the conspiracy alleged by the Crown, and encompassed in the indictment, was a larger agreement, different in time and place, than his demonstrated involvement. The counts in the indictment span the period November 1, 1990 to January 15, 1992, whereas it appears Campbell first became involved on November 21, 1991. The counts in the indictment refer to activity in Windsor, London, Mississauga, Toronto, and elsewhere in Ontario, whereas Campbell’s demonstrated involvement took place only in Mississauga. Campbell further contends that the evidence shows that he and Shirose were not related co-conspirators, because they were members of separate and distinct groups, acting without a common purpose or enterprise. I think the Crown is correct that the decision of this Court in *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301, is fatal to this objection. After noting at pp. 315-16 that “[w]hile the offence of conspiracy is inherently

d’accroître l’efficacité de l’action policière, la police a donc mis sur pied ce que les avocats appellent des opérations de «vente surveillée», dans lesquelles les policiers, à l’inverse d’un «achat surveillé», jouent le rôle de vendeurs plutôt que celui d’acheteurs. En raison de la quantité et de la valeur des drogues en jeu, les opérations de vente surveillée ont permis aux «vendeurs» de la police d’entrer en contact direct avec les principaux acheteurs de grandes organisations de trafic de drogue. La méthode s’est révélée efficace. Toutefois, elle a aussi amené les policiers à contrevenir à la loi même qu’ils tentaient de faire respecter. Ni la *Loi sur les stupéfiants* et ni ses règlements n’autorisent la police à vendre de la drogue. Les appelants se sont déclarés choqués par l’illégalité de la conduite de la police, et ils demandent à notre Cour de conclure que cette conduite viole le sens fondamental de la décence et des valeurs de la collectivité au point de justifier l’arrêt des procédures.

La culpabilité ou l’innocence des appelants

Le présent pourvoi porte presque exclusivement sur l’audition de la demande relative à l’abus de procédure qui a fait suite à la conclusion du juge du procès selon laquelle les appelants étaient coupables des infractions reprochées. La seule question restante quant à la culpabilité ou l’innocence concerne la prétention de l’appelant Campbell que le complot allégué par le ministère public et visé par l’acte d’accusation consistait en une entente plus globale, et différente quant à l’époque et au lieu, par rapport à ce qui a été démontré relativement à sa participation. Les chefs d’accusation couvrent la période allant du 1^{er} novembre 1990 au 15 janvier 1992, alors que Campbell n’est apparemment impliqué qu’à partir du 21 novembre 1991. Les chefs d’accusation portent sur des actes commis à Windsor, London, Mississauga, Toronto, et ailleurs en Ontario, alors que la preuve indique une participation de Campbell à Mississauga seulement. Campbell ajoute que la preuve indique que Shirose et lui n’avaient pas comploté ensemble, car ils étaient membres de groupes distincts et n’agissaient pas en vue d’un but commun ou dans le cadre d’une entreprise commune. Je pense que le ministère a raison de soutenir que l’arrêt de notre

difficult to frame, the indictment must be set forth with such reasonable precision as to inform the accused of the fundamental nature of the conspiracy charged". Cory J. nevertheless concluded, at p. 322, that:

... it is not incumbent upon the Crown to prove the involvement of every member alleged to be part of the conspiracy. . . . If the conspiracy proven includes fewer members than the number of accused or extends over only part of the period alleged, then the conspiracy proven can still be said to be the same conspiracy as that charged in the indictment. In order to find that a specific conspiracy lies within the scope of the indictment, it is sufficient if the evidence adduced demonstrates that the conspiracy proven included some of the accused, establishes that it occurred at some time within the time frame alleged in the indictment, and had as its object the type of crime alleged.

The appellant was clearly able to ascertain the conspiracy alleged against him from a plain reading of the indictment and, in accordance with this Court's decision in *Douglas*, this ground of appeal must be dismissed.

17 For reasons to be discussed, it is important to note that, at this stage of the proceedings, the door is finally and firmly closed against both appellants on the question of guilt or innocence. The remaining issue is whether, notwithstanding the guilt of the appellants, the proceedings against them should be stayed because of abuse of process.

The Rule of Law

18 It is one of the proud accomplishments of the common law that everybody is subject to the ordinary law of the land regardless of public prominence or governmental status. As we explained in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at p. 240, the rule of law is one of the "fundamental and organizing principles of the Constitution", and at p. 258, it was further emphasized that a crucial element of the rule of law is that "[t]here is . . . one law for all". Thus a provincial premier was held to have no immunity against a claim in

Cour *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301, règle définitivement le sort de cet argument. Soulignant d'abord, aux pp. 315 et 316, que «[l]’infraction de complot est en soi difficile à décrire, mais l’acte d’accusation doit être rédigé avec une précision suffisante pour renseigner l’accusé sur la nature fondamentale du complot qui lui est imputé», le juge Cory n’en a pas moins conclu, à la p. 322, que:

... il n’incombe pas au ministère public de prouver la participation de chacun des comploteurs [. . .] Si le complot dont la preuve est faite met en cause un nombre de personnes inférieur au nombre des accusés ou ne s’est produit que durant une partie seulement de la période indiquée, dans ce cas le complot prouvé peut tout de même être assimilé à celui imputé dans l’acte d’accusation. Pour conclure qu’un complot donné est visé par l’acte d’accusation, il suffit que la preuve produite démontre que le complot prouvé met en cause certains des accusés; qu’il a eu lieu au cours de la période indiquée dans l’acte d’accusation; que son objet était le type d’infraction imputé.

Il était clair que la simple lecture de l’acte d’accusation permettait à l’appelant de déterminer le complot qui lui était reproché de sorte que, vu la décision rendue par notre Cour dans *Douglas*, ce moyen d’appel doit être rejeté.

Pour les motifs qui suivent, il est important de souligner qu’à cette étape des procédures, la question de la culpabilité ou de l’innocence des appellants est définitivement et fermement réglée. Il ne reste qu’à déterminer si, malgré la culpabilité des appellants, il devrait y avoir arrêt des procédures prises contre eux pour cause d’abus de procédure.

La primauté du droit

Une des réalisations importantes de la common law est que toute personne est soumise au droit commun du pays indépendamment de sa position publique ou de son statut au sein du gouvernement. Comme nous l’avons expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, à la p. 240, la primauté du droit est l’un des «principes constitutionnels directeurs fondamentaux» et, à la p. 258, il a été également souligné que l’un des aspects cruciaux de la primauté du droit est qu’«il y a une seule loi pour tous». Ainsi, il a été jugé

damages when he caused injury to a private citizen through wrongful interference with the exercise of statutory powers by a provincial liquor commission: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. Professor F. R. Scott, who was counsel for the successful plaintiff, Roncarelli, in that case, subsequently observed in *Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), at p. 48:

... it is always a triumph for the law to show that it is applied equally to all without fear or favour. This is what we mean when we say that all are equal before the law.

The principle was famously enunciated by Professor A. V. Dicey in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed. 1927) as the second aspect of the “rule of law”. This principle was noted with approval in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, at p. 1366:

It means again equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary courts; the ‘rule of law’ in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary courts.

The argument of the appellants is that not only are the police subject to prosecution for their participation in the very transaction that gave rise to the charges on which the appellants have been found guilty, but (more importantly from their perspective) police illegality should deprive the state of the benefit of a conviction against them. It is relevant that in s. 37 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, Parliament has specifically imposed on RCMP officers the duty to stay within the law, as follows:

- 37.** It is incumbent on every member
(a) to respect the rights of all persons;

qu’un premier ministre provincial n’avait aucune immunité contre une demande de dommages-intérêts pour avoir causé un préjudice à un citoyen ordinaire en raison de son intervention fautive dans l’exercice des pouvoirs conférés par la loi à une commission des liqueurs provinciale: *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Le professeur F. R. Scott, qui a représenté avec succès le demandeur Roncarelli dans cette affaire, a commenté par la suite dans *Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), à la p. 48:

[TRADUCTION] ... c’est toujours une victoire du droit lorsqu’il est démontré qu’il s’applique également à tous, sans crainte ni promesse. C’est ce que nous voulons dire lorsque nous affirmons que tous sont égaux devant la loi.

Le principe a été présenté de façon remarquable par le professeur A. V. Dicey, dans son ouvrage *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8^e éd. 1927), comme étant la seconde facette de la «primauté du droit». Ce principe a été cité et approuvé dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, à la p. 1366:

[TRADUCTION] Un autre sens est celui d’égalité devant la loi ou d’assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires; le «règne du droit», dans ce sens, exclut l’idée d’une exemption de fonctionnaires ou d’autres personnes du devoir d’obéissance à la loi auquel sont assujettis les autres citoyens, ou de la compétence des tribunaux ordinaires.

Les appelants soutiennent que, outre le fait que les policiers sont passibles de poursuites pour leur participation à l’opération qui a donné naissance aux accusations dont les appelants ont été déclarés coupables, l’illégalité commise par la police prive l’État de l’avantage d’avoir obtenu une déclaration de culpabilité contre eux (ce qui revêt une plus grande importance de leur point de vue). Il faut souligner que, à l’art. 37 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, le Parlement a expressément imposé aux agents de la GRC l’obligation de se conformer à la loi:

- 37.** Il incombe à chaque membre:
(a) de respecter les droits de toutes personnes;

(b) to maintain the integrity of the law, law enforcement and the administration of justice;

(c) to perform the member's duties promptly, impartially and diligently, in accordance with the law and without abusing the member's authority;

. . . .

(e) to ensure that any improper or unlawful conduct of any member is not concealed or permitted to continue. . . . [Emphasis added.]

It is recognized, of course, that police officers gain nothing personally from conduct committed in good faith efforts to suppress crime that incidentally violates the law the police are attempting to enforce. Nevertheless, the seeming paradox of breaking a law in order to better enforce it has important ramifications for the rule of law.

Test for Abuse of Process

²⁰ In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, the Court set down what has since become the standard formulation of the test for abuse of process, *per* Dickson C.J., at pp. 136-37:

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases".

This general test for abuse of process has been repeatedly affirmed: see *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59; *Mack, supra*, at p. 941; *Conway, supra*, at p. 1667; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93; *Power, supra*, at pp. 612-15; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 762-63; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at

b) de maintenir l'intégrité du droit et de son application ainsi que de l'administration de la justice;

c) de remplir ses fonctions avec promptitude, impartialité et diligence, conformément au droit et sans abuser de son autorité;

. . . .

e) de veiller à ce que l'inconduite des membres ne soit pas cachée ou ne se répète pas. . . [Je souligne.]

Il est naturellement reconnu que les policiers ne retirent aucun gain personnel d'actes qui sont commis dans le cadre d'efforts déployés de bonne foi pour éliminer le crime et qui, par incidence, contreviennent à la loi qu'ils tentent de faire respecter. Néanmoins, le paradoxe apparent de contrevenir à une loi afin de mieux la faire respecter a des répercussions importantes sur la règle de la primauté du droit.

Le critère de l'abus de procédure

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, notre Cour a établi ce qui est maintenant la formulation-type du critère relatif à l'abus de procédure, ainsi énoncé par le juge en chef Dickson, aux pp. 136 et 137:

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes».

Ce critère général de l'abus de procédure a été confirmé à de nombreuses reprises: voir *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659; *Mack*, précité, à la p. 941; *Conway*, précité, à la p. 1667; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993; *Power*, précité, aux pp. 612 à 615; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, aux pp. 762 et

p. 915; and most recently in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 455.

Entrapment is simply an application of the abuse of process doctrine. Lamer J., in *Mack*, *supra*, set out the applicable test as follows, at pp. 964-65:

... there is entrapment when,

(a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry;

(b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence.

The trial judge concluded that she was “satisfied that the police acted on reasonable suspicion. That being so, the police were fully entitled to provide both accused with opportunities to commit the offences”. There was ample evidence to support her finding. She also found that the police had not crossed the boundary line from providing opportunity to commit the offence into the forbidden territory of inducing commission of the offence. The appellants needed no inducement. Once the opportunity presented itself, they, not the police, were the driving force behind the making of the deal.

In the absence of any plausible case for entrapment, the appellants can only succeed on the more general ground of a serious violation of “[the community’s sense of] fair play and decency . . . disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases” (*Conway*, *supra*, at p. 1667). In this regard, the centrepiece of the appellants’ argument, as stated, is the allegation of police illegality, and the refusal of the courts below to order disclosure of what the appellants consider to be relevant communications between Cpl. Reynolds and Mr. Leising of the

763; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 915; et, plus récemment, *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, à la p. 455.

La notion de provocation policière est simplement une application de la théorie de l’abus de procédure. Dans l’arrêt *Mack*, précité, le juge Lamer a énoncé ainsi le critère applicable, aux pp. 964 et 965:

... il y a provocation policière quand:

a) les autorités fournissent à une personne l’occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête;

b) quoi qu’elles aient ce soupçon raisonnable ou qu’elles agissent au cours d’une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction.

Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] «la police avait agi sur la foi d’un soupçon raisonnable. Cela étant, la police était entièrement justifiée de fournir aux deux accusés l’occasion de commettre les infractions». La preuve était suffisamment forte pour soutenir sa conclusion. Elle a également conclu que la police n’avait pas franchi la ligne de démarcation entre le fait de fournir l’occasion de perpétrer l’infraction et le territoire défendu d’inciter à la perpétration de l’infraction. Les appelants n’avaient pas besoin d’incitation. Dès que l’occasion s’est présentée, ce sont eux, et non la police, qui ont été les instigateurs de l’entente.

En l’absence de motifs plausibles leur permettant d’invoquer la provocation policière, les appelants ne peuvent avoir gain de cause qu’en s’appuyant sur le moyen plus général d’une violation grave du «[sens du] franc-jeu et de la décence qu’a la société [. . .], disproportionnée à l’intérêt de la société d’assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies» (*Conway*, précité, à la p. 1667). À cet égard, l’argument central des appelants est l’allégation que la police a commis des actes illégaux et le refus des tribunaux d’instance inférieure d’ordonner la divulgation de ce que les appelants jugent être des communications pertinentes entre le capl. Reynolds et M. Leising,

21

22

Department of Justice relied on by the police to establish their “good faith”.

The Issue of Police Illegality

23 The allegation that the police have put themselves above the law is very serious, with constitutional ramifications beyond the boundaries of the criminal law. This was not a trivial breach. In the end, the transaction was for 50 kilograms, but at the outset the police were trying to organize the sale of over a ton of cannabis resin. The failure of the police to make a deal on that scale was not for want of trying.

24 The effect of police illegality on an application for a stay of proceedings depends very much on the facts of a particular case. This case-by-case approach is dictated by the requirement to balance factors which are specific to each fact situation. The problem confronting the police was well described by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Bond* (1993), 135 A.R. 329 (leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. v), at p. 333:

Illegal conduct by the police during an investigation, while wholly relevant to the issue of abuse of the court’s processes, is not per se fatal to prosecutions which may follow: *Mack*; supra at 558. Frequently it will be, but situational police illegality happens. Police involve themselves in high speed chases, travelling beyond posted speed limits. Police pose as prostitutes and communicate for that purpose in order to gather evidence. Police buy, possess, and transport illegal drugs on a daily basis during undercover operations. In a perfect world this would not be necessary but, patently illegal drug commerce is neither successfully investigated, nor resisted, by uniformed police peering through hotelroom transoms and keyholes or waiting patiently at police headquarters to receive the confessions of penitent drug-traffickers.

The Crown contends, as it did in the courts below, that the police did not violate the *Narcotic Control*

du ministère de la Justice, sur lesquelles les policiers se sont fondés pour établir leur «bonne foi».

La question de l’illégalité commise par la police

L’allégation que les policiers se sont placés au-dessus de la loi est très grave et comporte des incidences en matière constitutionnelle bien au-delà des limites du droit criminel. Il ne s’agissait pas d’une contravention mineure. L’opération a porté en définitive sur 50 kg, mais, à l’origine, les policiers tentaient d’organiser la vente de plus d’une tonne de résine de cannabis. Ce n’est pas faute d’avoir essayé que les policiers n’ont pas réussi à conclure une entente de cette envergure.

L’incidence de l’illégalité commise par la police sur une demande d’arrêt des procédures dépend beaucoup des faits d’une affaire donnée. Il faut procéder au cas par cas afin de soupeser les facteurs particuliers de chaque situation factuelle. La difficulté à laquelle fait face la police a été bien décrite par la Cour d’appel de l’Alberta dans *R. c. Bond* (1993), 135 A.R. 329 (autorisation d’appel refusée, [1993] 3 R.C.S. v), à la p. 333:

[TRADUCTION] Bien qu’elle soit d’une grande pertinence relativement à la question de l’abus des procédures judiciaires, la conduite illégale de la police au cours d’une enquête n’est pas fatale, en soi, aux fins des poursuites qui peuvent s’ensuivre: *Mack*, précité, p. 558. Cela sera souvent le cas, mais des illégalités circonstancielles commises par la police peuvent se produire. Les policiers se livrent à des poursuites à grande vitesse, conduisant au-delà des limites de vitesse permises. Les policiers se font passer pour des prostitués et communiquent à cet effet afin de recueillir des preuves. Les policiers achètent, possèdent et transportent des drogues illégales quotidiennement au cours d’opérations d’infiltration. Dans un monde idéal, cela ne serait pas nécessaire, mais on ne peut enquêter sur le commerce hautement illégal de la drogue ni l’empêcher au moyen de policiers en uniforme qui scruteraient les chambres d’hôtel par les trous de serrures ou qui attendraient patiemment au poste de police de recevoir les confessions de trafiquants de drogue repentis.

Comme il l’a fait devant les instances inférieures, le ministère public fait valoir que la police n’a pas

Act which at the time the reverse sting was initiated provided in s. 4 as follows:

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

“Traffic” is defined in the *Narcotic Control Act* as follows:

2. In this Act,

. . . .

“traffic” means

(a) to manufacture, sell, give, administer, transport, send, deliver or distribute, or

(b) to offer to do anything referred to in paragraph (a)

otherwise than under the authority of this Act or the regulations. [Emphasis added.]

The conclusion that the RCMP acted in a manner facially prohibited by the Act is inescapable. Their motive in doing so does not matter because, while motive may be relevant for some purposes, it is intent, not motive, that is an element of a full *mens rea* offence: see *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831. The *actus reus* of the offence of trafficking is the making of an offer, and when accompanied by intent to do so, the necessary *mens rea* is made out: see *R. v. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380 (Que. C.A.), at p. 390, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. viii. There is no need to prove both the intent to make the offer to sell and the intent to carry out the offer: see *R. v. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481 (Sask. C.A.). See also, e.g., *R. v. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207 (B.C.C.A.), at p. 208, upholding a conviction where there was evidence that the accused had offered to sell heroin to a person he knew was an undercover police officer, with a view to “trip off” the officer and not complete the sale. *Sherman* was later followed on this point in

contrevenu à la *Loi sur les stupéfiants* qui, à l’époque de la vente surveillée, prévoyait à son art. 4:

4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

(2) La possession de stupéfiant en vue d’en faire le trafic est interdite.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) commet un acte criminel et encourt l’emprisonnement à perpétuité.

«Faire le trafic» est défini ainsi dans la *Loi sur les stupéfiants*:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

«faire le trafic» Le fait de fabriquer, vendre, donner, administrer, transporter, expédier, livrer ou distribuer un stupéfiant — ou encore de proposer l’une de ces opérations — en dehors du cadre prévu par la présente loi et ses règlements. [Je souligne.]

On ne peut faire autrement que de conclure que les agents de la GRC ont agi d’une manière en apparence interdite par la Loi. Leur mobile n’a aucune importance parce que, bien que le mobile puisse être pertinent à certaines fins, c’est l’intention, et non le mobile, qui constitue l’élément d’une infraction de *mens rea* complète: voir *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, à la p. 831. L’*actus reus* de l’infraction de trafic consiste à faire une offre, et s’il s’accompagne de l’intention de le faire, la *mens rea* requise est établie: voir *R. c. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Qué.), à la p. 390, autorisation d’appel refusée, [1990] 2 R.C.S. viii. Il n’est pas nécessaire de prouver à la fois l’intention de faire l’offre de vente et l’intention de mener l’offre à terme: *R. c. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481 (C.A. Sask.). Voir également, p. ex., *R. c. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207 (C.A.C.-B.), à la p. 208, confirmant une déclaration de culpabilité dans un cas où la preuve indiquait que l’accusé avait offert de vendre de l’héroïne à une personne qu’il savait être un agent

Mancuso, supra, at pp. 389-90, where the accused argued unsuccessfully that he did not intend actually to sell narcotics to a police informer, but really wished to steal his money.

Public Interest Immunity

26 The Crown submits that even if the conduct of the RCMP was facially prohibited by the terms of the *Narcotic Control Act*, no offence was committed because members of the RCMP are either part of the Crown or are agents of the Crown and as such partake of the Crown's public interest immunity. Such an argument is difficult to square with s. 3(1) of the *Narcotic Control Regulations* which authorizes the police to possess narcotics that come to them from "sting" operations:

3. (1) A person is authorized to have a narcotic in his possession where that person has obtained the narcotic pursuant to these Regulations and

. . . .

(g) is employed as an inspector, a member of the Royal Canadian Mounted Police, a police constable, [or] peace officer . . . and such possession is for the purposes of and in connection with such employment. . . .

Even though the authority is contained in a regulation rather than the Act itself, it is clear that the Regulation would be entirely unnecessary and superfluous if the Act did not apply to the police in the first place.

The Status of the Police

27 The Crown's attempt to identify the RCMP with the Crown for immunity purposes misconceives the relationship between the police and the executive government when the police are engaged in law enforcement. A police officer investigating a crime is not acting as a government functionary or as an agent of anybody. He or she occupies a public office initially defined by the common law and

d'infiltration en vue de le «rouler» et de ne pas réaliser la vente. L'arrêt *Sherman* a été suivi par la suite sur cette question dans *Mancuso*, précité, aux pp. 389 et 390, qui a rejeté l'argumentation de l'accusé selon laquelle il n'avait pas réellement l'intention de vendre des stupéfiants à un indicateur de police, mais qu'il espérait plutôt lui voler son argent.

L'immunité d'intérêt public

Le ministère public soutient que, même si la conduite de la GRC était en apparence interdite par la *Loi sur les stupéfiants*, aucune infraction n'a été commise parce que les membres de la GRC font partie de l'État ou sont des mandataires de l'État et, qu'à ce titre, ils bénéficient de la protection offerte par l'immunité d'intérêt public de l'État. Cet argument cadre difficilement avec le par. 3(1) du *Règlement sur les stupéfiants* qui autorise les policiers à posséder les stupéfiants qu'ils recueillent par suite des opérations «d'achats surveillés»:

3. (1) Une personne est autorisée à avoir un stupéfiant en sa possession lorsqu'elle a obtenu ledit stupéfiant conformément au présent règlement et

. . . .

g) qu'elle est employée à titre d'inspecteur, de membre de la Gendarmerie royale du Canada, d'agent de police [ou] d'agent de la paix [. . .] et qu'elle a le stupéfiant en sa possession aux fins de ses fonctions ou en rapport avec elles. . . .

Même si ce pouvoir est conféré par un règlement plutôt que par la loi elle-même, il est évident que le règlement serait parfaitement inutile si la loi ne s'appliquait pas au départ à la police.

Le statut de la police

La tentative du ministère public d'assimiler la GRC à l'État pour des fins d'immunité dénote une conception erronée de la relation entre la police et la branche exécutive du gouvernement lorsque les policiers exercent des activités liées à l'exécution de la loi. Un policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. Il occupe une charge

subsequently set out in various statutes. In the case of the RCMP, one of the relevant statutes is now the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10.

Under the authority of that Act, it is true, RCMP officers perform a myriad of functions apart from the investigation of crimes. These include, by way of examples, purely ceremonial duties, the protection of Canadian dignitaries and foreign diplomats and activities associated with crime prevention. Some of these functions bring the RCMP into a closer relationship to the Crown than others. The *Department of the Solicitor General Act*, R.S.C., 1985, c. S-13, provides that the Solicitor General's powers, duties and functions extend to matters relating to the RCMP over which Parliament has jurisdiction, and that have not been assigned to another department. Section 5 of the *Royal Canadian Mounted Police Act* provides for the governance of the RCMP as follows:

5. (1) The Governor in Council may appoint an officer, to be known as the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, who, under the direction of the [Solicitor General], has the control and management of the Force and all matters connected therewith.

It is therefore possible that in one or other of its roles the RCMP could be acting in an agency relationship with the Crown. In this appeal, however, we are concerned only with the status of an RCMP officer in the course of a criminal investigation, and in that regard the police are independent of the control of the executive government. The importance of this principle, which itself underpins the rule of law, was recognized by this Court in relation to municipal forces as long ago as *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106. That was a civil case, having to do with potential municipal liability for police negligence, but in the course of his judgment Strong C.J. cited with approval the following proposition, at pp. 108-9:

Police officers can in no respect be regarded as agents or officers of the city. Their duties are of a public

publique qui a été définie à l'origine par la common law et qui a été établie par la suite dans différentes lois. Dans le cas de la GRC, l'une de ces lois pertinentes est maintenant la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10.

Il est vrai qu'en vertu des pouvoirs conférés par cette loi, les agents de la GRC accomplissent une multitude de tâches en plus des enquêtes criminelles. Ces tâches comprennent notamment des fonctions purement cérémoniales, la protection de dignitaires canadiens et de diplomates étrangers, ainsi que des activités liées à la prévention du crime. Certaines de ces tâches créent des liens plus étroits avec l'État que d'autres. La *Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.R.C. (1985), ch. S-13, prévoit que les pouvoirs et fonctions du Solliciteur général s'étendent aux domaines relatifs à la GRC pour lesquels le Parlement a compétence et qui n'ont pas été attribués à un autre ministère. L'article 5 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* prévoit ceci pour la direction de la GRC:

5. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer un officier, appelé commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, qui, sous la direction du [Solliciteur général], a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s'y rapporte.

Il est donc possible que, dans l'exercice de l'un ou de l'autre de ses rôles, la GRC agisse en tant que mandataire de l'État. Le présent pourvoi ne soulève toutefois que la question du statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement. L'importance de ce principe, qui est lui-même à la base de la primauté du droit, a été reconnu par notre Cour relativement aux forces policières municipales dans un arrêt aussi ancien que *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106. Il s'agissait d'une affaire civile portant sur la responsabilité municipale éventuelle pour cause de négligence policière, mais, dans le cadre de ses motifs, le juge en chef Strong a approuvé la proposition suivante, aux pp. 108 et 109:

[TRADUCTION] Les policiers ne peuvent aucunement être considérés comme des mandataires ou des fonction-

28

29

nature. Their appointment is devolved on cities and towns by the legislature as a convenient mode of exercising a function of government, but this does not render them liable for their unlawful or negligent acts. The detection and arrest of offenders, the preservation of the public peace, the enforcement of the laws, and other similar powers and duties with which police officers and constables are entrusted are derived from the law, and not from the city or town under which they hold their appointment.

30 At about the same time, the High Court of Australia rejected the notion that a police constable was an agent of the Crown so as to enjoy immunity against a civil action for wrongful arrest. Griffith C.J. had this to say in *Enever v. The King* (1906), 3 C.L.R. 969, at p. 977:

Now, the powers of a constable, *quâ* peace officer, whether conferred by common or statute law, are exercised by him by virtue of his office, and cannot be exercised on the responsibility of any person but himself. If he arrests on suspicion of felony, the suspicion must be his suspicion, and must be reasonable to him. If he arrests in a case in which the arrest may be made on view, the view must be his view, not that of someone else. . . . A constable, therefore, when acting as a peace officer, is not exercising a delegated authority, but an original authority, and the general law of agency has no application.

31 Over 70 years later, Laskin C.J. in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at p. 322, speaking with reference to the status of a probationary police constable, affirmed that “we are dealing with the holder of a public office, engaged in duties connected with the maintenance of public order and preservation of the peace, important values in any society” (emphasis added). See also *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), at p. 65.

32 Similar sentiments were expressed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457 (P.C.), another civil case

naires de la ville. Leurs fonctions sont publiques par nature. Le pouvoir de les nommer est transféré par la législature aux cités et villes car il s’agit d’un moyen pratique d’exercer une fonction gouvernementale, mais cela ne les rend pas responsables des actes illégaux ou négligents qu’ils commettent. Le dépistage et l’arrestation des auteurs d’infractions, le maintien de la paix publique, l’exécution des lois ainsi que les autres fonctions similaires conférées aux policiers découlent de la loi, et ne proviennent pas de la cité ou de la ville qui les a nommés.

Vers la même époque, la Haute Cour de l’Australie a rejeté la notion laquelle un policier était un mandataire de l’État et, qu’à ce titre, il jouissait de l’immunité contre une action civile pour cause d’arrestation illégale. Le juge en chef Griffith dit ceci dans *Enever c. The King* (1906), 3 C.L.R. 969, à la p. 977:

[TRADUCTION] Ainsi, qu’ils lui soient conférés par la common law ou par loi, les pouvoirs que détient un policier, à titre d’agent de la paix, sont exercés par lui en vertu de sa charge et ne peuvent être exercés sous la responsabilité de quiconque, sauf la sienne. S’il procède à une arrestation fondée sur le soupçon qu’un délit a été commis, ce soupçon doit être le sien et doit être raisonnable de son point de vue. S’il procède à une arrestation dans un cas où il peut arrêter quelqu’un à vue, c’est lui, et non quelqu’un d’autre, qui doit avoir vu. [. . .] Un policier agissant à titre d’agent de la paix n’exerce donc pas un pouvoir délégué, mais son propre pouvoir, de sorte que le droit commun en matière de mandat ne s’applique pas.

Au-delà de 70 ans plus tard, parlant du statut d’un policier en stage, le juge en chef Laskin a affirmé, dans l’arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à la p. 322, qu’«il est question [. . .] du titulaire d’une charge publique, dont les devoirs sont liés au maintien de l’ordre public et de la paix, valeurs importantes dans toute société» (je souligne). Voir également *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), à la p. 65.

Une opinion similaire a été exprimée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457 (C.P.), qui était une autre

dealing with the vicarious liability of the Crown, in which Viscount Simonds stated, at pp. 489-90:

[A constable's] authority is original, not delegated, and is exercised at his own discretion by virtue of his office: he is a ministerial officer exercising statutory rights independently of contract. The essential difference is recognized in the fact that his relationship to the Government is not in ordinary parlance described as that of servant and master.

While for certain purposes the Commissioner of the RCMP reports to the Solicitor General, the Commissioner is not to be considered a servant or agent of the government while engaged in a criminal investigation. The Commissioner is not subject to political direction. Like every other police officer similarly engaged, he is answerable to the law and, no doubt, to his conscience. As Lord Denning put it in relation to the Commissioner of Police in *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), at p. 769:

I have no hesitation, however, in holding that, like every constable in the land, he [the Commissioner of Police] should be, and is, independent of the executive. He is not subject to the orders of the Secretary of State, save that under the Police Act 1964 the Secretary of State can call on him to give a report, or to retire in the interests of efficiency. I hold it to be the duty of the Commissioner of Police, as it is of every chief constable, to enforce the law of the land. He must take steps so to post his men that crimes may be detected; and that honest citizens may go about their affairs in peace. He must decide whether or not suspected persons are to be prosecuted; and, if need be, bring the prosecution or see that it is brought; but in all these things he is not the servant of anyone, save of the law itself. No Minister of the Crown can tell him that he must, or must not, keep observation on this place or that; or that he must, or must not, prosecute this man or that one. Nor can any police authority tell him so. The responsibility for law enforcement lies on him. He is answerable to the law and to the law alone. [Emphasis added.]

To the same effect, see the more recent Canadian cases of *R. v. Creswell*, [1998] B.C.J.

affaire civile portant sur la responsabilité civile de l'État, et où vicomte Simonds a dit, aux pp. 489 et 490:

[TRADUCTION] Le pouvoir détenu par [un policier] est le sien, non pas un pouvoir délégué, et ce pouvoir est exercé de la façon dont il l'entend en vertu de sa charge: il est un agent ministériel qui exerce les droits que lui confère la loi, malgré l'existence d'un contrat. La différence essentielle se reflète dans le fait que, dans le langage courant, sa relation avec le gouvernement n'est pas décrite comme étant une relation maître-préposé.

Bien qu'à certaines fins, le Commissaire de la GRC rende compte au Solliciteur général, il ne faut pas le considérer comme un préposé ou un mandataire du gouvernement lorsqu'il effectue des enquêtes criminelles. Le Commissaire n'est soumis à aucune directive politique. Comme tout autre agent de police dans la même situation, il est redevable devant la loi et, sans aucun doute, devant sa conscience. Comme lord Denning l'a dit relativement au commissaire de police dans *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), à la p. 769:

[TRADUCTION] Je n'ai toutefois aucune hésitation à conclure que, comme tous les policiers du pays, il [le commissaire de police] devrait être indépendant de l'exécutif, et qu'il l'est effectivement. Il n'est pas soumis aux ordres du Secrétaire d'État, à l'exception du fait que, en vertu de la Police Act 1964, ce dernier peut lui demander de produire un rapport et de quitter ses fonctions dans l'intérêt de la bonne administration. Je considère qu'il est du devoir du commissaire de police, et de tout chef de police, de faire respecter les lois du pays. Il doit affecter ses hommes de manière à résoudre les crimes pour que les honnêtes citoyens puissent vaquer à leurs occupations en paix. Il doit décider si des suspects seront poursuivis ou non; et, s'il le faut, porter des accusations ou faire en sorte qu'elles soient portées; mais, dans tout cela, il n'est le serviteur de personne, sauf de la loi elle-même. Aucun ministre de la Couronne ne peut lui ordonner de surveiller ou de ne pas surveiller tel endroit, ou lui ordonner de poursuivre ou de ne pas poursuivre une personne. Aucune autorité policière ne peut non plus lui donner un tel ordre. C'est à lui qu'il incombe de faire respecter la loi. Il est redevable envers la loi, et seulement envers elle. [Je souligne.]

Voir, au même effet, les décisions canadiennes plus récentes *R. c. Creswell*, [1998] B.C.J.

No. 1090 (QL), (S.C.), which involves facts closer to those in the present appeal; *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396 (Ont. H.C.), affirmed (1990), 74 O.R. (2d) 225 (Div. Ct.); and *Perrier v. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645 (Co. Ct.). A contrary conclusion was reached by Bielby J. of the Alberta Court of Queen's Bench in *Rutherford v. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126, but her decision, I think, suffers from the frailty of failing to differentiate the different functions the RCMP perform, and the potentially different relationship of the RCMP to the Crown in the exercise of those different functions.

No. 1090 (QL) (C.S.), où les faits se rapprochent de ceux du présent pourvoi; *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396 (H.C. Ont.), confirmé par (1990), 74 O.R. (2d) 225 (C. div.); et *Perrier c. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645 (C. cté). Le juge Bielby de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a tiré une conclusion contraire dans *Rutherford c. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126, mais j'estime que sa décision est affaiblie par l'omission de tenir compte des distinctions entre les diverses fonctions exercées par la GRC et de la différence potentielle des relations entre la GRC et l'État dans le cadre de l'exercice de ces fonctions.

35 While these cases generally examine the relationship between the police and various governments in terms of civil liability, the statements made are of much broader import. It would make no sense in either law or policy to hold the police to be agents of the Crown for the purposes of allowing the Crown to shelter the police under its immunity in criminal matters, but to hold the police not to be Crown agents in civil matters to enable the government to resile from liability for police misconduct. The Crown cannot have it both ways.

Bien que ces affaires portent généralement sur la relation entre la police et divers gouvernements en matière de responsabilité civile, les énoncés de principe auxquels elles donnent lieu sont d'une application beaucoup plus large. Il serait illogique, tant au niveau juridique qu'au niveau des principes, de considérer les policiers comme des mandataires de l'État afin de permettre à ce dernier de couvrir les policiers de son immunité en matière criminelle, mais de ne pas les considérer comme tels en matière civile afin de permettre au gouvernement d'écarter sa responsabilité à l'égard des fautes commises par la police. L'État ne peut pas gagner sur les deux tableaux.

36 Parenthetically, it should be noted that Parliament has provided in the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 36, that:

Incidentement, il faut souligner que le Parlement a prévu à l'art. 36 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, que:

36. For the purposes of determining liability in any proceedings by or against the Crown, a person who was at any time a member of the Canadian Forces or of the Royal Canadian Mounted Police shall be deemed to have been at that time a servant of the Crown. [Emphasis added.]

36. Pour la détermination des questions de responsabilité dans toute action ou autre procédure engagée par ou contre l'État, quiconque était lors des faits en cause membre des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada est assimilé à un préposé de l'État. [Je souligne.]

A "deeming" section would not be necessary if it were the case that, at law, an RCMP officer was in any event a Crown servant for all purposes.

Il ne serait pas nécessaire qu'un article établisse une présomption s'il était vrai qu'en droit, un agent de la GRC est un préposé de l'État dans tous les cas.

The Limitations on Crown Agency Expressed in R. v. Eldorado Nuclear Ltd.

Even if the police could be considered agents of the Crown for some purposes, and even if the Crown itself were not bound by the *Narcotic Control Act*, I agree with the Ontario Court of Appeal that in this case the police stepped outside the lawful ambit of their agency, and whatever immunity was associated with that agency was lost. This principle was elaborated upon by this Court in two cases decided in 1983, namely *Eldorado Nuclear, supra*, and *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339. In the latter case, the CBC, which by its enabling statute is expressly constituted a Crown corporation, was nevertheless held subject to prosecution for broadcasting an obscene film. This Court held that the CBC's conduct put it outside the scope of its agency, *per Estey J.*, at p. 351:

... even if Crown immunity may be attributed to the appellant [CBC] in some circumstances, and the actions of the appellant in such circumstances attributed to the Crown, it does not necessarily follow that the immunities attendant upon the status of Crown agency will flow through to the benefit and protection of the appellant in all circumstances.

In *Eldorado Nuclear*, on the other hand, the Court concluded that two Crown corporations, namely Eldorado Nuclear Limited and Uranium Canada Limited, who were accused of being parties to an unlawful uranium cartel, could not be prosecuted under the *Combines Investigation Act*. They were acting pursuant to their corporate objects set out by Parliament in their respective constitutive statutes, and, in respect of acts done in furtherance of their statutory objects, the *Combines Investigation Act* had no application to them.

While it may be convenient and expeditious for the police to enforce the *Narcotic Control Act* by breaking it themselves under "controlled circumstances", such a strategy in the present case was not necessary to accomplish the RCMP's statutory mandate (*Eldorado Nuclear, supra*, at p. 568). Parliament made it clear in s. 37 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, that the RCMP must act

Les limites de l'immunité du mandataire de l'État selon R. c. Eldorado Nucléaire Ltée

Même si les policiers pouvaient être considérés comme des mandataires de l'État dans certains cas et que ce dernier n'était pas lié par la *Loi sur les stupéfiants*, je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario que, dans la présente affaire, les policiers ont outrepassé les limites légales de leur mandat et que, si ce dernier comportait une quelconque immunité, celle-ci a été perdue. Notre Cour a approfondi ce principe dans deux décisions de 1983, les arrêts *Eldorado Nucléaire*, précité, et *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339. Dans cette dernière affaire, la SRC, dont la loi habilitante prévoit qu'elle est une société d'État, a néanmoins été jugée susceptible de faire l'objet de poursuites pour avoir diffusé un film obscène. Notre Cour, par les motifs du juge Estey, a conclu que la conduite de la SRC n'était pas protégée par son immunité, à la p. 351:

... même si l'immunité de l'État peut être attribuée à l'appelante [SRC] dans certaines circonstances et que les actes de l'appelante peuvent alors être attribués à l'État, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'immunité qui accompagne le statut de mandataire de l'État passera dans tous les cas à l'appelante à son avantage et pour sa protection.

Par contre, dans *Eldorado Nucléaire*, notre Cour a conclu que deux sociétés d'État, soit Eldorado Nucléaire Limitée et Uranium Canada Limitée, qui étaient accusées de faire partie d'un cartel illégal d'uranium, ne pouvaient pas être poursuivies en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Elles agissaient conformément à la mission que leur avait attribuée le Parlement dans leur loi habilitante respective, et, lorsqu'elles agissaient dans ce cadre, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'appliquait pas à elles.

Bien qu'il puisse être commode et efficace pour les policiers d'exécuter la *Loi sur les stupéfiants* en y contrevenant eux-mêmes dans «une situation contrôlée», une telle stratégie en l'espèce n'était pas nécessaire à la réalisation du mandat légal de la GRC (*Eldorado Nucléaire*, précité, à la p. 568). Par l'article 37 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, le Parlement a indiqué claire-

37

38

39

“in accordance with the law”. Parliament has made it clear that illegality by the RCMP is neither part of any valid public purpose nor necessarily “incidental” to its achievement. If some form of public interest immunity is to be extended to the police to assist in the “war on drugs”, it should be left to Parliament to delineate the nature and scope of the immunity and the circumstances in which it is available, as indeed was done in 1996, after the events in question here, in s. 8 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

40

The respondent raises one further argument concerning the legality of the RCMP’s conduct in engaging in the reverse sting operation. This argument consists of the bald assertion that the police have available to them a so-called “necessity” justification or defence as that term was used in *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (N.S.C.A.), *per Macdonald J.A.*, at p. 542:

Generally speaking, the defence of necessity covers all cases where non-compliance with law is excused by an emergency or justified by the pursuit of some greater good.

It is not alleged that the RCMP conduct is such that it could be said to fall within one of the established “justification” defences (e.g., self-defence or defence of third parties) and the Crown offers no authority for the proposition that there exists (or should exist) in Canada a so-called “law enforcement” justification defence generally. The United States experience is mixed: see G. Greaney, “Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification” (1992), 67 *Notre Dame L. Rev.* 745. In any event, the author points out that the law justification defence “only applies if the ‘conduct is within the reasonable exercise of the policeman’s duty . . .’” (p. 784) and “. . . courts also look to an officer’s adherence to state and federal laws when examining the reasonableness of the officer’s conduct” (p. 787). The law enforcement justification is frequently raised in the United States in the context of federal law

ment que la GRC devait agir «conformément au droit». Le Parlement a indiqué clairement qu’une illégalité commise par la GRC n’entre dans le cadre d’aucune fin d’intérêt public valide et n’est pas nécessairement «accessoire» à sa réalisation. S’il y a lieu de conférer à la police une certaine forme d’immunité d’intérêt public pour l’aider à gagner la «guerre contre la drogue», il revient au Parlement de circonscrire la nature et la portée de l’immunité ainsi que les faits qui y donnent ouverture, comme cela a d’ailleurs été fait en 1996, après la survenance des événements en cause en l’espèce, au moyen de l’art. 8 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

L’intimée soulève un argument supplémentaire relativement à la légalité de la conduite de la GRC lorsqu’elle s’est livrée à l’opération de vente surveillée. Cet argument consiste en la simple affirmation que la police peut invoquer ce qui est appelé une défense ou excuse «de nécessité», dans le sens où ce terme a été utilisé dans l’arrêt *R. c. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (C.A.N.-É.), le juge Macdonald, à la p. 542:

[TRADUCTION] En général, la défense de nécessité s’applique à toutes les situations où le non-respect de la loi est justifié par une urgence ou par la recherche d’un plus grand bien.

On ne prétend pas que la conduite de la GRC est de nature à donner lieu à l’une des défenses de «justification» établies (p. ex., la légitime défense ou la défense d’autres personnes) et le ministère public n’invoque aucune décision à l’appui de la proposition qu’il existe (ou qu’il devrait exister) au Canada ce qu’on appelle une défense générale de justification pour cause d’«exécution de la loi». La jurisprudence américaine demeure variable: voir G. Greaney, «Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification» (1992), 67 *Notre Dame L. Rev.* 745. De toute manière, l’auteur souligne que la défense de justification [TRADUCTION] «ne s’applique que si la “conduite se situe dans le cadre de l’exercice raisonnable des fonctions du policier . . .”» (p. 784), et «. . . les tribunaux vérifient également si le policier a respecté les lois fédérales et les lois des États lorsqu’ils analysent le caractère raisonnable de sa

enforcement activity that complies with federal laws but breaches state laws. In such cases, the United States Supreme Court held in *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890), *per* Miller J., at p. 68 and following, that the officer claiming the law enforcement justification must be performing an act that he or she is authorized by federal law to perform as part of police duties and that actions in violation of state law must be carefully circumscribed so as to do no more than is necessary and proper. See *Baucom v. Martin*, 677 F.2d 1346 (11th Cir. 1982), *per* Wood J., at p. 1350. It would therefore appear that in the United States a police officer would not be entitled to the law enforcement justification where, as here, the constitutive statute of the police force imposes on its members the duty to act “in accordance with the law” (*Royal Canadian Mounted Police Act*, s. 37).

In this country, it is accepted that it is for Parliament to determine when in the context of law enforcement the end justifies means that would otherwise be unlawful. As Dickson J. (as he then was) put it in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 248:

The *Criminal Code* has specified a number of identifiable situations in which an actor is justified in committing what would otherwise be a criminal offence. To go beyond that and hold that ostensibly illegal acts can be validated on the basis of their expediency, would import an undue subjectivity into the criminal law. It would invite the courts to second-guess the legislature and to assess the relative merits of social policies underlying criminal prohibitions. Neither is a role which fits well with the judicial function.

While it is true that Dickson J. was not addressing the issue of police illegality in that case, a general “law enforcement justification” would run counter to the fundamental constitutional principles outlined earlier. It should be emphasized that the

conduite» (p. 787). La justification d’exécution de la loi est fréquemment invoquée aux États-Unis dans le contexte d’activités liées à l’exécution de lois fédérales conformes aux lois fédérales mais contrevenant aux lois d’un État. La Cour suprême des États-Unis a conclu, dans l’arrêt *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890), le juge Miller, à la p. 68 et suiv., que, dans de tels cas, le policier qui invoque cette justification devait avoir accompli un acte qu’une loi fédérale l’autorisait à accomplir dans l’exercice de ses fonctions d’agent de police, et que les actes contrevenant aux lois de l’État devaient être conçues avec soin, de manière à ne pas faire plus que ce qui était nécessaire et approprié. Voir *Baucom c. Martin*, 677 F.2d 1346 (11th Cir. 1982), le juge Wood, à la p. 1350. Il semble donc qu’aux États-Unis, un policier ne puisse pas bénéficier de la justification d’exécution de la loi lorsque, comme en l’espèce, la loi constitutive de la force policière en cause impose à ses membres l’obligation d’agir «conformément au droit» (art. 37 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*).

Au Canada, il est admis qu’il revient au Parlement de décider quand, dans le contexte de l’exécution de la loi, la fin justifie des moyens qui, normalement, seraient illégaux. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l’a dit dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la p. 248:

Le *Code criminel* précise un nombre de situations distinguables où une personne est justifiée de commettre ce qui autrement constituerait une infraction criminelle. Aller plus loin et soutenir qu’on peut justifier des actes manifestement illégaux à cause des avantages qu’ils présentent aurait pour effet d’introduire un élément de subjectivité indu dans le droit criminel. Ce serait inviter les tribunaux à réévaluer rétrospectivement l’intention du législateur et à apprécier le bien-fondé relatif des politiques sociales qui sous-tendent les interdictions en matière criminelle. Ni l’un ni l’autre de ces rôles ne cadre bien avec la fonction judiciaire.

Bien qu’il soit vrai que le juge Dickson ne traitait pas de la question d’une illégalité commise par la police dans cette affaire, une justification générale d’exécution de la loi serait contraire aux principes constitutionnels fondamentaux énoncés précédem-

police in this case were not acting in an emergency or other exigent circumstances. This was a pre-meditated, carefully planned attempt to sell a ton of hashish. If the Crown wishes to argue for specific relief against criminal or civil liability of the police in emergency or other exigent circumstances in a future case on facts where the argument fairly arises, the issue will be more fully addressed at that time. Such arguments have no application here.

Evidence of Police “Good Faith”

42 The conclusion that the police conduct in undertaking a reverse sting is, on the facts of this case, illegal does not of itself amount to an abuse of process or, to take it a step further, entitle the appellants to a stay. The legality of police action is but a factor, albeit an important factor, to be considered in the determination of whether an abuse of process has taken place: see *R. v. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255 (Que. C.A.), at p. 271; *R. v. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196 (Q.B.), at pp. 209-10; and *Bond, supra*, at p. 333. Where the courts have found that the illegality or other misconduct amounts to an abuse of process, it has by no means followed that a stay of proceedings was considered the appropriate remedy. In *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (Que. C.A.), for example, a stay was refused despite the finding that the police had participated in conduct that was said to be totally unacceptable, *per* Brossard J.A., at p. 371.

43 I should make it clear that even if it should turn out here that the police acted contrary to the legal advice provided by the Department of Justice (and we have no reason at this stage to believe this to be the case), there would still be no right to an automatic stay. Apart from everything else, the trial judge would still have to consider any other information or explanatory circumstances that emerge during the inquiry into whether the police or prosecutorial conduct “shocks the conscience of the community”. In *Mack, supra*, Lamer J. consid-

ment. Il faut souligner qu’en l’espèce, les policiers n’avaient pas affaire à une urgence ou à une autre situation pressante. Il s’agissait d’une tentative préméditée et soigneusement planifiée de vendre une tonne de haschisch. Si le ministère public désire invoquer l’existence d’une protection particulière contre la responsabilité criminelle ou civile de la police dans les cas d’urgence ou autres situations pressantes à l’occasion d’une prochaine affaire où les faits donneront véritablement ouverture à cette prétention, la question sera analysée plus en profondeur à ce moment-là. De tels arguments sont inapplicables en l’espèce.

La preuve de la «bonne foi» de la police

La conclusion que, selon les faits de la présente affaire, l’opération de vente surveillée menée par la police était illégale ne signifie pas, en soi, qu’il y a eu abus de procédure ou, plus avant, que les appelants ont droit à l’arrêt des procédures. Malgré son importance, la légalité de l’action policière n’est qu’un des facteurs, quoiqu’un facteur important, à examiner pour déterminer s’il y a eu abus de procédure: *R. c. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255 (C.A. Qué.), à la p. 271; *R. c. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196 (B.R.), aux pp. 209 et 210; et *Bond, précité*, à la p. 333. Lorsque les tribunaux ont conclu que l’illégalité ou la faute commise équivalait à un abus de procédure, ils n’en ont pas déduit que l’arrêt des procédures était le redressement approprié. Dans *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (C.A. Qué.), p. ex., l’arrêt des procédures a été refusé malgré la conclusion que les policiers s’étaient livrés à des activités qui ont été décrites comme étant totalement inacceptables par le juge Brossard, à la p. 371.

Je tiens à bien préciser que, même s’il s’avérait que les actes de la police allaient à l’encontre des conseils juridiques reçus du ministère de la Justice (et nous n’avons aucune raison à cette étape-ci de le croire), cela ne donnerait pas lieu automatiquement à un arrêt. Outre tout le reste, le juge du procès devrait encore prendre en considération tout autre renseignement ou circonstance explicative qui se dégage de l’examen de la question de savoir si la conduite de la police ou de la poursuite «choque la conscience de la collectivité». Dans

ered that the need to grant some leeway to law enforcement officials to combat consensual criminal offences such as drug trafficking must be weighed against the courts' concern about law enforcement techniques that involve conduct that the citizenry would not tolerate. The underlying rationale of the doctrine of abuse of process is to protect the integrity of the courts' process and the administration of justice from disrepute: see *Mack*, at pp. 938 and 940. Lamer J. stated, at p. 939, that "the doctrine of abuse of process draws on the notion that the state is limited in the way it may deal with its citizens".

Relevance of Legislative Change

It was considered in the court below, and by the Quebec Court of Appeal in *Lore*, *supra*, at p. 271, that the immunity provisions of the new *Controlled Drugs and Substances Act* should be seen as confirmation that the use of reverse stings would not shock the conscience of the community in such a way as to constitute an abuse of process. The fact that Parliament has now enacted specific legislation permitting (in defined circumstances) the police to engage lawfully in the type of conduct at issue in this appeal confirms that the police conduct was not considered lawful by Parliament prior to the amendments' being made. The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10, provides that "[t]he law [is] always speaking", and Parliament's view at the relevant time was embodied in its then existing enactments. At the material time, Parliament had enacted that conduct otherwise illegal could be done lawfully "under the authority of this Act or the regulations", and under the regulations the police were authorized to possess but not to sell controlled drugs. Judicial notice can certainly be taken of continuing public concern about the drug trade, and in a general way of the difficulties of successfully employing traditional police techniques against large-scale crime organizations. There is little need in this case to resort for evidence of public concern to legislative amendments that were not made until two years after the trial.

Mack, précité, le juge Lamer a estimé que la nécessité de donner de la latitude à ceux qui sont chargés de faire respecter la loi pour leur permettre de lutter contre les infractions criminelles consensuelles, comme le trafic de drogue, devait être soupesée par rapport à la préoccupation des tribunaux à l'égard de méthodes d'exécution de la loi qui donnent lieu à des activités que les citoyens ne toléreraient pas. Les fondements de la théorie de l'abus de procédure sont la protection de l'intégrité du processus judiciaire et la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération: voir *Mack*, aux pp. 938 et 940. Le juge Lamer dit, à la p. 939, que «la doctrine de l'abus de procédure est fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens».

La pertinence de la modification législative

Le jugement antérieur en l'espèce et l'arrêt *Lore*, précité, à la p. 271, de la Cour d'appel du Québec, ont indiqué que les dispositions d'immunité contenues dans la nouvelle *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* devraient être considérées comme la confirmation que le recours à des ventes surveillées ne choquerait pas la conscience de la collectivité au point de constituer un abus de procédure. Le fait que le Parlement a maintenant édicté des dispositions législatives particulières autorisant la police (dans des situations définies) à entreprendre légalement le genre d'activités en cause dans le présent pourvoi confirme que les actes accomplis n'étaient pas considérés licites par le Parlement avant l'adoption des modifications. L'article 10 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, édicte que «[l]a règle de droit a vocation permanente», et l'intention du Parlement à l'époque pertinente se retrouvait dans les dispositions existant alors. À l'époque pertinente, le Parlement avait décrété que des actes autrement illégaux pouvaient être faits légalement dans le «cadre prévu par la présente loi et ses règlements» et le règlement autorisait les policiers à posséder mais non à vendre des drogues contrôlées. Il y a certainement lieu de prendre connaissance d'office du fait que le public demeure préoccupé par le trafic de drogue et, d'une manière générale, de la difficulté de lutter efficacement contre le crime orga-

Nevertheless, given that the test in *Mack* calls for a broad inquiry into the balance of public interests, I would not want to exclude the possibility that after-the-fact legislation may throw some light on community acceptance of a reverse sting operation. It was but a short step from the existing regulatory authority to possess drugs as a result of a sting to the desired regulatory authority to sell drugs in the context of a reverse sting. One of the purposes of the balancing exercise discussed by L'Heureux-Dubé J. in *O'Connor*, *supra*, at paras. 129-30, is to put misconduct by the authorities, worrisome as it may be, in a larger societal perspective.

nisé au moyen des méthodes policières traditionnelles. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'invoquer des modifications législatives qui n'ont été adoptées que deux ans après le procès. Néanmoins, puisque le critère énoncé dans l'arrêt *Mack* commande un examen général des aspects de l'intérêt public en jeu, je ne voudrais pas exclure toute possibilité que la législation adoptée après coup permette de mieux percevoir l'acceptation par la société d'une opération de vente surveillée. Un petit pas sépare le pouvoir réglementaire existant de posséder des drogues par suite d'une opération d'achat surveillé et le pouvoir réglementaire souhaité de vendre des drogues dans le cadre d'une vente surveillée. L'un des objectifs de la pondération de valeurs conflictuelles dont parle le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, aux par. 129 à 130, est de mettre dans une perspective sociale plus large l'inconduite des autorités, si préoccupante soit-elle.

45 The point here, however, is slightly different. Superadded to the issue of illegal conduct is the possibility of a police operation planned and executed contrary to the advice (if this turns out to be true) of the Department of Justice. The suggestion is that the RCMP, after securing the relevant legal advice, nevertheless put itself above the law in its pursuit of the appellants. The community view of the police misconduct would, I think, be influenced by knowing whether or not the police were told in advance by their legal advisers that the reverse sting was illegal. Standing by itself, therefore, the subsequent 1996 enactment addresses only part of the issue.

En l'espèce cependant la question est légèrement différente. En plus de la question de la conduite illégale se pose la possibilité d'une opération policière planifiée et exécutée malgré l'avis contraire du ministère de la Justice (si la chose était avérée). Il est suggéré que la GRC, après avoir obtenu l'avis juridique pertinent, s'est néanmoins placée au-dessus de la loi pour poursuivre les appelants. Je crois que l'opinion de la collectivité sur l'inconduite policière serait également influencée par le fait que les conseillers juridiques de la police lui avaient signalé à l'avance ou non que la vente surveillée était illégale. En soi, la modification apportée par la suite en 1996 ne règle qu'une partie de la question.

The Assertion of Police Good Faith Was Based in Part on Advice Received from the Department of Justice

L'argument de la bonne foi de la police était fondé en partie sur un avis reçu du ministère de la Justice

46 Counsel for the Crown has invited the Court to evaluate the police conduct throughout the reverse sting and submits their actions do not constitute an abuse of process. One of the issues is good faith, as discussed in A. Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (1993), at pp. 107-118. As evidence of the fact that the reverse sting was undertaken "with the purest of

Le ministère public a invité notre Cour à évaluer la conduite des policiers tout au long de l'opération, et a soutenu que leurs actions ne constituaient pas un abus de procédure. Une des questions en litige est la bonne foi, dont traite A. Choo, dans *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (1993), aux pp. 107 à 118. Pour démontrer que la vente surveillée avait été entre-

motives”, the Crown has pointed out that the reverse sting proposal went through between 9 and 14 stages of approval before finally being authorized. The reverse sting operation was carefully planned, narrowly targeted, and ensured that no hashish actually changed hands, and thus never entered the criminal black market. Most importantly for present purposes is the fact that the Crown emphasized the good faith reliance of the police on legal advice. In the factum prepared for the Ontario Court of Appeal, for example, the argument was put as follows:

26. The conduct of the R.C.M.P. in the present case falls far short of conduct that has hitherto received the courts’ seal of approval. In the case at bar, as in the aforementioned case law, there has been no abuse of process or any conduct by the police that could “shock the conscience of the community”. In particular, regard must be had to the following considerations:

(f) The R.C.M.P. based, at least in part, the legality of there [*sic*] investigatory techniques on valid case law (*R. v. Lore*, unreported, Quebec Superior Court, 26 February, 1991, Pinard, J.S.C.) and consulted with the Department of Justice with regard to any problems of illegality. [Emphasis added.]

The RCMP’s reliance on legal advice was thus invoked as part of its “good faith” argument. The privilege belonged to the client, and the RCMP joined with the Crown to put forward that position. While not explicitly stated in so many words, the plain implication sought to be conveyed to the appellants and to the courts was that the RCMP accepted the legal advice they were given by the Department of Justice and acted in accordance with it. The credibility of a highly experienced departmental lawyer was invoked to assist the RCMP position in the abuse of process proceedings.

The Crown now says that the content of communications between the police and the Department of Justice could not affect the issue as to whether

prise [TRADUCTION] «avec les intentions les plus pures», le ministère public a souligné que la proposition de mettre sur pied cette opération avait passé 9 à 14 étapes d’approbation avant d’être finalement acceptée. L’opération de vente surveillée a été planifiée avec soin, étroitement délimitée et menée de manière à ce qu’aucune partie du haschisch ne change de mains, de sorte que la drogue ne s’est jamais retrouvée sur le marché noir criminel. Chose plus importante aux fins des présentes, le ministère public a insisté sur le fait que la police s’était fiée de bonne foi à l’avis juridique. Dans le mémoire qu’il a déposé devant la Cour d’appel de l’Ontario, par exemple, cet argument est formulé ainsi:

[TRADUCTION] 26. Dans la présente affaire, la conduite de la G.R.C. est loin d’approcher le niveau de gravité d’actes qui ont déjà reçu la bénédiction des tribunaux. En l’espèce, comme dans la jurisprudence susmentionnée, il n’y a ni abus de procédure ni activité policière susceptibles de «choquer la conscience de la collectivité». En particulier, il faut tenir compte des points suivants:

f) Pour s’assurer de la légalité de ses techniques d’enquête, la G.R.C. s’est fondée, au moins en partie, sur une jurisprudence valable (*R. c. Lore*, inédit, Cour supérieure du Québec, le 26 février 1991, le juge Pinard) et a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d’illégalité. [Je souligne.]

L’obtention par la GRC de l’avis juridique a donc été invoquée à l’appui de l’argument de la «bonne foi». Le privilège appartenait au client et il est clair que la GRC s’est jointe au ministère public pour faire valoir cet argument. Bien que cela n’ait pas été exprimé dans ces termes, on cherchait à indiquer aux appelants et aux tribunaux que la GRC avait accepté l’avis juridique reçu du ministère de la Justice et qu’elle avait agi en conséquence. La crédibilité d’un avocat très expérimenté du Ministère était invoquée devant les tribunaux au soutien de la position de la GRC dans les procédures relatives à l’abus de procédure.

Le ministère public affirme maintenant que le contenu des communications entre la police et le ministère de la Justice n’a aucune incidence sur la

the conduct of the RCMP gave rise to an abuse of process. The Crown says it does not matter what the RCMP were told as to the legality of the reverse sting operation the RCMP planned. Assuming the worst, the Crown says, no stay is warranted. On this point they rely on the analysis of the Court of Appeal, already quoted at para. 13, that if it were shown that the RCMP “moved ahead on their own as mavericks” (p. 197) despite legal advice to the contrary, it would be “of about equal weight” to a situation where the RCMP acted on a positive legal opinion that what they proposed to do would be lawful. With respect, I do not agree. A police force that chooses to operate outside the law is not the same thing as a police force that made an honest mistake on the basis of erroneous advice. We have no reason to think the RCMP ignored the advice it was given, but as the RCMP did make an issue of the legal advice it received in response to the stay applications, the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated.

question de savoir si la conduite de la GRC a donné lieu à un abus de procédure. Il prétend que ce qu’on a dit à la GRC au sujet de la légalité de l’opération planifiée n’a aucune importance. Selon le ministère public, l’arrêt des procédures n’est pas justifié même si l’on suppose le pire. Sur cette question, il s’appuie sur l’analyse de la Cour d’appel, déjà citée au par. 13, selon laquelle s’il était démontré que les agents de la GRC [TRADUCTION] «ont agi de leur propre chef comme des rebelles» (p. 197) en dépit d’un avis juridique contraire, cela serait [TRADUCTION] «d’un poids à peu près équivalent» à un cas où la GRC aurait agi en se fondant sur un avis juridique affirmant la légalité des actes projetés. Avec égards, je ne suis pas d’accord. Une force policière qui choisit d’agir hors la loi n’est pas la même chose qu’une force policière qui a commis une erreur de bonne foi fondée sur un avis erroné. Nous n’avons aucune raison de penser que la GRC a écarté l’avis reçu, mais, puisque cette dernière l’a invoqué en réponse à la demande d’arrêt des procédures, les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée.

48 It appears, therefore, that the only satisfactory way to resolve the issue of good faith is to order disclosure of the content of the relevant advice. This should be done (for the reasons to be discussed) on the basis of waiver by the RCMP of the solicitor-client privilege. It would be convenient, however, to address beforehand three additional contentions by the appellants. They say that disclosure of the communications between Cpl. Reynolds and the Department of Justice ought never to have been withheld in the first place because (a) no solicitor-client relationship exists between Department of Justice lawyers and police officers and therefore no privilege ever arose in this case, or, if such a relationship did exist, the communications at issue in the present case fell within either (b) the future crimes or (c) full answer and defence exceptions to the privilege.

(a) Existence of a Solicitor-Client Relationship between the RCMP Officers and Lawyers in the Department of Justice

Il ressort donc que la seule façon de régler la question de la bonne foi est d’ordonner la divulgation du contenu de l’avis pertinent. Cela doit être fait pour les raisons qui seront expliquées plus loin, au motif de la renonciation par la GRC au secret professionnel de l’avocat. Il serait utile cependant d’examiner d’abord trois prétentions supplémentaires des appelants. Ils disent que la divulgation des communications entre le capl. Reynolds et le ministère de la Justice n’aurait jamais dû être empêchée parce que: a) aucune relation avocat-client n’existe entre les avocats du ministère de la Justice et les policiers, de sorte qu’aucun privilège n’a pu prendre naissance en l’espèce, ou, si une telle relation existait, parce que les communications en question faisaient l’objet soit, b) de l’exception de crime projeté, soit c) de l’exception de défense pleine et entière.

a) L’existence d’une relation avocat-client entre les agents de la GRC et les avocats du ministère de la Justice

49 The solicitor-client privilege is based on the functional needs of the administration of justice.

Le secret professionnel de l’avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l’administration de la

The legal system, complicated as it is, calls for professional expertise. Access to justice is compromised where legal advice is unavailable. It is of great importance, therefore, that the RCMP be able to obtain professional legal advice in connection with criminal investigations without the chilling effect of potential disclosure of their confidences in subsequent proceedings. As Lamer C.J. stated in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289:

The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication

See also *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, *per* Cory J., at para. 46, and *per* Major J., at para. 5. This Court had previously, in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 872, adopted Wigmore's formulation of the substantive conditions precedent to the existence of the right of the lawyer's client to confidentiality (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2292, at p. 554):

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

Cpl. Reynolds' consultation with Mr. Leising of the Department of Justice falls squarely within this functional definition, and the fact that Mr. Leising works for an "in-house" government legal service does not affect the creation or character of the privilege.

It is, of course, not everything done by a government (or other) lawyer that attracts solicitor-client privilege. While some of what government lawyers do is indistinguishable from the work of private practitioners, they may and frequently do have multiple responsibilities including, for example,

justice. Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle. L'accès à la justice est mis en péril lorsqu'il est impossible d'obtenir des conseils juridiques. Il est donc extrêmement important que la GRC soit capable d'obtenir des conseils juridiques professionnels relativement à des enquêtes criminelles sans devoir subir l'effet paralysant de la divulgation potentielle de confidences à l'occasion de procédures ultérieures. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 289:

La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée. . . .

Voir aussi *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, le juge Cory au par. 46 et le juge Major au par. 5. Notre Cour avait d'abord adopté, dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 872, la façon dont Wigmore formulait les conditions de fond de l'existence du droit à la confidentialité des communications entre le client et l'avocat (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961) § 2292, à la p. 554):

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

La consultation donnée au capl. Reynolds par M. Leising du ministère de la Justice cadre parfaitement avec cette définition fonctionnelle, et le fait que M. Leising soit à l'emploi d'un service juridique gouvernemental «interne» ne change rien à l'égard de la création ou de la nature du privilège.

Le secret professionnel de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat, qu'il soit au service du gouvernement ou non. Bien qu'une partie du travail des avocats du gouvernement soit semblable à celui des avocats de pratique privée, ils peuvent avoir —

participation in various operating committees of their respective departments. Government lawyers who have spent years with a particular client department may be called upon to offer policy advice that has nothing to do with their legal training or expertise, but draws on departmental know-how. Advice given by lawyers on matters outside the solicitor-client relationship is not protected. A comparable range of functions is exhibited by salaried corporate counsel employed by business organizations. Solicitor-client communications by corporate employees with in-house counsel enjoy the privilege, although (as in government) the corporate context creates special problems: see, for example, the in-house inquiry into “questionable payments” to foreign governments at issue in *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981), *per* Rehnquist J. (as he then was), at pp. 394-95. In private practice some lawyers are valued as much (or more) for raw business sense as for legal acumen. No solicitor-client privilege attaches to advice on purely business matters even where it is provided by a lawyer. As Lord Hanworth, M.R., stated in *Minter v. Priest*, [1929] 1 K.B. 655 (C.A.), at pp. 668-69:

[I]t is not sufficient for the witness to say, “I went to a solicitor’s office.” . . . Questions are admissible to reveal and determine for what purpose and under what circumstances the intending client went to the office.

Whether or not solicitor-client privilege attaches in any of these situations depends on the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered. One thing is clear: the fact that Mr. Leising is a salaried employee did not prevent the formation of a solicitor-client relationship and the attendant duties, responsibilities and privileges. This rule is well established, as set out in *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v.*

et ont souvent — de nombreuses autres responsabilités comme, par exemple, la participation à divers comités opérationnels de leur ministère. Les avocats du gouvernement qui œuvrent depuis des années auprès d’un ministère client peuvent être invités à donner des conseils en matière de politique qui n’ont rien à voir avec leur formation et leur expertise juridiques mais font appel à leur connaissance du ministère. Les conseils que donnent les avocats sur des matières non liées à la relation avocat-client ne sont pas protégés. Un ensemble comparable de fonctions sont exercées par les avocats d’affaires salariés au service des grandes entreprises. Les communications avocat-client entre les employés d’une société et l’avocat interne bénéficient du privilège, quoique le contexte de l’entreprise privée (comme le contexte gouvernemental) pose des problèmes particuliers: voir, par exemple, l’enquête interne sur des «paiements douteux» faits à des gouvernements étrangers qui était en cause dans l’affaire *Upjohn Co. c. United States*, 449 U.S. 383 (1981), motifs du juge Rehnquist (plus tard Juge en chef), aux pp. 394 et 395. Dans la pratique privée, certains avocats sont autant ou davantage appréciés pour leur sens inné des affaires que pour leur perspicacité juridique. Le secret professionnel de l’avocat ne s’applique pas aux conseils sur de pures questions d’affaires mêmes s’ils sont donnés par un avocat. Comme le dit lord Hanworth, M.R., dans *Minter c. Priest*, [1929] 1 K.B. 655 (C.A.), aux pp. 668 et 669:

[TRADUCTION] [I]l ne suffit pas que le témoin dise: «Je suis allé voir un avocat.» . . . Il est permis de poser des questions pour découvrir et déterminer pour quelle raison et dans quelles circonstances le client présumé est allé voir l’avocat.

Le secret professionnel de l’avocat s’appliquera ou non à ces situations selon la nature de la relation, l’objet de l’avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni. Une chose est claire: le fait que M. Leising soit un employé salarié n’a pas empêché la création d’une relation avocat-client et des fonctions, obligations et privilèges qui y sont rattachés. Ce principe est bien établi, comme il a été énoncé dans *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise*

Comrs. of Customs and Excise (No. 2), [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), *per* Lord Denning, M.R., at p. 376:

Many barristers and solicitors are employed as legal advisers, whole time, by a single employer. Sometimes the employer is a great commercial concern. At other times it is a government department or a local authority. It may even be the government itself, like the Treasury Solicitor and his staff. In every case these legal advisers do legal work for their employer and for no one else. They are paid, not by fees for each piece of work, but by a fixed annual salary. They are, no doubt, servants or agents of the employer. For that reason the judge thought that they were in a different position from other legal advisers who are in private practice. I do not think this is correct. They are regarded by the law as in every respect in the same position as those who practise on their own account. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. They must uphold the same standards of honour and of etiquette. They are subject to the same duties to their client and to the court. They must respect the same confidences. They and their clients have the same privileges. . . . I have always proceeded on the footing that the communications between the legal advisers and their employer (who is their client) are the subject of legal professional privilege; and I have never known it questioned.

It is true that the Minister of Justice, who is *ex officio* the Attorney General of Canada, has a special legislated responsibility to ensure that “the administration of public affairs is in accordance with law”, and in that respect he or she is not subject to the same client direction as private clients: see *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4. We are not, however, concerned in this case with any conflict that may arise between the Minister and one of the “client departments”. Here, the Attorney General and the RCMP are united in asserting the privilege.

In the United States, the courts have recognized that solicitor-client privilege attaches to communications between government employees and government lawyers that fulfill the *Wigmore* conditions mentioned in *Descôteaux*, *supra*. The point is

(*No. 2*), [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), lord Denning, M.R., à la p. 376:

[TRADUCTION] Beaucoup d’avocats travaillent à plein temps à titre de conseillers juridiques pour un seul employeur. L’employeur est parfois une grande entreprise. Parfois, il s’agit d’un ministère ou d’une administration locale. Il peut même s’agir du gouvernement lui-même, comme le *Treasury Solicitor* et son personnel. Dans chaque cas, ces conseillers juridiques rendent des services juridiques uniquement à leur employeur. Ils ne reçoivent pas des honoraires selon le travail effectué, mais un salaire fixe annuel. Il ne fait aucun doute qu’ils sont des préposés ou des mandataires de leur employeur. C’est ce qui a fait penser au juge qu’ils se trouvaient dans une position différente de celle des conseillers juridiques qui exercent en pratique privée. Je ne pense pas que cela soit exact. La loi les considère en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. La seule différence réside dans le fait qu’ils agissent pour un seul client, et non pas pour plusieurs. Ils doivent respecter les mêmes normes d’honneur et de bonne conduite. Ils sont soumis aux mêmes obligations envers leur client et envers la cour. Ils doivent respecter le secret professionnel de la même manière. Leurs clients et eux ont les mêmes privilèges. [. . .] J’ai toujours tenu pour acquis que les communications entre les conseillers juridiques et leur employeur (qui est leur client) font l’objet du secret professionnel, et cela n’a jamais été remis en question, à ma connaissance.

Il est vrai que la loi confère expressément au ministre de la Justice, qui est d’office Procureur général du Canada, la responsabilité de veiller «au respect de la loi dans l’administration des affaires publiques», et, qu’à ce titre, il n’est pas soumis à des directives de la même façon que s’il avait des clients privés: voir *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4. La présente affaire ne porte toutefois pas sur un conflit susceptible de survenir entre le ministre et l’un de ses «ministères clients». En l’espèce, le procureur général et la GRC s’entendent pour invoquer le privilège.

Aux États-Unis, les tribunaux ont reconnu que le secret professionnel de l’avocat protégeait les communications entre les employés et les avocats du gouvernement dans les cas qui satisfaisaient aux conditions de *Wigmore* citées dans *Descôteaux*,

51

52

made, for example, by the authors of the Restatement (Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996)), as follows:

Unless applicable law otherwise provides, the attorney-client privilege extends to a communication of a governmental organization . . . and of an individual officer . . . of a governmental organization.

It is possible that in the United States the application of the privilege to government counsel may be circumscribed differently than in this country owing to the structure of the United States Constitution and government: see, e.g., the discussion of the U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, in the context of an investigation of alleged criminal conduct by government officials in *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (D.C. Cir. 1998). In this country as well, the solicitor-client privilege may operate differently in some respects because of the public interest aspect of government administration, but such differences are not relevant to this appeal.

précité. C'est ce qu'expliquent les auteurs du Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996):

[TRADUCTION] À moins de disposition contraire prévue par la loi, le secret professionnel de l'avocat protège les communications d'un organisme gouvernemental [. . .] et d'un fonctionnaire d'un organisme gouvernemental.

Il est possible qu'aux États-Unis, le privilège s'applique aux avocats du gouvernement d'une façon différente qu'au Canada en raison de la structure de la Constitution et du gouvernement des États-Unis: voir, p. ex., les observations de la U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, dans le cadre d'une enquête sur des allégations de conduite criminelle contre certains fonctionnaires, dans *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (D.C. Cir. 1998). Le secret professionnel de l'avocat peut également s'appliquer différemment au Canada à certains égards en raison de question d'intérêt public dans l'administration gouvernementale, mais ces différences ne sont pas pertinentes dans le cadre du présent pourvoi.

53 In support of their assertion that no privilege exists in respect of communications between the police and Crown counsel in the course of a criminal investigation, the appellants rely upon *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261 (S.C.B.C.), and *R. v. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL) (S.C.). *Girouard* concerned the admissibility of the details of a conversation between Crown counsel and a police officer who was to be a Crown witness in the hallway outside the courtroom on the day of a preliminary inquiry. The conversation was overheard by defence counsel. The B.C. Supreme Court held, *inter alia*, that because the conversation had been overheard, any privilege that might have existed had been waived.

Pour appuyer leur argument selon lequel il n'existe aucun privilège relativement aux communications entre la police et l'avocat du ministère public dans le cadre d'une enquête criminelle, les appelants invoquent les décisions *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261 (C.S.C.-B.), et *R. c. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL) (C.S.). L'affaire *Girouard* portait sur l'admissibilité en preuve des propos échangés le jour d'une enquête préliminaire, dans le corridor menant à la salle d'audience, à l'occasion d'une conversation entre l'avocat du ministère public et un policier qui devait témoigner pour ce dernier. La conversation avait été surprise par l'avocat de la défense. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu, notamment, qu'en raison du fait que la conversation avait été entendue, il y avait eu renonciation à tout privilège existant.

54 *Girouard* advocates the proposition that communications as to the question of identification between a police officer who is to be a Crown witness and Crown counsel are not protected by solicitor-client privilege. This seems to be based on the

La décision *Girouard* préconise la proposition que les communications relatives à la question de l'identification entre un policier désigné comme témoin du ministère public et l'avocat de ce dernier ne sont pas protégées par le secret profession-

Court's view that because a police officer was not an agent of the Attorney General, no solicitor-client relationship could exist between a Crown counsel and a police officer. I disagree with this analysis. The existence of an agency relationship is not essential to the creation of solicitor-client privilege. In seeking advice from a lawyer about the exercise of his original authority that "cannot be exercised on the responsibility of any person but himself" (*Enever, supra*, p. 977), Cpl. Reynolds satisfied the conditions precedent "to the existence of the right of the lawyer's client to confidentiality" (*Descôteaux, supra*, p. 872). Subject to what is said below, when Mr. Leising of the Department of Justice initially advised Cpl. Reynolds about the legality of a reverse sting operation, these communications were protected by solicitor-client privilege.

(b) The "Future Crimes and Fraud" Exception

It is well established, as the appellants argue, that there is an exception to the principle of confidentiality of solicitor-client communications where those communications are criminal or else made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime. The exception was noted by Dickson J. in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 835-36:

More significantly, if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. The classic case is *R. v. Cox and Railton* [(1884), 14 Q.B.D. 153], in which Stephen J. had this to say (p. 167): "A communication in furtherance of a criminal purpose does not 'come in the ordinary scope of professional employment'."

The Court of Appeal concluded, at p. 200, that the "future crimes" exception applied because it was a "fair inference" from a memorandum dated June 1991 "that the lawyer was offering advice which, even given the utmost good faith, was being utilized by Corporal Reynolds in the planning of the venture". A distinction must be drawn,

nel de l'avocat. La cour semble avoir adopté le point de vue qu'étant donné qu'un policier n'est pas un mandataire du procureur général, il ne peut y avoir aucune relation d'avocat-client entre un avocat du ministère public et un policier. Je suis en désaccord avec cette analyse. L'existence d'une relation de mandant-mandataire n'est pas essentielle à la création du secret professionnel de l'avocat. En demandant l'avis d'un avocat au sujet de l'exercice de ses pouvoirs «qui ne peuvent être exercés sous la responsabilité de quiconque, sauf la sienne» (*Enever*, précité, p. 977), le capl. Reynolds a rempli les conditions de «l'existence du droit à la confidentialité du client de l'avocat» (*Descôteaux*, précité, p. 872). Sous réserve de ce qui suit, les communications résultant de l'avis initialement donné par M. Leising du ministère de la Justice au capl. Reynolds sur la légalité d'une opération de vente surveillée étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat.

(b) L'exception de «crime et de fraude projetés»

Comme les appelants le soutiennent, l'existence d'une exception au principe de la confidentialité des communications avocat-client est bien établie relativement aux cas où ces communications sont de nature criminelle ou qu'elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'un crime. L'exception a été soulignée par le juge Dickson dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, aux pp. 835 et 836:

Plus significatif, si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. L'arrêt classique est *R. v. Cox and Railton* [(1884), 14 Q.B.D. 153], où le juge Stephen s'exprime en ces termes (p. 167): [TRADUCTION] «Une communication faite en vue de servir un dessein criminel ne «relève pas de la portée ordinaire des secrets professionnels»».

La Cour d'appel a conclu à la p. 200 que l'exception du «crime projeté» s'appliquait, parce qu'une note de service datée de juin 1991 [TRADUCTION] «justifiait l'inférence que l'avis donné par l'avocat, même s'il a été donné avec la plus entière bonne foi, a été utilisé par le caporal Reynolds pour planifier l'opération». Il faut faire

55

56

I think, between the evidence of Cpl. Reynolds and related documents, on the one hand, and the position taken by the Crown and the RCMP before the courts in this case, on the other hand. The testimony of Cpl. Reynolds was that he did not require legal advice “to plan the venture”. He already knew about reverse sting operations. Nor did he seek the advice to “facilitate” the crime. He sought advice as to whether or not the operation he had in mind was lawful. This is the sort of transaction advice sought every day from lawyers. In my view, the privilege is not automatically destroyed if the transaction turns out to be illegal. As noted above, Dickson J., in *Solosky*, at p. 835, referred to *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, as “[t]he classic case” on this point. In that case, a judgment debtor consulted a solicitor about the vulnerability of assets to seizure. The solicitor’s advice was essentially that it could not be done without a *bona fide* sale of the property in question. Later, when the judgment creditor attempted to realize against the assets, they had been sold. It was alleged that the sale was fraudulent as having been entered into in an attempt to deprive the judgment creditor of the fruits of his judgment. The solicitor was called as a witness and compelled to testify about the advice he had given. Stephen J., for the court on appeal, after affirming the importance of the solicitor-client privilege, went on to discuss the limits of this doctrine as follows, at p. 168:

In order that the rule [the solicitor-client privilege] may apply there must be both professional confidence and professional employment, but if the client has a criminal object in view in his communications with his solicitor one of these elements must necessarily be absent. The client must either conspire with his solicitor or deceive him. If his criminal object is avowed, the client does not consult his adviser professionally, because it cannot be the solicitor’s business to further any criminal object. If the client does not avow his object he reposes no confidence, for the state of facts, which is the foundation of the supposed confidence, does not exist. The solicitor’s advice is obtained by a fraud. [Emphasis added.]

The court found in that case that although the solicitor was not an active part of the conspiracy to

une distinction, à mon avis, entre le témoignage du capl. Reynolds et les documents connexes, d’une part, la position adoptée en l’espèce par le ministre public et la GRC devant les tribunaux, de l’autre. Le caporal Reynolds a témoigné qu’il n’avait pas eu besoin d’avis juridique pour [TRADUCTION] «planifier l’opération». Il connaissait déjà les opérations de vente surveillée. Il n’a pas demandé d’avis pour «faciliter» le crime. Il a demandé un avis sur légalité de l’opération qu’il projetait. Ce genre d’avis sur une opération projetée est demandé quotidiennement aux avocats. À mon avis, le privilège n’est pas automatiquement écarté si l’opération se révèle illégale. Comme nous l’avons vu précédemment, le juge Dickson, dans *Solosky*, à la p. 835, a dit que *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, était «[l]’arrêt classique» sur ce point. Dans cette affaire, un débiteur en vertu d’un jugement avait consulté un avocat pour savoir si des biens étaient saisissables. Pour l’essentiel, l’avocat l’a informé qu’il fallait une vente de bonne foi de ces biens. Lorsque, plus tard, le créancier a voulu réaliser sa créance, les biens avaient été vendus. Il a été allégué qu’il s’agissait d’une vente frauduleuse, conclue pour priver le créancier des fruits du jugement. L’avocat a été assigné comme témoin et contraint à témoigner au sujet de l’avis qu’il avait donné. S’exprimant au nom de la cour d’appel, le juge Stephen, après avoir insisté sur l’importance du secret professionnel de l’avocat, analyse les limites du principe, à la p. 168:

[TRADUCTION] L’application de la règle [du secret professionnel de l’avocat] suppose, d’une part, un rapport de confidentialité professionnelle, et, d’autre part, une consultation professionnelle, mais si le client poursuit un dessein criminel en faisant des communications à son avocat, l’un de ces éléments doit nécessairement être absent. Le client doit, soit comploter avec l’avocat, soit le tromper. S’il lui fait part de son dessein criminel, le client ne consulte pas à titre professionnel, parce que la fonction de l’avocat ne peut pas être de favoriser la perpétration d’un crime. Si le client ne lui divulgue pas son dessein, il n’y a pas de confiance, car l’état de choses sur lequel repose la prétendue confiance n’existe pas. Il obtient l’avis de l’avocat par fraude. [Je souligne.]

Dans cette affaire, la cour a conclu que, bien que l’avocat n’ait pas pris une part active au complot

defraud the creditor, he had been duped by his clients, and the privilege was destroyed.

The language of the court in *Cox and Railton* (“... if the client has a criminal object in view in his communications with his solicitor...”) implied that this exception can only apply where a client is knowingly pursuing a criminal purpose, and it is so laid down by Professor Wigmore (*Wigmore on Evidence, supra*, § 2298, at p. 573) where he gives an affirmative answer to the question, “Must... the advice be sought for a *knowingly* unlawful end?” (Emphasis in original.)

Although the issue has apparently not been directly considered in the Canadian case law, the Wigmore view was subsequently espoused by the authors of “The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges” (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730, where they state as follows, at pp. 730-31:

The attorney-client privilege has always been subject to the qualification that protection is denied to communications wherein a lawyer’s assistance is sought in activity that the client knows to constitute a crime or tort. [Emphasis added.]

The scope of the “future crimes” exception is circumscribed on a public policy basis, as explained at p. 731:

The knowledge requirement minimizes the effect of the exception on proper communications; absent this requirement legitimate consultations would be inhibited by the risk that their subject matter might turn out to be illegal and therefore unprivileged. Moreover, counseling against unfounded claims or illegal projects is an important part of the lawyer’s function. [Emphasis added.]

This explanation is consistent with the statement of the principle of Lamer J. in *Descôteaux, supra*, at p. 881:

Confidential communications, whether they relate to financial means or to the legal problem itself, lose that character if and to the extent that they were made for the purpose of obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime.

pour léser le créancier, il avait été dupé par ses clients et le privilège avait été anéanti.

Les termes employés dans *Cox and Railton* («... si le client poursuit un dessein criminel en faisant des communications à son avocat») impliquent que cette exception ne vaut que si le client poursuit sciemment un dessein criminel, et c’est précisément ce que dit le professeur Wigmore (*Wigmore on Evidence, op. cit.*, § 2298, à la p. 573) quand il apporte une réponse affirmative à la question: [TRADUCTION] «Le client doit-il demander l’avis sachant que la fin poursuivie est illégale?» (En italique dans l’original.)

Quoique la question n’ait apparemment pas été abordée directement dans la jurisprudence au Canada, le point de vue de Wigmore a été approuvé par les auteurs de «The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges» (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730, aux pp. 730 et 731:

[TRADUCTION] Le secret professionnel de l’avocat a toujours été subordonné à cette condition: la protection des communications est écartée quand le client consulte l’avocat pour obtenir son aide, sachant que l’acte projeté constitue un crime ou un délit. [Je souligne.]

La portée de l’exception du «crime projeté» est délimitée selon des raisons de principes d’intérêt public, comme on l’explique à la p. 731:

[TRADUCTION] La condition relative à la connaissance réduit l’effet de l’exception sur des communications légitimes; à défaut de cette condition, le risque que leur objet se révèle illégal et que le privilège soit par conséquent écarté ferait obstacle aux consultations légitimes. De plus, c’est une partie importante de la fonction de l’avocat de déconseiller les revendications sans fondement et les projets illégaux. [Je souligne.]

Cette explication est conforme à l’énoncé du principe par le juge Lamer dans l’arrêt *Descôteaux*, précité, à la p. 881:

Confidentielles, qu’elles aient trait aux moyens financiers ou à la nature du problème, les communications ne le seront plus si et dans la mesure où elles ont été faites dans le but d’obtenir des avis juridiques pour faciliter la perpétration d’un crime.

57

58

59

The exception to the formation of the privilege was elaborated upon by Lord Parmoor in *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581 (H.L.), at p. 621:

The third point relied on by the appellant, as an answer to the claim of professional privilege, is that the present case comes within the principle that such privilege does not attach where a fraud has been concocted between a solicitor and his client, or where advice has been given to a client by a solicitor in order to enable him to carry through a fraudulent transaction. If the present case can be brought within this principle, there will be no professional privilege, since it is no part of the professional duty of a solicitor either to take part in the concoction of fraud, or to advise his client how to carry through a fraud. Transactions and communications for such purposes cannot be said to pass in professional confidence in the course of professional employment. [Emphasis added.]

⁶⁰ A leading U.S. case that considers this question is *State ex rel. North Pacific Lumber Co. v. Unis*, 579 P.2d 1291 (Or. 1978). In that case, it was alleged that an employer illegally eavesdropped on an employee's telephone conversations. The employer stated that before undertaking this eavesdropping, it had sought legal advice and it claimed solicitor-client privilege over these communications. The employee sought the disclosure of this advice, but disclosure was refused. The court made the following pertinent comment, at p. 1295:

We approve of the requirement that, in order to invoke the exception to the privilege, the proponent of the evidence must show that the client, when consulting the attorney, knew or should have known that the intended conduct was unlawful. Good-faith consultations with attorneys by clients who are uncertain about the legal implications of a proposed course of action are entitled to the protection of the privilege, even if that action should later be held improper. [Emphasis added.]

⁶¹ In the present case, the only evidence of RCMP knowledge, constructive or otherwise, is the testimony of Cpl. Reynolds who insists that he believed the reverse sting operation to be lawful. In light of his prior study of the Superior Court decision in *Lore, supra*, it cannot fairly be said that Cpl. Reynolds "knew or should have known that

L'exception à la création du privilège a été développée par lord Parmoor dans *O'Rourke c. Darbishire*, [1920] A.C. 581 (H.L.), à la p. 621:

[TRADUCTION] Le troisième moyen de l'appelant contre l'existence du secret professionnel invoqué est que la présente affaire est soumise au principe que ce privilège ne s'applique pas lorsqu'une fraude a été concoctée entre un avocat et son client ou lorsque l'avocat a conseillé son client de manière à lui permettre d'effectuer une opération frauduleuse. S'il est démontré que ce principe doit trouver application en l'espèce, le secret professionnel sera écarté puisque les obligations professionnelles de l'avocat excluent la planification d'une opération frauduleuse ou les conseils à un client sur la façon de commettre une fraude. On ne peut prétendre que les échanges et les communications effectuées dans ce but font l'objet du sceau de la confidentialité professionnelle rattaché à l'exercice des fonctions professionnelles. [Je souligne.]

Un arrêt de principe américain sur cette question est *State ex rel. North Pacific Lumber Co. c. Unis*, 579 P.2d 1291 (Or. 1978). Dans cette affaire, il était allégué qu'un employeur avait illégalement soumis les conversations téléphoniques d'un employé à l'écoute électronique. L'employeur a dit qu'avant de recourir à l'écoute électronique, il avait demandé un avis juridique et il a fait valoir le secret professionnel de l'avocat à l'égard de ces communications. L'employé a sollicité la divulgation de cet avis, mais celle-ci lui a été refusée. La cour fait cette observation pertinente, à la p. 1295:

[TRADUCTION] Nous approuvons l'exigence selon laquelle, s'il veut invoquer l'exception au privilège, celui qui veut présenter la preuve doit démontrer que le client, lorsqu'il a consulté l'avocat, savait ou aurait dû savoir que l'acte projeté était illégal. Les consultations de bonne foi entre un avocat et un client qui est incertain des conséquences juridiques d'une ligne de conduite envisagée bénéficient de la protection du privilège, même si l'acte est jugé illicite par la suite. [Je souligne.]

En l'espèce, la seule preuve de la connaissance, présumée ou autre, de la GRC est le témoignage du caporal Reynolds qui maintient avoir cru que l'opération de vente surveillée était légale. Puisque le caporal Reynolds avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, on ne peut affirmer qu'au moment où il s'est adressé à M. Leising, il

the intended conduct was unlawful” at the time he approached Mr. Leising. Nor does the evidence establish that Mr. Leising was a “conspirator or a dupe”. There is therefore no basis in Cpl. Reynold’s evidence to suggest that in this case the solicitor-client privilege never came into existence.

The question remains whether the privilege was destroyed when the RCMP sold hashish to the appellants. It is argued by the authors of “The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges”, *supra*, at p. 731, that a “subsequent formation of criminal intent should be held to destroy a preexisting privilege”. This would suggest that proof of a crime which, except in offences of absolute liability, entails proof of intent, would automatically destroy the privilege in every case. Such a proposition could have a very broad impact, for example, in the field of regulatory crimes and offences. In my view, destruction of the privilege takes more than evidence of the existence of a crime and proof of an anterior consultation with a lawyer. There must be something to suggest that the advice facilitated the crime or that the lawyer otherwise became a “dupe or conspirator”. The evidence of Cpl. Reynolds does not establish such things, but the formal position of the Crown, with the support of the RCMP, goes beyond his evidence. The RCMP position before the Court was that the decision to proceed with the reverse sting had been taken with the participation and agreement of the Department of Justice. By adopting this position, the RCMP belatedly brought itself within the “future crimes” exception, and put in question the continued existence of its privilege.

If there had been no waiver of privilege by the RCMP in this case, I would have taken the view that any papers documenting the legal advice (or, if there was no contemporaneous documentation, an affidavit setting out the content of the relevant advice) ought to be provided in the first instance to the trial judge. If he or she were satisfied, either on the basis of the documents themselves or on the basis of the documents supplemented by other evidence, that the documented advice could be fairly

«savait ou aurait dû savoir que l’acte projeté était illégal». Rien dans la preuve n’établit non plus que M. Leising était un «comploter ou une dupe». Rien ne permet donc de dire à partir du témoignage du capl. Reynolds que le secret professionnel de l’avocat n’a jamais pris naissance en l’espèce.

Il reste à décider si le privilège a été anéanti quand la GRC a vendu du haschisch aux appelants. Les auteurs de «The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges», *loc. cit.*, à la p. 731, soutiennent que [TRADUCTION] «la formation ultérieure d’une intention criminelle devrait anéantir le privilège préexistant». Ceci signifierait que la preuve d’un crime, sauf dans les infractions de responsabilité absolue, qui entraîne la preuve de l’intention détruirait automatiquement le privilège dans tous les cas. Une telle proposition pourrait avoir une portée très large dans le domaine des infractions réglementaires, par exemple. À mon avis, la levée du privilège exige plus que la preuve de l’existence d’un crime et de la consultation préalable d’un avocat. Il faut quelque élément tendant à établir que l’avis a facilité le crime ou que l’avocat est devenu «dupe ou comploter». Cela n’est pas démontré par le témoignage du capl. Reynolds, mais la position officielle du ministère public, avec l’appui de la GRC, va au-delà de ce témoignage. La GRC a soutenu devant notre Cour que la décision d’exécuter l’opération de vente surveillée a été prise avec la participation et l’accord du ministère de la Justice. En adoptant cette position, la GRC s’est placée en fin de compte dans le cadre de l’exception de «crime projeté» et a mis en question le maintien du privilège.

Si la GRC n’avait pas renoncé au privilège dans la présente espèce, j’aurais été d’avis que tout écrit attestant l’avis juridique (ou, faute de documentation concomitante, un affidavit exposant le contenu de l’avis pertinent) devait être présenté en tout premier lieu au juge du procès. Si celui-ci est convaincu, sur la foi des documents eux-mêmes ou des documents complétés par d’autres éléments de preuve, qu’il y a quelque raison de penser que l’avis ainsi attesté a de quelque manière facilité le

62

63

said in some way to have facilitated the crime, the documents would then be provided to the appellants. If the lawyer had merely advised about the legality of the operation, and thereby made himself neither dupe nor conspirator in the facilitation of a crime, the proper course would have been to return the papers to the RCMP.

64 In this case, however, I think the RCMP did waive the privilege, as discussed below. The relevant solicitor-client communications that came within the scope of the waiver ought therefore to be turned over directly to the appellants without the need in the first instance of a two-stage procedure involving the trial judge.

(c) Full Answer and Defence

65 Another exception to the rule of confidentiality of solicitor-client privilege may arise where adherence to that rule would have the effect of preventing the accused from making full answer and defence: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 340; *R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), at p. 43; *R. v. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267 (B.C.S.C.), at pp. 273-74. The Crown concedes the validity of the principle, but suggests that it is irrelevant to an abuse of process application because it applies only where “innocence is at stake”, which is no longer the case in the present appeal. Where innocence is not at stake, the Crown contends, the accused’s right to make full answer and defence is not engaged. In this connection, the Crown relies upon *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, per McLachlin J., at p. 607, and *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, per L’Heureux-Dubé J., at p. 561. I do not think these cases can be taken as deciding an issue that was not before the Court on those occasions. The Ontario Court of Appeal concluded at p. 200 that the full answer and defence exception applied because “the entire jeopardy of the appellants remained an open issue until disposition of the stay application”. This may be true, but the appellants were not providing “full answer and defence” to the stay application. On the contrary, the appel-

crime, les documents doivent alors être fournis aux appelants. Si l’avocat a simplement donné son avis sur la légalité de l’opération, sans devenir dupe ou comploteur en facilitant un crime, il y a lieu alors de restituer les documents à la GRC.

En l’espèce, toutefois, je crois que la GRC a renoncé au privilège, comme je vais l’exposer plus loin, et que la GRC a elle-même argué du fait qu’elle s’était fondée de bonne foi sur l’avis en cause. Les communications pertinentes entre l’avocat et son client qui étaient visées par la renonciation doivent, par conséquent, être remises directement aux appelants sans qu’il soit nécessaire ou juge du procès de procéder au préalable à cette procédure à deux étapes.

c) La défense pleine et entière

Une autre exception au principe du secret professionnel de l’avocat peut prendre naissance lorsque le respect de ce principe aurait pour effet d’empêcher l’accusé de faire valoir une défense pleine et entière: voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 340; *R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), à la p. 43; *R. c. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267 (C.S.C.-B.), aux pp. 273 et 274. Le ministère public admet la validité de ce principe tout en ajoutant qu’il ne s’applique pas à une demande relative à l’abus de procédure parce qu’il ne s’applique que lorsque [TRADUCTION] «la question de l’innocence est en jeu», ce qui n’est plus le cas dans le présent pourvoi. Selon le ministère public, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière n’entre pas en jeu lorsque la question de l’innocence ne se pose pas. À cet effet, le ministère public s’appuie sur les arrêts *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, motifs du juge McLachlin, à la p. 607, et *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, motifs du juge L’Heureux-Dubé, à la p. 561. Je ne crois que l’on puisse dire que ces arrêts ont tranché une question dont notre Cour n’était pas saisie à ces occasions. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu à la p. 200 que l’exception de défense pleine et entière s’appliquait parce que [TRADUCTION] «le sort entier des appelants demeurait non réglé jusqu’à ce que la

lants are the moving parties. The application is being defended by the Crown. The appellants' initiative in launching a stay application does not, of itself, authorize a fishing expedition into solicitor-client communications to which the Crown is a party.

As stated, the present appeal is decided on the basis of waiver of solicitor-client privilege and I leave for another day the decision whether, in the absence of waiver, full answer and defence considerations may themselves operate to compel the disclosure of solicitor-client privilege of communications in an abuse of process proceeding and, if so, in what circumstances.

Waiver of Solicitor-Client Privilege

The record is clear that the RCMP put in issue Cpl. Reynolds' good faith belief in the legality of the reverse sting, and asserted its reliance upon his consultations with the Department of Justice to buttress that position. The RCMP factum in the Ontario Court of Appeal has already been quoted in para. 46. In my view, the RCMP waived the right to shelter behind solicitor-client privilege the contents of the advice thus exposed and relied upon. I characterize the RCMP rather than Cpl. Reynolds as the client in these circumstances because even though he was exercising the duties of his public office as a police officer, Cpl. Reynolds was seeking the legal advice in the course of his RCMP employment. The identification of "the client" is a question of fact. There is no conceptual conflict between the individual responsibilities of the police officer and characterizing the "client" as the RCMP. Despite the existence of the *Royal Canadian Mounted Police Act* and related legislation, I believe the relationship among individual policemen engaged in criminal investigations is accurately set out in *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1981), vol. 36, at p. 107:

demande d'arrêt des procédures soit tranchée». Cela est peut-être exact, mais les appelants ne faisaient pas valoir une «défense pleine et entière» à la demande d'arrêt des procédures. Ce sont eux qui, au contraire, ont présenté cette demande. Le ministère public s'y oppose en défense. La décision des appelants de demander l'arrêt des procédures n'autorise pas en soi une recherche à l'aveuglette dans des communications entre avocat et client auxquelles le ministère public a pris part.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'issue du présent pourvoi repose sur la renonciation au secret professionnel de l'avocat, et je ne me prononce pas en l'espèce sur la question de savoir si, en l'absence de renonciation, des considérations relatives à la défense pleine et entière peuvent elles-mêmes avoir pour effet de forcer la divulgation de communications faisant l'objet du secret professionnel dans le cadre d'une action en abus de procédure et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.

La renonciation au secret professionnel de l'avocat

Le dossier indique clairement que la GRC a fait valoir la croyance de bonne foi du capl. Reynolds dans la légalité de l'opération de vente surveillée et qu'elle a affirmé s'être fiée aux consultations qu'il avait eues avec le ministère de la Justice afin d'étayer cet argument. Le mémoire déposé par la GRC devant la Cour d'appel de l'Ontario a déjà été cité au par. 46. J'estime que la GRC a renoncé au droit d'abriter derrière le secret professionnel de l'avocat le contenu de l'avis ainsi dévoilé et invoqué. Je considère que c'est la GRC et non le capl. Reynolds qui est le client en l'espèce car, même s'il exerçait les fonctions liées à sa charge de policier, le capl. Reynolds a demandé l'avis juridique dans le cadre de l'exercice de son emploi à la GRC. L'identification du «client» est une question de fait. Il n'y a aucune contradiction conceptuelle entre les responsabilités individuelles du policier et le fait de considérer le «client» comme étant la GRC. Malgré l'existence de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et des lois connexes, j'estime que la relation entre les policiers à titre individuel dans le cadre d'une enquête criminelle est décrite avec précision dans *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1981), vol. 36, à la p. 107:

66

67

The history of the police is the history of the office of constable and, notwithstanding that present day police forces are the creation of statute and that the police have numerous statutory powers and duties, in essence a police force is neither more nor less than a number of individual constables, whose status derives from the common law, organised together in the interests of efficiency.

If Cpl. Reynolds himself were characterized as the client, it could be said that sharing the contents of that advice with his fellow officers would have breached the confidentiality and waived the privilege, which would be absurd. At the same time, if the legal advice were intentionally disclosed outside the RCMP, even to a department or agency of the federal government, such disclosure might waive the confidentiality, depending on the usual rules governing disclosure to third parties by a client of communications from its solicitor.

[TRADUCTION] L'histoire de la police est l'histoire de la charge de policier, et malgré le fait que les forces policières actuelles sont des créations de la loi et que les policiers ont de nombreuses fonctions et obligations, il n'en demeure pas moins qu'une force policière n'est essentiellement ni plus ni moins qu'un groupe de policiers individuels, dont le statut découle de la common law, qui se sont structurés dans l'intérêt de l'efficacité.

Si le caporal Reynolds lui-même était considéré comme le client, on pourrait prétendre que le fait de discuter du contenu de cet avis avec ses collègues aurait violé la confidentialité et écarté le privilège, ce qui serait absurde. Par ailleurs, si le contenu de l'avis juridique a été volontairement divulgué à l'extérieur de la GRC, y compris à un ministère ou à un organisme du gouvernement fédéral, cette divulgation pourrait constituer une renonciation à la confidentialité, selon les règles habituelles régissant la divulgation à des tiers par un client de communications provenant de son avocat.

68 It is convenient to recall at this point that at the time of the original disclosure motions, the position of the appellants was clear, i.e., disclose the communications or forswear reliance upon them. Notwithstanding this caution, the RCMP and their legal counsel chose to rely upon the communications to support their argument of good faith reliance. In doing so, the privilege was waived.

Il est utile de rappeler à ce stade-ci qu'au moment de la présentation des requêtes en divulgation initiales, la position des appelants était claire, c.-à-d.: divulguez les communications ou renoncez à les invoquer. Malgré cet avertissement, la GRC et son avocat ont choisi de les invoquer au soutien de l'argument selon lequel l'avis avait été suivi de bonne foi. Ce faisant, ils ont renoncé au privilège.

69 In *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508 (B.C.C.A.), the bank put a defaulting customer into receivership, and the customer sued both the bank and the receiver, who then launched third party proceedings at each other. The bank said it had relied on the receiver's advice in putting the customer into receivership. The receiver denied detrimental reliance on its advice, and wanted to know what other professional advice the bank had received at the relevant time. In particular, the receiver wanted to know what legal advice the bank had received from its own lawyers, MacKimmie Matthews. The bank claimed solicitor-client privilege over this correspondence. In

Dans *Rogers c. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508 (C.A.C.-B.), la banque avait fait mettre sous séquestre les biens d'un client en défaut et ce dernier avait poursuivi tant la banque que le séquestre, qui avaient à leur tour intenté des actions en garantie l'un contre l'autre. La banque a prétendu s'être fiée à l'avis du séquestre avant de prendre une telle mesure contre son client. Le séquestre a contesté la prétention que l'avis qu'il avait donné avait causé un préjudice, et il a cherché à savoir quel autre conseil professionnel la banque avait reçu à l'époque pertinente. En particulier, le séquestre voulait connaître la nature de l'avis juridique que la banque avait reçu de ses propres avocats, MacKimmie Matthews. La banque a invoqué que le secret professionnel de

rejecting the bank's claim of privilege, the court, *per* Hutcheon J.A., stated as follows, at p. 513:

The issue in this case is not the knowledge of the bank. The issue is whether the bank was induced to take certain steps in reliance upon the advice from the receiver on legal matters. To take one instance, the receiver, according to the bank, advised the bank that it was not necessary to allow Abacus [the plaintiff debtor] time for payment before the appointment of the receiver. A significant legal decision had been rendered some months earlier to the opposite of that advice. The extent to which the bank had been advised about that decision, not merely of its result, is important in the resolution of the issue whether the bank relied upon the advice of the receiver. [Emphasis added.]

The Court goes on to adopt the reasoning of the United States District Court for the District of Columbia in *United States v. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981) as follows, at pp. 248-49:

Most courts considering the matter have concluded that a party waives the protection of the attorney-client privilege when he voluntarily injects into the suit the question of his state of mind. For example, in *Anderson v. Nixon*, 444 F.Supp. 1195, 1200 (D.D.C. 1978), Judge Gesell stated that as a general principle "a client waives his attorney-client privilege when he brings suit or raises an affirmative defense that makes his intent and knowledge of the law relevant."

Thus, the only way to assess the validity of Exxon's affirmative defenses, voluntarily injected into this dispute, is to investigate attorney-client communications where Exxon's interpretation of various DOE policies and directives was established and where Exxon expressed its intentions regarding compliance with those policies and directives.

It appears the court in *Rogers* found that any privilege with respect to correspondence with the bank's solicitors had been waived as necessarily inconsistent with its pleading of reliance, even though the bank itself had not referred to, much less relied upon, the existence of advice from its own solicitors.

l'avocat sur la correspondance échangée à cet effet. En rejetant cette prétention, la cour, par l'entremise du juge Hutcheon, a dit, à la p. 513:

[TRADUCTION] La question en litige n'est pas la connaissance de la banque. La question est de savoir si l'avis fourni par le séquestre en matière juridique a incité la banque à prendre certaines mesures. Pour prendre un exemple, la banque prétend que le séquestre l'a informée qu'il n'était pas nécessaire d'accorder à Abacus [le demandeur-débiteur] un délai de paiement avant la nomination du séquestre. Un jugement d'une importance majeure établissant l'inverse de cet avis avait été rendu quelques mois auparavant. Le fait que la banque ait été informée ou non du contenu de cette décision, et non seulement de son issue, est important pour déterminer si la banque s'est fiée à l'avis du séquestre. [Je souligne.]

La cour adopte ensuite le raisonnement suivi par la Cour de district des États-Unis du district de Columbia dans l'affaire *United States c. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981), aux pp. 247 à 249:

[TRADUCTION] La plupart des tribunaux qui ont examiné cette question ont conclu qu'une partie renonçait à la protection du secret professionnel lorsqu'elle invoquait volontairement la question de son état d'esprit. Par exemple, dans l'affaire *Anderson c. Nixon*, 444 F. Supp. 1195, 1200 (D.D.C. 1978), le juge Gesell dit que le principe général est qu'«un client renonce au secret professionnel lorsqu'il intente une poursuite ou qu'il présente une défense affirmative qui rend pertinentes son intention et sa connaissance de la loi».

Par conséquent, la seule façon d'évaluer la validité des défenses affirmatives volontairement soulevées par Exxon est d'enquêter sur les communications avocat-client à l'époque où l'interprétation de diverses politiques et directives du DOE a été établie et où Exxon a exprimé ses intentions relativement au respect de ces politiques et directives.

Il appert que, dans *Rogers*, la cour a conclu qu'il y avait eu renonciation au privilège protégeant la correspondance entre la banque et ses avocats parce que ce privilège était nécessairement incompatible avec sa prétention qu'elle s'était fiée à l'avis [du séquestre], même si la banque n'avait pas mentionné, et encore moins invoqué, l'existence d'un avis fourni par ses propres avocats.

70

The present case presents a stronger argument for waiver than *Rogers*. The Crown led evidence from Cpl. Reynolds about his knowledge of the law with respect to reverse sting operations – he testified that he had read the Superior Court decision in *Lore*, *supra*, and was of the view that the operation in question was legal. But Cpl. Reynolds also testified, in answer to the appellants’ counsel, that he sought out the opinion of Mr. Leising of the Department of Justice to verify the correctness of his own understanding. The appellants’ counsel recognized that this alone was not enough to waive the privilege. Cpl. Reynolds was simply responding to questions crafted by the appellants, as he was required to do. Appellants’ counsel accepted that he had no right at that point to access the communications. His comment to the judge was simply that “I certainly don’t want to hear the argument that ‘Oh well, the police acted in good faith because they acted on legal advice’”. The critical point is that the Court did hear that precise argument from the Crown at a later date. The RCMP and its legal advisers were explicit in their factum in the Court of Appeal, where it was argued that “regard must be had to the following considerations . . . (f) The R.C.M.P. . . . consulted with the Department of Justice with regard to any problems of illegality” (emphasis added). We understand that the same position was advanced to the trial judge. As *Rogers*, *supra*, shows, it is not always necessary for the client actually to disclose part of the contents of the advice in order to waive privilege to the relevant communications of which it forms a part. It was sufficient in this case for the RCMP to support its good faith argument by undisclosed advice from legal counsel in circumstances where, as here, the existence or non-existence of the asserted good faith depended on the content of that legal advice. The clear implication sought to be conveyed to the court by the RCMP was that Mr. Leising’s advice had assured the RCMP that the proposed reverse sting was legal.

La présente affaire justifie davantage l’existence de la renonciation au privilège que l’affaire *Rogers*. Le ministère public a fait entendre le capl. Reynolds au sujet de sa connaissance du droit en matière d’opérations de vente surveillée et il a témoigné qu’il avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, et pensait que l’opération en question était légale. Mais, en réponse aux questions de l’avocat d’un des appelants, le capl. Reynolds a aussi témoigné qu’il avait sollicité l’opinion de M. Leising du ministère de la Justice pour s’assurer qu’il ne faisait pas erreur. L’avocat d’un des appelants a reconnu que ce simple fait ne suffisait pas pour qu’il y ait renonciation au privilège. Le capl. Reynolds ne faisait que répondre aux questions formulées par les appelants, comme il était tenu de le faire. L’avocat d’un des appelants a admis qu’à cette étape, il n’avait pas droit à la divulgation des communications. Il s’est borné à dire au juge que: «Je ne veux certainement pas entendre l’argument que: «Et bien, les policiers ont agi de bonne foi parce qu’ils se sont fondés sur un avis juridique»». Le problème est que la cour a effectivement entendu cet argument de la part du ministère public par la suite. La GRC et ses conseillers juridiques ont été très clairs dans le mémoire déposé en Cour d’appel, où ils prétendent qu’«il faut tenir compte des points suivants [. . .] f) la G.R.C. [. . .] a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d’illégalité» (je souligne). Apparemment le même argument a été soulevé devant le juge du procès. Comme le montre l’affaire *Rogers*, précitée, il n’est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l’avis juridique pour qu’il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l’avis fait partie. En l’espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l’avis non divulgué de l’avocat alors que l’existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. L’impression que la GRC a tenté de transmettre à la cour était clairement que l’avis fourni par M. Leising lui avait assuré que l’opération proposée de vente surveillée était légale.

71

Cpl. Reynolds was not required to pledge his belief in the legality of the reverse sting operation

Il n’était pas nécessaire que le capl. Reynolds affirme qu’il croyait légale l’opération de vente

(comparable to the bank's putting in issue its belief in the correctness of the advice it was obtaining from the receiver in *Rogers, supra*). Nor was it necessary for the RCMP to plead the existence of Mr. Leising's legal opinion as a factor weighing against the imposition of a stay of proceedings (which went beyond what was done in *Rogers*). The RCMP and the Crown having done so, however, I do not think disclosure of the advice in question could fairly be withheld.

Result of Non-Disclosure

Having found that the requested communications ought to have been disclosed at trial, the Court of Appeal nevertheless excused non-disclosure on the basis that it was willing to "assume the worst" against the Crown, observing at p. 197 that "[o]n any version there is no avoiding that this was very serious misconduct which should not be condoned by the courts in the sense of giving any encouragement to its repetition".

I do not agree, with respect, that non-disclosure of information clearly relevant to the good faith reliance issue can properly be disposed of by adverse inferences. The appellants were entitled to disclosure. The Court of Appeal said that it was prepared to assume the worst against the RCMP and on that basis felt able to use s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* to uphold the decision of the trial judge. The difference between my approach and that of the Court of Appeal is that in my view, with respect, a Department of Justice opinion pronouncing the reverse sting to be unlawful would weigh differently in the balancing of community values than a Department of Justice opinion to the opposite effect. Police illegality of any description is a serious matter. Police illegality that is planned and approved within the RCMP hierarchy and implemented in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control. The RCMP position, on the other hand, that the Department of Justice lent its support to an illegal venture may, depending on the circumstances, raise a different but still serious dimension to the abuse of process proceeding. In either case, it is difficult to

surveillée (comme la banque faisant valoir sa croyance dans l'exactitude de l'avis reçu du séquestre dans *Rogers*, précité). Il n'était pas non plus nécessaire que la GRC invoque l'existence de l'avis juridique de M. Leising comme argument contre l'imposition de l'arrêt des procédures (ce qui allait au-delà de ce qui a été fait dans *Rogers*). La GRC et le ministère public ayant toutefois agi de la sorte, je ne pense pas qu'il serait équitable d'empêcher la divulgation de l'avis en cause.

L'effet de l'absence de divulgation

Ayant conclu que les communications visées auraient dû être divulguées au procès, la Cour d'appel a néanmoins justifié la non-divulgation en se disant prête à supposer «le pire» de la part du ministère public et faisant remarquer à la p. 197 que [TRADUCTION] «[p]eu importe la version adoptée, il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait d'actes illicites très graves sur lesquels les tribunaux ne doivent pas fermer les yeux, ce qui serait de nature à encourager leur répétition».

Avec égards, je ne partage pas l'opinion que l'on peut régler par inférences défavorables la question de l'absence de divulgation de renseignements manifestement pertinents à l'égard du moyen de l'avis suivi de bonne foi. Les appelants avaient droit à la divulgation. La Cour d'appel a dit qu'elle était prête à supposer le pire contre la GRC, et, pour ce motif, elle a estimé qu'elle pouvait se fonder sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* pour confirmer la décision du juge du procès. La différence entre ma démarche et celle de la Cour d'appel est que, en toute déférence, j'estime qu'une opinion du ministère de la Justice indiquant que la vente surveillée serait illégale aurait un poids différent, sous l'angle des valeurs collectives, qu'une opinion du ministère à l'effet contraire. Une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave. Une illégalité policière planifiée et approuvée par la hiérarchie de la GRC et mise en œuvre en dépit d'un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police. La position de la GRC, par ailleurs, selon laquelle le ministère de la Justice a apporté son appui à une entreprise illégale

72

73

assume “the worst” if neither alternative has been explored to determine what “the worst” is. Because the RCMP made a live issue of the legal advice it received from the Department of Justice, the appellants were and are entitled to get to the bottom of it.

Disclosure Direction

74

The relevant legal advice received by Cpl. Reynolds should be disclosed to the appellants. This is not an “open file” order in respect of the RCMP’s solicitor and client communications. The only legal advice that has to be disclosed is the specific advice relating to the following matters identified by Cpl. Reynolds:

1. The legality of the police posing as sellers of drugs to persons believed to be distributors of drugs.
2. The legality of the police offering drugs for sale to persons believed to be distributors of drugs.
3. The possible consequences to the members of the RCMP who engaged in one or both of the above, including the likelihood of prosecution.

While Cpl. Reynolds also sought advice from Mr. Leising about other matters, including the legality of any release of a sample of hashish to potential buyers, advice in these respects need not be disclosed as they do not relate to a live issue at this stage of the case. If the relevant advice is documented, those portions of the documents that deal with extraneous matters or that describe police methods of criminal investigation may be masked. All that is required is disclosure to the appellants of the bottom line advice to confirm or otherwise the truth of what the courts were advised about the legal opinions provided by the Department of Justice. If there is a dispute concerning the adequacy of disclosure, the disputed documents or information should be provided by the Crown to the trial judge for an initial determination whether this

pourrait, selon les circonstances, faire jouer une dimension différente, et cependant grave elle aussi, en matière d’abus de procédure. Dans les deux cas, il est difficile de présumer «le pire» si ni l’une ni l’autre de ces possibilités n’a été examinée pour déterminer ce que serait «le pire». La GRC ayant invoqué l’avis juridique reçu du ministère de la Justice dans le cadre du litige, les appelants avaient et ont le droit d’aller au fond de la question.

Ordonnance de divulgation

Les avis juridiques pertinents reçus par le capl. Reynolds doivent être divulgués aux appelants. Il ne s’agit pas d’une ordonnance de divulgation totale des communications avocat-client de la GRC. Le seul avis juridique à divulguer est l’avis concernant spécifiquement les questions suivantes mentionnées par le capl. Reynolds:

1. La légalité du fait que des policiers prétendent être des vendeurs de drogue auprès de personnes soupçonnées d’être des distributeurs de drogue.
2. La légalité du fait que des policiers offrent de vendre de la drogue à des personnes soupçonnées d’être des distributeurs de drogue.
3. Les conséquences possibles pour les membres de la GRC qui se livrent à l’une des activités susmentionnées, ou aux deux, y compris la possibilité de poursuites.

Bien que le capl. Reynolds ait également sollicité l’avis de M. Leising sur d’autres questions, dont la légalité de la remise d’un échantillon de haschisch à des acheteurs potentiels, les opinions données à leur égard n’ont pas à être divulguées car elles ne sont pas liées à des questions demeurant en litige. Si l’avis pertinent est sous forme de documents, la partie des documents qui porte sur des questions non liées ou qui décrit des méthodes policières d’enquête criminelle peut être masquée. La seule chose requise est la divulgation aux appelants de la conclusion de l’avis pour confirmer ou non la véracité des observations faites devant les tribunaux relativement aux opinions juridiques fournies par le ministère de la Justice. En cas de conflit au sujet du caractère suffisant de la divulgation, les documents ou renseignements contestés doivent être

direction has been complied with. The trial judge should then determine what, if any, additional disclosure should be made to the appellants.

If it turns out that Mr. Leising simply erred in connection with this particular opinion, disclosure will support the RCMP officers' claim that they acted in good faith on legal advice, and the application for a stay of proceedings will have to be dealt with on that basis.

Nature of the New Trial

Even if it is established that the RCMP proceeded with the reverse sting contrary to the legal advice from the Department of Justice, the result would not automatically be a stay of proceedings. The test in *Mack* would still apply. The RCMP used its alleged good faith reliance on the Department of Justice legal advice to neutralize or at least blunt any finding of police illegality. If it were determined that the police did not rely on Department of Justice advice, the result would be a finding of police illegality without extenuating circumstances. As discussed in paras. 42 and 43, police illegality does not automatically give rise to a stay of proceedings.

If it should turn out that the reverse sting was launched despite legal advice to the contrary, I think this would be an aggravating factor. However, to repeat, it will be up to the trial judge to determine whether or not a stay is warranted in light of all the circumstances, including the countervailing consideration that police conduct did not lead to any serious infringement of the accused's rights, the RCMP was careful to keep control of the drugs and ensure that none went on the market, and the acknowledged difficulty of combatting drug rings using traditional police methods.

In *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, this Court accepted that in entrapment applications where the innocence of the accused is no longer a live issue,

remis par le ministère public au juge du procès qui décidera d'abord si la présente ordonnance a été respectée. Le juge du procès devra ensuite décider quelle information supplémentaire, s'il en est, devrait être divulguée aux appelants

S'il s'avère que M. Leising a simplement donné un avis erroné, la divulgation pourra étayer la position des agents de la GRC qu'ils ont agi de bonne foi en se fondant sur un avis juridique et la demande d'arrêt des procédures devra être tranchée en conséquence.

La nature du nouveau procès

Même s'il était établi que la GRC a effectué la vente surveillée malgré l'avis juridique contraire du ministère de la Justice, il n'en résulterait pas automatiquement un arrêt des procédures. Le critère de l'arrêt *Mack* s'appliquerait tout de même. En alléguant qu'elle s'était fondée de bonne foi sur l'avis juridique du ministère de la Justice, la GRC a cherché à neutraliser ou du moins atténuer toute conclusion selon laquelle il s'agissait d'une action policière illégale. Si la cour devait conclure que la police ne s'était pas fondée sur l'avis du ministère de la Justice, elle conclurait à l'illégalité de l'action policière sans circonstances atténuantes. Comme je l'ai expliqué aux par. 42 et 43, l'illégalité de l'action policière ne donne pas lieu automatiquement à un arrêt des procédures.

S'il s'avérait que la vente surveillée a été effectuée en dépit d'un avis juridique contraire, je pense que cela constituerait un facteur aggravant. Toutefois, je le répète, il appartiendra au juge du procès de décider s'il convient d'ordonner l'arrêt des procédures, compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris, en contrepois, le fait que la conduite de la police n'a pas entraîné de grave violation des droits des accusés, le fait que la GRC a eu soin de conserver la garde des drogues et d'éviter qu'elles n'entrent sur le marché, et la difficulté reconnue de la lutte contre les réseaux de drogue avec les méthodes policières traditionnelles.

Dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, notre Cour a reconnu qu'en matière de demandes relatives à la provocation policière, où la question

75

76

77

78

a new trial may be limited to the stay of proceedings application. The authority to make such an order under ss. 686(2) and (8) is explained in *Pearson*, at para. 16:

... the quashing of the formal order of conviction does not, without more, entail the quashing of the underlying verdict of guilt. In most successful appeals against conviction, the court of appeal which quashes the conviction will also overturn the finding of guilt; however, the latter is not a legally necessary consequence of the former. Under s. 686(8), the court of appeal retains the jurisdiction to make an “additional order” to the effect that, although the formal order of conviction is quashed, the verdict of guilt is affirmed, and the new trial is to be limited to the post-verdict entrapment motion.

As entrapment is simply one form of abuse of process, the same approach should be adopted in the present case.

Conclusion

79

The appeal is allowed in part, a new trial is ordered limited to the issue of whether a stay of proceedings should be granted for abuse of process. The respondent is ordered to disclose to the appellants the materials referred to in para. 74 of these reasons in advance of the retrial.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant Campbell: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the appellant Shirose: Irwin Koziembrocki, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

de l’innocence de l’accusé ne se pose plus, le nouveau procès peut se limiter à la demande d’arrêt des procédures. Le pouvoir de rendre une telle ordonnance en vertu des par. 686(2) et (8) fait l’objet d’une explication dans *Pearson*, au par. 16:

... l’annulation de l’ordonnance formelle de condamnation n’entraîne pas, sans plus, l’annulation du verdict de culpabilité sous-jacent. Dans la plupart des cas où l’appel d’une condamnation est accueilli, la cour d’appel qui annule la condamnation annule également la déclaration de culpabilité; toutefois, cette deuxième annulation n’est pas une conséquence légalement nécessaire de la première. Selon le par. 686(8), la cour d’appel conserve la compétence pour rendre une «ordonnance additionnelle» voulant que, même si l’ordonnance formelle de condamnation est annulée, le verdict de culpabilité soit confirmé, et le nouveau procès doit se limiter à la requête en matière de provocation policière déposée après le verdict.

Comme la provocation policière n’est qu’une forme d’abus de procédure, la même démarche doit être suivie en l’espèce.

Conclusion

Le pourvoi est accueilli en partie, et est ordonnée la tenue d’un nouveau procès limité à la question de savoir si la demande d’arrêt des procédures doit être accueillie pour cause d’abus de procédure. Il est ordonné à l’intimée de divulguer aux appelants les documents mentionnés au par. 74 des présents motifs avant la tenue du nouveau procès.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l’appelant Campbell: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l’appelant Shirose: Irwin Koziembrocki, Toronto.

Procureur de l’intimée: Le Procureur général du Canada, Toronto.