



**DEPARTMENT OF JUSTICE  
CANADA  
MINISTÈRE DE LA JUSTICE  
CANADA**

**Professional Responsibilities of Legislative  
Counsel**

**Les responsabilités professionnelles du  
conseiller législatif**

CIAJ Drafting Conference / Conférence ICAJ sur la rédaction

September 13, 2010 / Le 13 septembre 2010

John Mark Keyes  
Chief Legislative Counsel / Premier conseiller législatif  
Legislative Services Branch / Direction des services législatifs





## Perspectives

---

- Professionalism
  - ⇒ What does it mean for legislative counsel?
- Clients:
  - ⇒ To whom do we owe professional duties?
- Professional services
  - ⇒ What standards and limits are there ?
- Conflict of interest
  - ⇒ What types do we need to be careful of?
- Confidentiality
  - ⇒ What confidences must we keep and to what extent?

## Perspectives

---

- Professionnalisme
  - ⇒ Qu'est-ce que cela signifie pour les conseillers législatifs?
- Clients
  - ⇒ À qui les conseillers sont-ils redevables?
- Services professionnels
  - ⇒ Quelles en sont les normes et les limites?
- Conflits d'intérêts
  - ⇒ À quels types de conflits les conseillers doivent-ils faire attention?
- Confidentialité
  - ⇒ Quels secrets les conseillers doivent-ils protéger et dans quelle mesure?



## Professionalism

---

- What does professionalism mean for legislative counsel?
  - ⇒ specialized skills
  - ⇒ quality of services
  - ⇒ objectivity
  - ⇒ confidentiality
- Three main sources of professional responsibilities for legislative counsel:
  - ⇒ Legal Professional Codes
    - \* Service to and protection of clients
    - \* Maintenance of the legal system
  - ⇒ Public Service Codes
    - \* Impartiality and political neutrality
    - \* Serve democratically elected representatives
    - \* Public interest orientation
  - ⇒ Legislative Counsel
    - \* Guarding the statute book

## Professionnalisme

---

- Que signifie le professionnalisme pour les conseillers législatifs?
  - ⇒ Compétences spécialisées
  - ⇒ Qualité des services
  - ⇒ Objectivité
  - ⇒ Confidentialité
- Les trois principales sources de responsabilités professionnelles des conseillers législatifs :
  - ⇒ Codes professionnels des juristes
    - \* Service et protection des clients
    - \* Maintien du système juridique
  - ⇒ Codes des fonctions publiques
    - \* Impartialité et neutralité politique
    - \* Service des représentants démocratiquement élus
    - \* Service de l'intérêt public
  - ⇒ Conseillers législatifs
    - \* Protection du corpus législatif



## Clients

---

- Professional responsibilities must be adapted to the client
  - ⇒ Individuals
  - ⇒ Corporate bodies
  - ⇒ Public Sector
    - \*Government
    - \*Government agencies
    - \*Legislative assemblies
- Public sector clients are complex
  - ⇒ Oriented around the public interest
  - ⇒ Composed of distinct bodies that have varying degrees of independence
  - ⇒ Who speaks for this client
    - \*Elected members/senior officers?
    - \*Officials / Staff?
    - \*Legislative counsel?

## Clients

---

- Les responsabilités professionnelles doivent être adaptées aux clients
  - ⇒ Individus
  - ⇒ Sociétés
  - ⇒ Secteur public
    - \*Administration publique
    - \*Organismes publics
    - \*Assemblées législatives
- Les clients du secteur public sont complexes
  - ⇒ Ils sont orientés vers l'intérêt public
  - ⇒ Ils sont constitués d'organismes distincts ayant divers degrés d'indépendance
  - ⇒ Qui parle au nom du client?
    - \*les députés/les hauts fonctionnaires
    - \*les fonctionnaires/le personnel
    - \*le conseiller législatif



# Professional Services

---

- Quality assurance
  - ⇒ What standards are there to assess the quality of legislative services?
  - ⇒ Who should assess them?
- Respect for democratic mandate
  - ⇒ Democratic processes entrust decisions about the public interest to those who are elected
  - ⇒ What role does this leave for legislative counsel in these decisions?
- Legal and ethical limits
  - ⇒ What do legal limits mean in the context of law-making activities?
  - ⇒ How does legal risk analysis fit into these limits?
    - \* Is it always enough only to give advice on legal risk?
    - \* What is the threshold for intolerable legal risk?
  - ⇒ What about other drafting considerations?
    - \* Guarding the statute book

# Services professionnels

---

- Assurance de la qualité
  - ⇒ Quelles sont les normes d'évaluation de la qualité des services législatifs?
  - ⇒ Qui devrait évaluer ces services?
- Respect du mandat démocratique
  - ⇒ Selon les processus démocratiques, les décisions relatives à l'intérêt public relèvent des élus
  - ⇒ Alors, quel est le rôle des conseillers législatifs à l'égard de telles décisions?
- Limites légale et déontologique
  - ⇒ Qu'est-ce qu'une limite légale dans le cadre du processus législatif?
  - ⇒ Comment évaluer les risques juridiques à l'intérieur de ces limites?
    - \* Faut-il s'en tenir aux conseils sur les risques juridiques?
    - \* Quel est le seuil de risque inacceptable?
  - ⇒ Qu'en est-il des autres considérations rédactionnelles?
    - \* Protection du corpus législatif



## Conflict of interest

---

- **Conflicting interests of clients**
  - ⇒ Government context:
    - \*Single client
    - \*But many emanations
  - ⇒ Legislative Assemblies
    - \*Single client
    - \*But many members
- **Conflicts between legislative counsel and their clients**
  - ⇒ Policy preferences
  - ⇒ Effect of legislation on personal interests of legislative counsel
- **Conflicting activities**
  - ⇒ Political activities
- **Institutional conflicts**
  - ⇒ Attorney General v. Minister of Justice
  - ⇒ Government-wide provision of legal services
  - ⇒ Statutory examination and reporting functions

## Conflit d'intérêts

---

- **Intérêts conflictuels des clients**
  - ⇒ Exécutif
    - \*Client unique
    - \*Nombreuses émanations
  - ⇒ Assemblées législatives
    - \*Client unique
    - \*Nombreux députés
- **Intérêts conflictuels entre les conseillers législatifs et leurs clients**
  - ⇒ Préférences en ce qui concerne les orientations
  - ⇒ Effets de la législation sur les intérêts personnels des conseillers législatifs
- **Activités incompatibles**
  - ⇒ Activités politiques
- **Conflits institutionnels**
  - ⇒ Procureur général et ministre de la Justice
  - ⇒ Prestation de services juridiques dans toute l'administration publique
  - ⇒ Responsabilités légales d'examen et obligation de faire rapport



# Confidentiality

---

- Rationale
  - ⇒ Client trust and candour
- Scope
  - ⇒ Solicitor and client privilege
    - \* Draft text v. comments on draft text
    - \* Legal advice v. legal position
  - ⇒ Government information
    - \* Public interest immunity
    - \* Information security requirements
- Limits
  - ⇒ Illegal or harmful activity
  - ⇒ Government transparency and accountability
- Internal information-sharing
- External disclosure
  - ⇒ Waiver possible?
  - ⇒ Who waives ?

# Confidentialité

---

- Raison d'être
  - ⇒ La confiance et la candeur du client
- Portée
  - ⇒ Secret professionnel
    - \* Ébauches et commentaires
    - \* Conseils juridiques et positions juridiques
  - ⇒ Renseignements gouvernementaux et administratifs
    - \* Immunité fondée sur l'intérêt public
    - \* Exigences en matière de protection de l'information
- Limites
  - ⇒ Activités illégales ou nuisibles
  - ⇒ Transparence et obligation de rendre compte des pouvoirs publics
- Échange de renseignements à l'interne
- Communication externe
  - ⇒ La renonciation est-elle possible?
  - ⇒ Qui peut renoncer?



# Confidentiality

---

- Rationale under attack

⇒ Alan Hutchinson:

Insofar as the rule of confidentiality is meant to protect the relatively powerless citizen against the state by ensuring effective legal representation through open communication, it does not seem either necessary or useful when the government is the putative client being protected. While government business is important, it has no need of such privileges and protections. The dignity and vulnerability of individuals is not at stake in the same way. Indeed, the basic democratic commitment to openness and transparency as a vital prerequisite for accountability suggests that there is very little role for confidentiality in the affairs of government: confidentiality and open government do not sit at all well together (2008, 46 *Osgoode Hall Law Journal* 105 at 114 )

⇒US Office of Legal Counsel:

<http://www.justice.gov/olc/opinions.htm>

⇒UK Iraq Inquiry:

<http://www.iraqinquiry.org.uk/transcripts/declassified-documents.aspx>

# Confidentialité

---

- Raison d'être remise en question

⇒Alan Hutchinson

Dans la mesure où la règle de la confidentialité est destinée à protéger des citoyens plus ou moins impuissants face à l'État en leur assurant une représentation juridique efficace par la voie d'une communication ouverte, une telle règle ne semble ni nécessaire ni utile lorsque le client réputé est le gouvernement. Bien que celui-ci mène des activités importantes, il n'a pas besoin de tels privilèges et de telles protections. La dignité et la vulnérabilité d'individus ne sont pas mises en jeu de la même manière. En fait, l'obligation de rendre compte fondée sur l'ouverture et la transparence, qui est si essentielle en démocratie, laisse peu de place à la confidentialité : appliqués à l'action gouvernementale le principe de confidentialité et celui de transparence ne font pas très bon ménage (2008, 46 *Osgoode Hall Law Journal* 105 à la page 114 )

⇒Office of Legal Counsel (É-U) :

<http://www.justice.gov/olc/opinions.htm>

⇒Iraq Inquiry (R-U) :

<http://www.iraqinquiry.org.uk/transcripts/declassified-documents.aspx>





# Confidentiality

- Scope of S& C Privilege

⇒ *New South Wales v. Betfair Pty. Ltd.* [2009] FCAFC 160

... the purpose of the government agency providing instructions to Parliamentary Counsel is to obtain effective and valid draft legislation that is in accord with the instructions. The provision of draft legislation without more necessarily involves Parliamentary Counsel implicitly advising that the draft legislation provided is effective and valid

⇒ 2010 *British Columbia Information and Privacy Commissioner* 6

In my view, the delineated additions and deletions to the text of the draft statutes in this case are commentary disclosing the giving of legal advice by Legislative Counsel. In essence, the tracked changes encapsulate counsel's confidential advice, on the face of the record, as to recommended statutory amendments. For this reason, these drafts are subject to solicitor-client privilege.

# Confidentialité

- Portée du secret professionnel

⇒ *New South Wales v. Betfair Pty. Ltd.* [2009] FCAFC 160

[...] l'objectif que vise l'organisme gouvernemental en donnant des directives au conseiller parlementaire est d'obtenir un avant-projet de loi applicable et valide qui soit en accord avec les directives. Le fait que le conseiller législatif fournisse uniquement un avant-projet de loi, et rien d'autre, signifie nécessairement qu'il estime implicitement que cet avant-projet est applicable et valide

⇒ 2010 *British Columbia Information and Privacy Commissioner* 6

Je suis d'avis que les mots qui ont été ajoutés au texte de l'avant-projet de loi ou qui en ont été retranchés dans ce cas-ci sont des commentaires indiquant que le conseiller législatif donnait une opinion juridique. Bref, les modifications mises en relief renferment, à première vue, l'opinion confidentielle du conseiller que des modifications législatives devraient être apportées. Pour ce motif, ces avant-projets sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.



## Confidentiality

---

- Internal information-sharing

⇒ *New South Wales v. Betfair Pty. Ltd* [2009]  
FCAFC 160

The consultative process adopted by the State on this occasion was very different from the situation in which the State publishes an exposure draft of proposed legislation, and invites public comment. In the process at issue in this case, OLGR [Office of Liquor, Gaming and Racing] and members of the Working Group were essentially working together consensually, under a regime of confidentiality, to formulate and finalise the drafting instructions that OLGR was to provide to Parliamentary Counsel in order for it to obtain appropriate regulations.

## Confidentialité

---

- Échange de renseignements à l'interne

⇒ *New South Wales v. Betfair Pty. Ltd* [2009]  
FCAFC 160

Le processus de consultation adopté par l'État à cette occasion était très différent de celui qu'il applique après publication un exposé-sondage sur un projet de loi en invitant la population à formuler ses commentaires. Dans le processus dont il est question en l'espèce, l'OLGR [*Office of Liquor, Gaming and Racing*] et les membres du groupe de travail collaboraient essentiellement ensemble de manière consensuelle, sous un régime de confidentialité, pour formuler et rendre définitives les directives que l'OLGR devait fournir au conseiller parlementaire afin d'obtenir une réglementation appropriée



# Confidentiality

- External Disclosure

⇒ *Peach v. Nova Scotia (Transportation and Infrastructure Renewal)* 2010 NSSC 91 at para. 38

the authority of a government official to waive the privilege in an opinion “is co-extensive with his authority to acquire the opinion in the first place.”

\*Questionable application to draft legislation that directly engages ministers and other law-making bodies

⇒ Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario, *London Public Library Board*, Appeal MA08-460, Order MO-2500, February 26, 2010

In my view, the summary does not specify the reasoning that went into the legal advice the Library’s counsel provided. Instead, the summary states that the information contained in the opinion letter advises “that it is almost certain that the protection of minors is a sufficiently important objective to limit an individual’s freedom of expression”. The summary goes on to state that, in order to ensure that the Library’s policies comply with the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the “measures employed must place the least restrictions on the right as possible to achieve the stipulated objective (i.e., the protection of minors).

Having regard to the above, I find that the disclosure of the summary does not represent or lead to a conclusion that the Library, implicitly or explicitly, waived its privilege to the legal opinion at issue.

# Confidentialité

- Communication externe

⇒ *Peach v. Nova Scotia (Transportation and Infrastructure Renewal)* 2010 NSSC 91 at para. 38

le pouvoir d’un représentant du gouvernement de renoncer au droit au secret dans une opinion « [traduction] se confond avec son pouvoir d’obtenir l’opinion au départ »

\*L’on peut remettre en question la portée de cette approche en ce qui concerne les textes législatifs qui impliquent directement les ministres et les autres organismes législatifs

⇒ Bureau du commissaire à l’information et de la protection de la vie privée de l’Ontario, *London Public Library Board*, Appeal MA08-460, Order MO-2500, February 26, 2010

Je suis d’avis que le résumé n’explique pas le raisonnement qui sous-tend l’opinion juridique donnée par l’avocat de la Bibliothèque. Le résumé dit plutôt que l’information contenue dans l’opinion indique « [traduction] qu’il est presque certain que la protection des personnes mineures est un objectif suffisamment important pour limiter la liberté d’expression d’une personne ». Il précise également que, pour s’assurer que les politiques de la Bibliothèque sont conformes à la Charte canadienne des droits et libertés, les « [traduction] mesures employées pour atteindre l’objectif énoncé (c.-à-d. la protection des personnes mineures) doivent limiter le moins possible le droit.

Compte tenu de ce qui précède, j’estime que la publication du résumé ne permet pas de conclure, ni ne signifie que la Bibliothèque a renoncé, implicitement ou explicitement, au droit au secret relativement à l’opinion juridique en litige.



## A Few Practical Questions

---

- Clients

⇒ When examining a draft court rule under a statutory examination provision, is the court that proposes to make the rule your client?

- Professional services

⇒ Should you draft a constitutional amendment that removes the right to vote from members of a particular group?

- Conflict of interest

⇒ Should you be disqualified from drafting legislation that applies to an activity that you pursue yourself?

- Confidentiality

⇒ Should you comply with an instruction from a sponsoring department not to disclose something to the Cabinet office?

## Quelques questions pratiques

---

- Clients

⇒ Quand vous examinez un projet de règles de cour en vertu d'une disposition sur l'examen des règlements, est-ce que le tribunal qui propose le projet est votre client?

- Prestation de services

⇒ Devriez-vous rédiger une modification constitutionnelle qui retire le droit de vote aux membres d'un groupe particulier?

- Conflit d'intérêts

⇒ Devrait-on vous interdire de rédiger un texte législatif qui s'applique à une activité que vous pratiquez?

- Confidentialité

⇒ Devriez-vous suivre la directive d'un ministère parrain de ne pas communiquer une information au bureau du Cabinet?



## Conclusions

---

- Legislative counsel have unique professional responsibilities that blend in with those of other
  - ⇒ legal professionals
  - ⇒ public servants
- This blending results in some tensions and consequent adjustments
- This is what makes our work challenging, fascinating and invaluable

## Conclusion

---

- Les conseillers législatifs ont des responsabilités professionnelles propres qui se combinent à celles des :
  - ⇒ professionnels du droit
  - ⇒ fonctionnaires
- Cette combinaison crée des tensions et nécessite des ajustements
- Nous exerçons un travail stimulant et d'une grande importance