

A-618-89	<b>Berl Baron</b> ( <i>Appellant</i> )	A-618-89	<b>Berl Baron</b> ( <i>appelant</i> )
	v.		c.
	<b>Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue</b> ( <i>Respondents</i> )	<sup>a</sup>	<b>Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national</b> ( <i>intimés</i> )
A-619-89	<b>Berl Baron and Howard Baron, C.A.</b> ( <i>Appellants</i> )	A-619-89	<b>Berl Baron et Howard Baron, C.A.</b> ( <i>appelants</i> )
	v.		c.
	<b>Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue</b> ( <i>Respondents</i> )	c	<b>Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national</b> ( <i>intimés</i> )
A-620-89	<b>Berl Baron</b> ( <i>Appellant</i> )	A-620-89	<b>Berl Baron</b> ( <i>appelant</i> )
	v.		c.
	<b>Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue</b> ( <i>Respondents</i> )	e	<b>Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national</b> ( <i>intimés</i> )
A-621-89	<b>Berl Baron and Howard Baron, C.A.</b> ( <i>Appellants</i> )	A-621-89	<b>Berl Baron et Howard Baron, C.A.</b> ( <i>appelants</i> )
	v.		c.
	<b>Her Majesty the Queen and the Attorney General for Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue</b> ( <i>Respondents</i> )	g	<b>Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek en qualité de ministre du Revenu national</b> ( <i>intimés</i> )

*INDEXED AS: BARON v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen J.J.A.—Montréal, November 6; Ottawa, November 28, 1990.

*Income tax — Seizures — Income Tax Act, s. 231.3 search and seizure provisions criminal in nature — Unconstitutional as violating Charter, ss. 7 and 8 — Warrants issued thereunder invalid.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Income Tax Act, s. 231.3 search and seizure provisions in violation of Charter, s. 8 — Not meeting express or implied criteria set by S.C.C. in Southam for reasonable search and seizure by: (1) denying judicial discretion to refuse to issue*

*RÉPERTORIÉ: BARON c. CANADA (C.A.)*

<sup>h</sup> Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen, J.C.A.—Montréal, 6 novembre; Ottawa, 28 novembre 1990.

*Impôt sur le revenu — Saisies — Les dispositions de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant les perquisitions, fouilles et saisies sont de nature criminelle — Elles sont inconstitutionnelles car elles violent les art. 7 et 8 de la Charte — Les mandats décernés en application de celles-ci sont pas valides.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Les dispositions de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant les perquisitions, fouilles et saisies portent atteinte à l'art. 8 de la Charte — Elles ne satisfont pas aux critères exprès ou implicites établis*

search warrant or to attach conditions thereto; (2) using words diluting standard with respect to probability of finding evidence.

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Income Tax Act, s. 231.3 search and seizure provisions in violation of Charter, s. 7 as denial of judicial discretion therein contrary to principles of fundamental justice.*

*Practice — Privilege — Accountant-client privilege not protected in federal income tax litigation.*

Searches and seizures were effected on the authority of warrants issued under section 231.3 of the *Income Tax Act*. The Trial Division dismissed the appellant's attacks on the warrants themselves and on the validity of the section under which they were issued.

This was an appeal from that decision.

*Held*, the appeal should be allowed, the warrants quashed and section 231.3 declared of no force or effect because it was inconsistent with sections 7 and 8 of the Charter.

The search and seizure procedures authorized by section 231.3 were criminal in their nature. The section was concerned with the detection and prosecution of crime. Nothing less than the full panoply of Charter protection was therefore appropriate.

The words "A judge shall issue the warrant" in subsection 231.3(3) specifically excluded judicial discretion in the issuance of search warrants. For that reason, that provision ran afoul of sections 7 and 8 of the Charter as authorizing an unreasonable search and seizure and violating the principles of fundamental justice.

The word "shall" is normally imperative, and should be interpreted in that manner unless such an interpretation would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. There was nothing in the section to suggest that "shall" should not be given its normal imperative meaning. Nor could the Bill of Rights be used to validate, by interpretation, legislation which was otherwise inadequate on Charter grounds.

The Court's power to control abuse of process or to add conditions to a warrant could not be invoked. If the conditions precedent to a reasonable search and seizure were exhaustively set out in subsection 231.3(3), an application meeting those conditions could not be an abuse of process. And if the word "shall" was given its normal imperative meaning, there could be no power in the judge to attach conditions to the warrant beyond those specifically set out in the statute.

The requirement of judicial discretion to refuse to issue a search warrant, or to attach conditions to a warrant when issued, was implicit in the standards of reasonableness set out by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*

par la C.S.C. dans l'arrêt *Southam* relativement aux fouilles, perquisitions et saisies raisonnables parce qu'elles: (1) n'accordent pas un pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser de décerner le mandat de perquisition ou d'y ajouter des conditions; (2) utilisent des termes qui réduisent les normes relatives à la probabilité de trouver des éléments de preuve.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les dispositions de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant les perquisitions, fouilles et saisies portent atteinte à l'art. 7 de la Charte car leur refus d'accorder un pouvoir discrétionnaire judiciaire est contraire aux principes de justice fondamentale.*

*Pratique — Communications privilégiées — Le secret professionnel du comptable n'est pas protégé dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral.*

Les perquisitions, fouilles et saisies ont été effectuées en vertu d'un mandat décerné en vertu de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Section de première instance a rejeté les contestations relatives aux mandats eux-mêmes et à la validité de l'article en vertu duquel ils avaient été décernés.

Il s'agit d'un appel contre cette décision.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli, les mandats annulés et l'article 231.3 déclaré inopérant parce qu'il est incompatible avec les articles 7 et 8 de la Charte.

Les procédures en matière de perquisitions, fouilles et saisies autorisées par l'article 231.3 sont de nature criminelle. L'article vise la détection du crime et la poursuite des coupables. Rien de moins que la pleine protection offerte par la Charte était par conséquent convenable.

Les termes «Le juge . . . décerne le mandat» dans le paragraphe 231.3 excluent de façon précise toute discrétion en ce qui concerne la délivrance des mandats de perquisitions. Pour ce motif, cette disposition contrevient aux articles 7 et 8 de la Charte puisqu'elle permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives et viole les principes de justice fondamentale.

Le terme anglais «*shall*» exprime normalement une obligation et devrait être interprété de cette manière à moins qu'une telle interprétation ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Il n'y a rien dans l'article qui indiquerait qu'il ne faut pas donner au terme «*shall*» son sens impératif normal. La Déclaration canadienne des droits ne peut non plus être utilisée pour valider, par interprétation, des textes législatifs qui ne satisfont pas par ailleurs aux critères de la Charte.

Le pouvoir de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ces procédures et d'ajouter des conditions à un mandat ne peut être invoqué. Si le paragraphe 231.3(3) comprend toutes les conditions préalables à une perquisition, une fouille ou une saisie raisonnable, une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive. De plus, si le terme «*shall*» doit recevoir son interprétation impérative normale, le juge n'a aucun pouvoir d'ajouter des conditions au mandat, en sus de celles spécialement énoncées dans la Loi.

L'exigence d'un pouvoir discrétionnaire autorisant le juge à refuser de décerner un mandat de perquisition et à ajouter des conditions à un mandat qui a été décerné, est implicite dans les critères de raisonabilité énoncés par la Cour suprême du

as a prerequisite to a reasonable search and seizure in accordance with section 8 of the Charter.

The Supreme Court of Canada decision in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski* was authority for the proposition that the attaching of conditions to a search warrant was a necessary and essential part of the exercise of judicial discretion but, even more importantly, that the very existence of such discretion was a prerequisite to the reasonableness of the search and to our notions of fundamental justice.

The use of the phrase "reasonable grounds to believe" instead of "reasonable and probable" was of no consequence. In that phrase, "probable" added nothing. Like the second member of such other hallowed English legal phrases as "null and void", "good and valid", "last will and testament", it did nothing. Furthermore, a grammatical analysis of subsection 231.3(3) showed that in fact, the evidentiary burden of "more likely than not" has been met or exceeded.

Also, on the basis of *Southam*, the text of paragraph 231.3(3)(b) (a document or thing that may afford evidence) was inadequate on Charter grounds and was therefore inoperative: the use of the word "may" allowed the issuance of a search warrant on showing of reasonable grounds to believe in a mere possibility that the thing to be found would afford evidence of a crime.

As to subsection 231.3(5), this Court had already decided in *Solvent Petroleum* that it met the test of reasonableness and therefore of validity. There was no good reason to revisit that finding.

Accountant-client privilege was not protected in the context of federal income tax litigation. Solicitor-client privilege was on a different footing as necessary for the proper administration of justice, but in this case there had been no breach of that privilege since the proper procedure to protect it was followed during the execution of the warrants.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(3).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 487, 487.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 69), 488 (as am. *idem*, s. 70).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 68).  
*Customs Act*, S.C. 1986, c. 1, s. 111(1).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231.3 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

Canada dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* à titre de condition préalable à une fouille, perquisition et saisie non abusive, conformément à l'article 8 de la Charte.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski* établit que l'imposition de conditions à un mandat de perquisition est un élément essentiel à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire mais, de façon encore plus importante, que l'existence même de ce pouvoir est une condition préalable au caractère raisonnable de la perquisition et à nos principes de justice fondamentale.

L'emploi de l'expression «motifs raisonnables de croire» au lieu de l'expression «raisonnable et probable» n'a pas de conséquence. Dans cette expression, le mot «probable» n'ajoute rien. Comme le second membre de ces autres expressions juridiques anglaises consacrées, dont «*null and void*» (invalide), «*good and valid*» (valide), «*last will and testament*» (testament) le second mot de l'expression n'ajoute rien. Qui plus est, une analyse grammaticale du paragraphe 231.3(3) démontre qu'en fait le fardeau de la présentation du critère «plus probable qu'improbable» a été plus que satisfait.

En outre, sur le fondement de l'arrêt *Southam*, le texte de l'alinéa 231.3(3)(b) (des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve) est insuffisant en vertu de la Charte et par conséquent inopérant: l'utilisation du mot «peuvent» permet la délivrance d'un mandat de perquisition lorsqu'on a des motifs raisonnables de croire qu'il y a une simple possibilité de trouver des choses qui pourraient constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime.

En ce qui a trait au paragraphe 231.3(5), cette Cour a déjà jugé dans l'affaire *Solvent Petroleum* qu'il remplit les critères du caractère raisonnable et de la validité. Il n'y a aucune raison valable de réexaminer cette conclusion.

Le secret professionnel du comptable n'est pas protégé dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral. La situation du secret professionnel de l'avocat est différente car il est nécessaire pour assurer l'administration appropriée de la justice, mais en l'espèce il n'y a eu aucune violation de ce privilège étant donné que la procédure convenable pour le protéger a été suivie pendant l'exécution des mandats.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 487, 487.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 69), 488 (mod., *idem*, art. 70).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 487(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 68).  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231.3 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 11.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(3).  
*Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1, art. 111(1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.*, [1990] 1 F.C. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man.R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

## NOT FOLLOWED:

*Kourtesis v. M.N.R.*, [1990] 1 W.W.R. 97; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; 50 C.C.C. (3d) 201; 72 C.R. (3d) 196; 89 DTC 5464 (B.C.C.A.).

## DISTINGUISHED:

*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283.

## REFERRED TO:

*Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; (1990), 110 N.R. 171; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Ministre of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (N.B.C.A.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 197; 45 C.C.C. (3d) 419 (B.C.S.C.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (Ont. H.C.).

## AUTHORS CITED

Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* Paris: Le Robert, 1982, "probable".  
Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1968, "probable".

## COUNSEL:

*Guy Du Pont* and *André Serero* for appellants.  
*Pierre Loiselle, Q.C.* for respondents.

## SOLICITORS:

*Phillips & Vineberg*, Montréal, for appellants.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.N.R.*, [1990] 1 C.F. 20; (1989), 50 C.C.C. (3d) 182; 28 F.T.R. 79; 99 N.R. 22 (C.A.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man.R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Kourtesis v. M.N.R.*, [1990] 1 W.W.R. 97; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; 50 C.C.C. (3d) 201; 72 C.R. (3d) 196; 89 DTC 5464 (C.A.C.-B.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; (1990), 110 N.R. 171; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; (1984), 13 D.L.R. (4th) 706; 12 C.R.R. 45; [1984] CTC 506; 84 DTC 6478; 55 N.R. 255 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (C.A.N.-B.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 197; 45 C.C.C. (3d) 419 (C.S.C.-B.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (H.C. Ont.).

## DOCTRINE

Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* Paris: Le Robert, 1982, «probable». Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1968, «probable».

## AVOCATS:

*Guy Du Pont* et *André Serero* pour les appelants.  
*Pierre Loiselle, c.r.* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Phillips & Vineberg*, Montréal, pour les appelants.

*Deputy Attorney General of Canada, for respondents.*

*Le sous-procureur général du Canada, pour les intimés.*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs a du jugement rendus par*

HUGESSEN J.A.:

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

### Introduction

### Introduction

These four appeals are from judgments of the Trial Division [[1990] 2 F.C. 262] dismissing a series of attacks upon searches and seizures effected on the authority of warrants issued under section 231.3 of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121)]. Three of the proceedings in the Trial Division attacked the warrants themselves while the fourth sought a declaration of invalidity of the statutory provisions under which they were issued. All raised the same questions and were dealt with by a single set of reasons in the Trial Division. It is convenient to do likewise here.

b Il s'agit de quatre appels de jugements de la Section de première instance [[1990] 2 C.F. 262] qui ont rejeté une série de contestations de perquisitions, fouilles et saisies effectuées en vertu d'un mandat décerné aux termes de l'article 231.3 de la c *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121)]. Trois des actions devant la Section de première instance attaquaient la validité des mandats eux-mêmes tandis que la quatrième demandait que les d dispositions législatives en vertu desquelles les mandats avaient été décernés soient déclarées invalides. Elles soulevaient toutes les mêmes questions et la Section de première instance les a traitées dans les mêmes motifs. Il convient de e procéder de la même façon devant cette Cour.

For ready reference I reproduce here in its entirety the statutory text under which the search warrants were issued and which lies at the centre of this litigation:

f Pour faciliter la compréhension du litige, je reproduis ici au complet le texte législatif en vertu duquel les mandats ont été décernés et qui est au cœur de la présente contestation:

**231.3** (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

g **231.3** (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

h (2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- (a) an offence under this Act has been committed;
- (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

- i (a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;
- (b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

j (c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel

or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge may, of his own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

### The Nature of the Search and Seizure Authorized by Section 231.3

As a preliminary matter, it is as well to make clear at the outset that in my opinion we are dealing with procedures that are criminal in their nature. It is not necessary at this stage to characterize in constitutional terms the source of Parliament's legislative power, a question on which the Supreme Court has recently divided and which awaits a definitive resolution by a majority of the members of that Court (see *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338).

bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

a (5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

b (6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée au fins d'une procédure criminelle.

c (7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit dans ces documents ou choses avec avis au sous-procureur-général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués à la personne à qui ils ont été saisis ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses:

d (a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

e (b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

f (8) La personne à qui des documents ou choses sont saisis conformément au présent article a le droit, en tout temps raisonnable et aux conditions raisonnable que peut imposer le ministre, d'examiner ces documents ou choses et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

### La nature des perquisitions, fouilles et saisies permises par l'article 231.3

À titre de remarque préliminaire, il convient de préciser clairement au départ qu'à mon avis nous traitons ici de procédures qui sont de nature criminelle. Il n'est pas nécessaire à cette étape de caractériser, en termes constitutionnels, la source du pouvoir législatif du Parlement, une question à propos de laquelle la Cour suprême a récemment rendu une décision partagée et que la majorité n'a pas encore tranchée définitivement (voir *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338).

It is enough simply to read the section under attack and its repeated reference to “offence” to realize that the section is concerned with the detection and prosecution of crime, albeit a limited category of crime, namely offences under the *Income Tax Act*. This makes the legislation different in kind from the type of administrative enforcement mechanisms found in adjacent sections of the *Income Tax Act* such as were upheld by the Supreme Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

The requirements of a self-reporting and self-assessing income tax system may justify an easing of Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] standards where the primary purpose of a search is simply to ensure that taxes are paid as and when due. Where as here, however, we are dealing with provisions whose stated aim is the discovery and preservation of evidence “for the purpose of a criminal proceeding” nothing less than the full panoply of Charter protection is appropriate.

With that background in mind, I now turn to those grounds of attack argued by the appellants with regard to which we called on the respondents to reply.

#### The Denial of Judicial Discretion in the Issuance of the Search Warrant

The appellants’ first and most serious attack concentrates on the use of the word “shall” in the first line of subsection 231.3(3). The appellants say, and the respondents admit, that this is unique in the Canadian statute book; all other texts purporting to authorize a judicial officer to issue a search warrant are couched in permissive language, leaving to that officer the ultimate discretion as to whether or not the circumstances justify an invasion of privacy. Any text which specifically excludes such residual judicial discretion in the issuance of a search warrant will, for that reason alone, run afoul of sections 7 and 8 of the Charter

Il suffit de lire l’article contesté, où il est fait mention à plusieurs fois d’«infraction», pour se rendre compte que l’article vise la détection du crime et la poursuite des coupables, même s’il s’agit d’une catégorie restreinte de crimes, soit les infractions aux termes de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Cela a pour effet de rendre ces dispositions législatives différentes des mécanismes administratifs d’application qui figurent dans les articles adjacents de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui ont été reconnus valides par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

L’obligation imposée par le régime fiscal de faire soi-même sa déclaration d’impôt et d’en établir le montant de la cotisation peut justifier une application moins rigoureuse des normes de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada 1982*, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] lorsque l’objectif premier de la perquisition est simplement d’assurer que les impôts sont payés lorsqu’ils sont dûs. Toutefois, comme nous traitons en l’espèce de dispositions qui expressément font état de la découverte et de la conservation d’éléments de preuve «aux fins d’une procédure criminelle», rien de moins que la pleine protection offerte par la Charte serait convenable.

Après ce rappel du contexte, je me penche maintenant sur ceux des motifs de contestation soulevés par les appelants à l’égard desquels nous avons demandé aux intimés de répondre.

#### L’absence de discrétion judiciaire à l’occasion de la délivrance du mandat de perquisition

Le premier argument des appelants, et le plus sérieux, porte sur l’emploi de l’indicatif présent (le mot «*shall*» dans le texte anglais) à la première ligne du paragraphe 231.3(3). Les appelants soutiennent, et les intimés l’admettent, qu’il s’agit là d’un cas unique dans la législation canadienne. Tous les autres textes législatifs visant à autoriser un officier de justice à décerner un mandat de perquisition sont formulés en des termes permissifs, laissant à cet officier le pouvoir discrétionnaire de décider en dernier ressort si oui ou non les circonstances justifient une invasion de la vie privée. Tout texte législatif qui exclut de façon

as authorizing an unreasonable search and seizure and one that is in breach of the principles of fundamental justice. I agree.

There can be no doubt that the use of the word "shall" is normally imperative.<sup>1</sup>

Furthermore, this Court, in dealing with precisely the same statutory provision, has already held that the words of subsection 231.3(3) leave no discretion in the judge. In *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.*,<sup>2</sup> Desjardins J.A., speaking for the Court, said [at page 24]:

Subsection 231.3(1) states that "A judge may". Subsection 231.3(3) states that "A judge shall". It would therefore appear from the language of subsection 231.3(3) that if the issuing judge comes to the conclusion that the conditions of paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) are met, he need not nor is he permitted to consider whether there has been a previous substantive voluntary compliance by the taxpayer, whether further documents might be remitted voluntarily, or whether the applicant for the warrants has taken all reasonable steps to obtain the information from an alternative source before applying for the warrants. In brief, if the conditions are met, he must issue the warrant.

The respondents, for their part, argue that the following passage from the Trial Judge's reasons is a better reading of the law and should now be followed [at pages 274-275]:

If it is clear that the intention of Parliament was to leave discretion in a judge to refuse to issue a warrant when the search would offend section 8 of the Charter, then that interpretation would prevail, over the general rule of interpretation set out in section 11 of the *Interpretation Act*.

There is considerable jurisprudence which holds that "shall" can be either directory or mandatory. This jurisprudence might be relevant to the interpretation of subsection 231.3(3). More importantly, however, the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] might play a role so as to require subsection 231.3(3) to be interpreted so as to preserve for a judge discretion, to refuse warrants, in the case of abusive searches and seizures. Section 2 of that Act when read together with section 1 requires:

<sup>1</sup> See section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

<sup>2</sup> [1990] 1 F.C. 20 (C.A.).

précise toute discrétion en ce qui concerne la délivrance du mandat contrevient, pour ce seul motif, aux articles 7 et 8 de la Charte, puisqu'il permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives et qu'il constitue une violation des principes de justice fondamentale. Je suis d'accord avec cette prétention.

Il n'y a aucun doute que l'indicatif présent exprime normalement l'obligation<sup>1</sup>.

De plus, notre Cour s'est déjà prononcée sur cette disposition législative et a décidé que le texte du paragraphe 231.3(3) ne laissait aucun pouvoir discrétionnaire au juge. Dans l'affaire *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N.*<sup>2</sup>, le juge Desjardins J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, a déclaré [à la page 24]:

Le paragraphe 231.3(1) dit que «un juge peut décerner». Le paragraphe 231.3(3) énonce que «Le juge saisi de la requête décerne». En conséquence, il ressort, semble-t-il, du texte du paragraphe 231.3(3) que si le juge qui décerne le mandat parvient à la conclusion que les conditions posées par les alinéas 231.3(3)(a), (b) et (c) sont remplies, il n'a pas ni n'est autorisé à examiner si, auparavant, le contribuable s'est volontairement conformé à la demande de production de documents, si d'autres documents pourraient être remis volontairement, ou si le demandeur de mandats a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir les renseignements d'une autre source avant de solliciter les mandats. En bref, si les conditions sont remplies, il doit décerner le mandat.

Quant aux intimés, ils prétendent que le passage suivant des motifs du juge de première instance constitue une meilleure interprétation du droit et qu'on devrait dorénavant l'adopter [aux pages 274 et 275]:

Si le Parlement avait manifestement eu l'intention d'accorder au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat dans les cas où la perquisition contreviendrait à l'article 8 de la Charte, cette interprétation l'emporterait sur la règle d'interprétation générale énoncée à l'article 11 de la *Loi d'interprétation*.

Les tribunaux ont décidé à maintes reprises dans le passé que le mot «shall» («doit») peut avoir un caractère obligatoire ou facultatif. Cette jurisprudence pourrait être pertinente à l'interprétation du paragraphe 231.3(3). Cependant, ce qui est plus important, c'est qu'il se peut que cette disposition doive être interprétée, compte tenu de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), Annexe III], de façon à préserver le pouvoir discrétionnaire du juge de refuser de décerner des mandats, en cas de fouilles et perquisitions abusives. L'article 2 de cette Déclaration, conjugué à l'article 1, prévoit ce qui suit:

<sup>1</sup> Voir l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21.

<sup>2</sup> [1990] 1 C.F. 20 (C.A.).



Every law of Canada shall . . . be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe . . . the right of the individual to life, liberty, security of the person . . .

Alternatively the Court's inherent power to control the abuse of its own process might operate to enable a judge to refuse to issue an abusive warrant. See generally: *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 13 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.) and section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. These are all speculative arguments, however, and have not been addressed by counsel. Certainly, it seems to me a judge would strive against issuing an abusive warrant which offended section 8 of the Charter, if he or she knew, at the time the request was made, that the warrant was abusive. At the very least, I do not think subsection 231.3(3) precludes a judge from adding terms and conditions to a warrant sought. There is nothing in subsection 231.3(3) which says that a judge must issue a warrant in the exact terms in which it is sought.

With respect, it seems to me that there are several things wrong with the interpretation proposed by the Trial Judge.

In the first place, and if I understand her correctly, what she is suggesting in the first part of the quoted passage is precisely the kind of "reading down" against which the Supreme Court has warned.<sup>3</sup>

Secondly, while there is indeed "considerable jurisprudence" going back to the old case of *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), to the effect that words of empowerment ("may") can in certain circumstances import obligation ("shall"), there is very little the other way round: "shall" is rarely interpreted to mean "may".

We are here dealing not with a piece of subordinate legislation or a statutory instrument but with the constitutional scrutiny of a text adopted by Parliament itself. As was said by the Supreme Court of Canada in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 [at page 737]:

As used in its normal grammatical sense, the word "shall" is presumptively imperative. See *Odgers' Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967) at p. 377; *The Interpretation Act*, 1867 (Can.), 31 Vict., c. 1, s. 6(3); *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28 ("shall is to be construed as imperative"). It

<sup>3</sup> See for example *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 168.

Toute loi du Canada . . . doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre . . . le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne . . .

Subsidièrement, le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ses propres procédures pourrait permettre à un juge de refuser de délivrer un mandat abusif. Voir, de façon générale, *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; 13 C.C.C. (3d) 13 O.A.C. 254 (C.A.); *R. v. Miles of Music Ltd.* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.) et l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. Toutefois, ce ne sont là que des suppositions et l'avocat n'en a pas parlé. Il m'apparaît évident que le juge évitera de décerner un mandat abusif contrevenant à l'article 8 de la Charte s'il sait, au moment où la demande est présentée, que le mandat est abusif. À tout le moins, je ne crois pas que le paragraphe 231.3(3) interdise au juge d'ajouter des conditions à un mandat demandé. Le paragraphe 231.3(3) ne dit aucunement que le juge doit délivrer un mandat selon des conditions identiques à celles du mandat recherché.

Avec égards, il me semble qu'il y a plusieurs erreurs dans cette interprétation proposée par le juge de première instance.

En premier lieu, si je le comprends bien, ce que laisse entendre le premier juge dans la première partie du passage cité est précisément le genre «d'interprétation atténuée» contre laquelle la Cour suprême a mis en garde<sup>3</sup>.

En second lieu, même si «les tribunaux ont décidé à maintes reprises», remontant même à l'ancienne affaire *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), que les mots à caractère facultatif («peut» ou «may») peuvent en certains cas comporter un caractère obligatoire, il y a peu de jurisprudence dans le sens contraire, c'est-à-dire que l'indicatif présent (l'anglais «shall») peut rarement être interprété comme ayant le sens de «peut» (l'anglais «may»).

Nous ne traitons pas ici d'un texte de législation déléguée ou d'un texte réglementaire mais de la portée constitutionnelle d'un texte adopté par le Parlement lui-même. Comme le mentionnait la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 [à la page 737]:

Employé dans son sens grammatical ordinaire, le terme anglais «shall» [«doit»] est, par présomption, impératif. Voir *Odgers' Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967), à la p. 377; *Acte d'Interprétation*, 1867 (Can.), 31 Vict., chap. 1, par. 6(3); *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970,

<sup>3</sup> Voir, par exemple, *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 168.

is therefore incumbent upon this Court to conclude that Parliament, when it used the word "shall" in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, intended that those sections be construed as mandatory or imperative, in the sense that they must be obeyed, unless such an interpretation of the word "shall" would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. See, e.g. *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312, p. 317 (Alta. S.C.) [Emphasis added.]

There is, as it seems to me, absolutely nothing in the context of section 231.3 of the *Income Tax Act* which would render an imperative interpretation of the word "shall" in subsection 231.3(3) inconsistent with the balance of the section or make it irrational or meaningless. Indeed, I can see nothing in the section which would point to a permissive or discretionary meaning for "shall". On the contrary, the draughtsman has clearly used the permissive "may" where this is appropriate (as for example in subsections 231.3(1) and (5)) and the use of "shall" in subsection 231.3(3) (as well, it may be noted, as in subsection 231.3(6)) has every appearance of being a deliberate choice.

Furthermore, the whole of section 231.3 represents a change from the previous law<sup>4</sup> which was couched in terms that were clearly permissive and left a discretion in the hands of the judge authorizing the seizure. Also, as noted above, the text of subsection 231.3(3) is unique and differs remarkably from all other Canadian search warrant provisions.<sup>5</sup> I cannot view such a change from both previous and current practice as being anything but intentional.

<sup>4</sup> The former subsection 231(4) which was struck down by this Court as not meeting Charter standards on other grounds: see *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.).

<sup>5</sup> The most notable is of course subsection 487(1) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 68)]: "A justice . . . may at any time issue a warrant" (emphasis added).

chap. I-23, art. 28 («doit» ou «devra», devant un infinitif, exprime une obligation»). Il incombe donc à cette Cour de conclure que le Parlement, lorsqu'il a employé le terme «shall» dans la version anglaise de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voulait que ces articles soient interprétés comme étant impératifs, en ce sens qu'ils doivent être respectés, à moins que cette interprétation du terme «shall» ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Voir, par exemple, *Re Public Finance Corp. and Edwards Garage Ltd.* (1957), 22 W.W.R. 312, à la p. 317 (C.S. Alb.) [C'est moi qui souligne.]

Il me semble qu'il n'y a absolument rien dans le contexte de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui rendrait l'interprétation impérative de l'indicatif présent au paragraphe 231.3(3) incompatible avec le reste de l'article ou qui rendrait ce paragraphe dénué de sens ou de portée. En fait, je ne vois rien dans l'article qui indiquerait qu'il faut donner un sens permissif ou discrétionnaire à l'indicatif présent. Au contraire, le rédacteur législatif a employé le terme permissif «peut» lorsque celui-ci convenait (par exemple aux paragraphes 231.3(1) et (5)) tandis que l'emploi de l'indicatif présent au paragraphe 231.3(3) (de même, peut-on souligner, au paragraphe 231.3(6)) semble bien résulter d'un choix délibéré.

De plus, l'ensemble de l'article 231.3 constitue une modification d'un texte législatif antérieur<sup>4</sup>, qui était formulé dans des termes clairement permissifs et qui laissait un pouvoir discrétionnaire au juge devant autoriser la saisie. Au surplus, comme il a été mentionné auparavant, le texte du paragraphe 231.3(3) est unique et diffère substantiellement de toutes les dispositions législatives canadiennes concernant les mandats de perquisition<sup>5</sup>. Je ne peux considérer pareil changement tant à la pratique antérieure qu'à celle qui existe à l'heure actuelle comme n'étant pas vraiment voulu.

<sup>4</sup> L'ancien paragraphe 231(4) a été invalide par cette Cour parce qu'il ne satisfaisait pas aux critères de la Charte pour d'autres motifs: voir *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.).

<sup>5</sup> La plus connue est évidemment le paragraphe 487(1) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 68)]: «Un juge de paix . . . peut, à tout moment, lancer un mandat . . . » (c'est moi qui souligne).

With respect, I must also take exception to the Trial Judge's use, in the passage quoted above, of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. While there is clearly room for debate as to the extent to which the Bill may still have a role to play in post-Charter Canada,<sup>6</sup> that role surely cannot be one of validating, by interpretation, legislation which is otherwise inadequate on Charter grounds.

For constitutional and historical reasons, the Bill of Rights employs an interpretative technique for the purpose of preserving and protecting the rights which it enshrines; it would be a sorry irony indeed if it were now to be used to rescue infringing legislation from the effect of the entrenchment of those same and other rights in the Charter.

My final comment on the quoted passage of the Trial Judge's reasons has to do with her invocation of the Court's power to control abuse of the process, or to add conditions to a warrant. With respect, it seems to me that this begs the question. If, as the respondents contend, paragraphs (a), (b) and (c) of subsection 231.3(3) are exhaustive of all the conditions precedent to a reasonable search, an application which meets all those conditions cannot be an abuse of the process. By the same token, if the word "shall" in the opening part of subsection 231.3(3) is to be given its normal imperative construction, there can be no power in the judge to attach conditions to the warrant beyond those specifically set out in the statute itself. Subsections 231.3(1) and 231.3(4) set out the contents of the warrant with considerable detail but do not, in any way, suggest any residual discretion in the issuing judge to attach other terms or conditions.

In their defence against the attack on the mandatory nature of section 231.3, the respondents also rely, as did the Trial Judge, on the *obiter dictum* of the British Columbia Court of Appeal in the case of *Kourtessis v. M.N.R.*, [1990] 1 W.W.R. 97.

<sup>6</sup> See *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

Avec égards, je dois aussi m'opposer à la portée que donne le juge de première instance, dans l'extrait cité ci-dessus, à la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. Même s'il y a clairement matière à discussion sur le rôle que peut encore jouer la Déclaration dans les affaires postérieures à la Charte<sup>6</sup>, ce rôle ne peut sûrement pas en être un de validation, par interprétation, de textes législatifs qui ne satisfont pas par ailleurs aux critères de la Charte.

Pour des raisons d'ordre constitutionnel et historique, la Déclaration des droits a recours à une technique interprétative pour préserver et protéger les droits qui y sont enchassés; ce serait une triste ironie si cette Déclaration devait maintenant servir de bouée de sauvetage à des textes législatifs qui enfreignent les mêmes droits consacrés dans la Charte.

Mon dernier commentaire sur le passage cité des motifs du premier juge a trait à son invocation du pouvoir de la Cour de contrôler l'utilisation abusive de ses procédures et d'ajouter des conditions à un mandat. Avec égards, c'est présumer la question résolue. Si, comme les intimés le prétendent, les alinéas a), b) et c) du paragraphe 231.3(3) comprenaient toutes les conditions préalables à une perquisition raisonnable, une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive. De la même façon, si l'indicatif présent au début du paragraphe 231.3(3) doit recevoir son interprétation impérative normale, le juge n'a aucun pouvoir d'ajouter des conditions au mandat, en sus de celles spécialement énoncées dans le texte même de la Loi. Les paragraphes 231.3(1) et 231.3(4) énoncent de façon très détaillée ce que doit contenir le mandat, mais ne laissent d'aucune façon entendre que le juge qui décerne le mandat puisse avoir un pouvoir discrétionnaire de l'assujettir à certaines modalités ou conditions.

En réponse à la contestation du caractère obligatoire de l'article 231.3, les intimés se fondent aussi, comme le fait le juge de première instance, sur un *obiter dictum* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Kourtessis v. M.N.R.*, [1990] 1 W.W.R. 97.

<sup>6</sup> Voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

In that case, the Court unanimously dismissed on jurisdictional grounds an appeal against a decision at first instance which had upheld the validity of section 231.3.

A majority of the Court went on, however, to deal with the substantive grounds of attack. On the question which concerns us at the present, Locke J.A., after quoting the text of subsections (1), (2), and (3) of section 231.3 had this to say [at page 127]:

I am of the opinion these three subsections must be read together. The crucial function of the judge is to decide whether the facts before him are sufficient to warrant an intrusion of privacy. This is discretionary in the judge. In order to exercise his discretion, the guidelines are set out in subs. (3). If the evidence fails the standards of subs. (3), he will not be satisfied and will decline to issue the warrant. If the evidence is sufficient, the statute says he "shall" issue the warrant.

It is said that this deprives the judge of a discretion. It does not deprive him of the discretion as to whether the warrant should issue at all, and as to which he fulfils his balance wheel function. It does deprive him of a discretion as to whether the warrant in fact issues after he makes the primary essential decision.

One might ask rhetorically, and why not? Having made the primary decision, surely the figurative stamping of the piece of paper is unimportant. What the mandatory word does is to deprive the judge of the discretions argued for in *Paroian* — that it was unnecessary to issue the process because the minister already had enough material. This is not for the court to say, by I do not feel that the standards of *Hunter v. Southam* have been defeated. The judge's crucial role has been fulfilled and nothing remains except to stamp the piece of paper. It is thus true that discretion has been impaired in an administrative aspect, but not at all to impair the judge's primary function. It is also plain he can always attach conditions to the manner of execution of the warrant, and this of his own motion under the doctrine of inherent jurisdiction.

With respect to the last sentence of the quoted passage, I can only repeat what I have already said: I do not see how a judge acting under an imperative statutory provision can invoke an inherent jurisdiction to refuse to do precisely that which the legislation has declared to be reasonable and has commanded him to do. The attachment of conditions as to either the issuance or the execution of the warrant is not authorized by the text.

The earlier part of the quoted passage, if I understand it correctly, seems to argue that judicial discretion is retained in so far as the determi-

Dans cette affaire, le tribunal a rejeté de façon unanime, en se fondant sur des motifs reliés à la compétence, un appel d'une décision d'un juge de première instance qui avait maintenu la validité de l'article 231.3.

Toutefois, la majorité de ce tribunal a jugé bon d'examiner les motifs fondamentaux de la contestation. Relativement à la question qui nous intéresse en l'espèce, le juge Locke J.C.A., après avoir cité les paragraphes (1), (2) et (3) de l'article 231.3 mentionnait [à la page 127]:

[TRADUCTION] À mon avis, ces trois paragraphes doivent être lus ensemble. Le rôle crucial du juge consiste à déterminer si les faits qui lui ont été présentés justifient une ingérence dans la vie privée. Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire pour le juge. Les critères à appliquer pour exercer ce pouvoir discrétionnaire sont énoncés au paragraphe (3). Si la preuve ne respecte pas les critères de cette disposition, le juge ne sera pas convaincu et refusera de décerner le mandat. Si la preuve est suffisante, la loi dit qu'il décerne[ra] (en anglais, «shall») le mandat.

On soutient que cela enlève au juge son pouvoir discrétionnaire. Cela ne l'empêche pas de déterminer si un mandat devrait être décerné et c'est une question à l'égard de laquelle il joue son rôle de maintien de l'équilibre. Cela l'empêche de déterminer si le mandat est effectivement décerné une fois qu'il rend la première décision essentielle.

L'on pourrait se demander, d'un point de vue rhétorique, et pourquoi pas? Une fois que la première décision est prise, l'estampillage du document n'a certainement aucune importance. Le mot à caractère obligatoire enlève au juge le pouvoir discrétionnaire débattu dans l'arrêt *Paroian*, où il a été décidé qu'il n'était pas nécessaire de délivrer le mandat, étant donné que le ministre avait déjà suffisamment de documents. Il n'appartient pas à la Cour de trancher cette question, mais, à mon avis, les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam* ont été respectés. Le rôle crucial du juge a été rempli et il ne reste rien d'autre à faire, sinon estampiller le document. Il est vrai que le pouvoir discrétionnaire a été affaibli sur le plan administratif, mais le rôle premier du juge n'a aucunement été atténué. En outre, il est aussi évident que le juge peut toujours imposer des conditions relatives à la façon d'exécuter le mandat, et ce, de son propre chef, selon la doctrine du pouvoir inhérent.

En ce qui a trait à la dernière phrase du passage cité, je ne peux que répéter ce que j'ai déjà dit: je ne vois pas comment un juge agissant en vertu d'une disposition impérative peut invoquer un pouvoir inhérent de refuser de faire ce que la loi a indiqué être raisonnable et lui a ordonné de faire. Le texte de loi n'autorise pas que des conditions soient rattachées ni à la délivrance ni à l'exécution du mandat.

La première partie de l'extrait cité, si mon interprétation en est exacte, semble laisser entendre que le juge conserve son pouvoir discrétion-

nation of the conditions set out in paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) is concerned, but that once the judge is satisfied as to their existence he has no further discretion. One might quibble with the first of those propositions on linguistic grounds; I do not think it proper to characterize the formation of an opinion as to the existence of reasonable grounds for belief in certain facts as being in any way the exercise of a discretion. It is of course part of a judicial decision-making function as to which, in any given case, there may be differences of view, but that surely does not make it a matter of discretion any more than, say, a finding of negligence is a matter of discretion.

The real nub of the matter, however, lies in the second proposition. To sustain it, one must argue, as counsel for respondents did, not merely that Parliament is entitled to set the standards as to what is reasonable and in accordance with the principles of fundamental justice, but also that, in doing so, it may exclude any other consideration as being irrelevant to those standards. In my view, this cannot be the law.

Counsel for respondents lays great stress on the fact that in the landmark decision of *Hunter et al. v. Southam Inc.* (above), the Court carefully and in detail laid down the conditions of a reasonable search and seizure pursuant to section 8; nowhere amongst them did the Court specifically include a condition that the judicial officer issuing the warrant should retain a discretion to refuse to do so.<sup>7</sup>

The question now is to know whether a requirement of judicial discretion is nonetheless implicit in the standards of reasonability set out in *Southam* or, even if it is not, whether it forms part of the

<sup>7</sup> This fact itself serves to limit the scope to be put on this Court's decision in *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R.* (above). The point now being discussed was not argued in that case. Thus, when Desjardins J.A. said (at p. 26) "There is no doubt that subsection 231.3(3) meets these minimum standards", she was referring to the standards specifically enumerated by the Court in *Southam* from which she had just quoted.

naire dans la mesure où il s'agit de déterminer l'application des critères énoncés aux alinéas 231.3(3)a), b) et c), mais qu'une fois qu'il est convaincu de leur existence, il perd ce pouvoir. On peut ergoter sur la première de ces propositions en invoquant des motifs de caractère linguistique. Je ne crois pas qu'il soit juste de caractériser comme l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire la formation d'une opinion quant à l'existence de motifs raisonnables de croire à certains faits. Il s'agit là, bien sûr, d'un aspect du pouvoir décisionnel judiciaire qui peut donner lieu, dans un cas donné, à l'expression de différents points de vue, mais cela n'en fait sûrement pas une question de discrétion pas plus, par exemple, qu'une conclusion de négligence est une question de discrétion.

Le véritable nœud du problème se trouve toutefois dans la seconde proposition. Pour la soutenir, il faut faire valoir, comme l'avocat des intimés l'a fait, que non seulement le Parlement a droit d'énoncer les critères de ce qui est raisonnable et de ce qui est conforme aux principes de justice fondamentale mais, qu'en ce faisant, il peut aussi exclure tout autre facteur comme n'étant pas pertinent à ces critères. À mon avis, cela ne peut être la loi.

L'avocat des intimés a grandement mis l'accent sur le fait que dans l'arrêt-clé *Hunter et autres c. Southam Inc.* (susmentionné), la Cour suprême a soigneusement et minutieusement décrit les conditions des fouilles, perquisitions et saisies non abusives au sens de l'article 8; nulle part la Cour ne fait-elle allusion à une condition selon laquelle l'officier de justice qui décerne le mandat devrait conserver le pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire<sup>7</sup>.

La question est donc maintenant de savoir si l'exigence d'une discrétion judiciaire est toutefois implicite dans les critères définissant le caractère raisonnable énoncés dans *Southam* ou, même si

<sup>7</sup> Ce fait même vient limiter la portée qu'on a pu donner à cet arrêt dans *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.N.R.* (ci-dessus). Le point qui fait l'objet de la présente discussion n'a pas été soulevé dans cette dernière affaire. Aussi, lorsque le juge Desjardins J.A. mentionne (à la p. 26) «Il ne fait pas de doute que le paragraphe 231.(3) satisfait à ces normes minimales», elle faisait allusion aux conditions particulièrement énumérées par la Cour suprême dans l'arrêt *Southam* dont elle venait de citer un extrait.

principles of fundamental justice protected by section 7. In my view, it is both.

In the first place, it will be recalled that in *Southam* the Court was dealing with a legislative provision which, however inadequate on other grounds, left a discretion with the officer authorizing the seizure.<sup>8</sup>

Secondly, and as previously noted, at the time of the *Southam* decision, all other provisions authorizing searches and seizures in Canada were couched in permissive language. Furthermore, as the Court was unquestionably aware, historically this had always been the case both by statute and at common law.

Finally and most importantly, the Court in *Southam* laid great emphasis on the requirement that the officer authorizing the seizure be independent and capable of acting judicially in balancing the competing interests of the state and the citizen. That requirement, as it seems to me, given the context in which *Southam* was decided, necessarily implies an ability and a need to exercise a judicial discretion in the authorization process.

Accordingly, I conclude that a requirement for a residual judicial discretion to refuse to issue a search warrant, or to attach conditions to a warrant when issued, is implicit in the decision in *Southam* as a prerequisite to a reasonable search and seizure in accordance with section 8 of the Charter.

Even more important than *Southam* for the purposes of the present discussion, however, is the decision of the Supreme Court in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. That was a pre-Charter case and concerned the issuance of a search warrant under the *Criminal Code* to search a lawyer's office. Lamer J., (as he then was),

<sup>8</sup> Subsection 10(3) of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] which provided that an authorization to search "may be granted" by a member of the Restrictive Trade Practices Commission.

elle ne l'est pas, est-ce que cette exigence fait partie des principes de justice fondamentale que protège l'article 7 de la Charte. À mon avis, la réponse est affirmative dans les deux cas.

<sup>a</sup> En premier lieu, il faut se rappeler que dans *Southam*, la Cour suprême traitait d'une disposition législative qui, bien que fautive pour d'autres motifs, laissait un pouvoir discrétionnaire à l'officier de justice accordant l'autorisation de procéder à la saisie<sup>8</sup>.

<sup>b</sup> En deuxième lieu, comme on l'a déjà mentionné, au moment où la décision *Southam* a été rendue, toutes les autres dispositions concernant les fouilles, perquisitions et saisies au Canada étaient formulées en des termes permissifs. De plus, comme la Cour le savait sans aucun doute, c'était là la situation qui avait toujours été reconnue tant par la législation que par la common law.

<sup>c</sup> Enfin, et ce qui est le plus important, dans *Southam* la Cour a beaucoup insisté sur le fait que la personne autorisant la saisie devait être indépendante et en mesure d'agir de façon judiciaire dans son évaluation des intérêts opposés de l'État et du citoyen. Il me semble que cette exigence, compte tenu du contexte de la décision *Southam*, comporte nécessairement une capacité et une nécessité d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans le processus d'autorisation du mandat.

<sup>d</sup> Par conséquent, je conclus que l'arrêt *Southam* reconnaît implicitement qu'il faut conserver un minimum de pouvoir discrétionnaire judiciaire concernant le refus de délivrer un mandat de perquisition, ou l'imposition de conditions à sa délivrance, et qu'il s'agit là d'une condition préalable à une fouille, perquisition et saisie non abusive, conformément à l'article 8 de la Charte.

<sup>e</sup> Toutefois, pour les fins de la présente discussion, la décision rendue par la Cour suprême dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, est encore plus importante que l'arrêt *Southam*. Il s'agit d'une affaire antérieure à la Charte au sujet d'un mandat de perquisition décerné en vertu du *Code criminel* pour fouiller le cabinet

<sup>8</sup> Le paragraphe 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23] selon lequel une autorisation de fouille et de perquisition «peut être accordée» par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce.

speaking for a unanimous Court, discussed at length the role of judicial discretion in the issuance of search warrants. The following passage from his reasons is critical [at pages 888-891]:

Some would say that the justice of the peace has no discretion to refuse to issue a search warrant or to impose terms of execution once the requirements of form and substance in s. 443 have been met. They would argue that in s. 443 the word "may" means "must" and does not confer any discretion. According to this interpretation, the justice of the peace may issue a warrant only if he is satisfied that there is reasonable ground to believe that one of the things provided for in s. 443(1) is to be found in the place sought to be searched, but must do so as soon as he is so satisfied, and the only condition of execution on the premises that he may impose is set out in s. 444 of the *Code*:

**444.** A warrant issued under section 443 shall be executed by day, unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night.

Others, on the contrary, would say that generally the justice of the peace has the discretion to refuse the warrant, so long as this discretion is exercised judicially and so long as the decision to refuse the warrant is not capricious or arbitrary (Carter, R.F., *The Law Relating to Search Warrants*, 1939, at p. 52; Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, 1974, at pp. 7 and 51 *et seq.*; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487).

I come down on the side of the discretion, as it allows more effective judicial control of the police. Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled. It goes without saying that the justice may sometimes be in a poor position to assess the need for the search in advance. After all, searches, while constituting a means of gathering evidence, are also an investigative tool. It will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed. Be that as it may, there are places for which authorization to search should generally be granted only with reticence and, where necessary, with more conditions attached than for other places. One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office. One does not search the premises of a third party who is not alleged to have participated in the commission of a crime in the same way as those of someone who is the subject of such an allegation. (See on this subject Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, at p. 174.)

The justice of the peace, in my view, has the authority, where circumstances warrant, to set out execution procedures in the search warrant; I would even go so far as to say that he has the right to refuse to issue the warrant in special circumstances, such as those found in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, *supra*.

That case involved a search of a newspaper office for information gathered by the newspaper staff. Neither the newspaper staff nor the newspaper itself were accused of having been

d'un avocat. Le juge Lamer, (alors juge puîné), s'exprimant au nom de l'ensemble de la Cour, a traité longuement du rôle du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la délivrance des mandats de perquisition. L'extrait suivant de ses motifs est décisif [aux pages 888 à 891]:

Certains pourraient prétendre que le juge de paix n'a pas la discrétion de refuser la délivrance du mandat de perquisition ou encore d'imposer des modalités d'exécution dès lors que les conditions de forme et de fond de l'art. 443 ont été satisfaites. Ils pourraient arguer que, dans le contexte de l'art. 443, le mot «peut» a le sens de «doit» et qu'il n'octroie pas une discrétion. Selon cette interprétation, si le juge de paix ne peut délivrer un mandat que s'il est convaincu qu'il existe un motif raisonnable pour croire qu'une des choses prévues à l'art. 443(1) se trouve dans l'endroit que l'on veut fouiller, il doit le faire, par ailleurs, dès lors qu'il en est convaincu, et la seule modalité d'exécution sur les lieux qu'il lui est loisible d'imposer se trouve à l'art. 444 du *Code*:

**444.** Un mandat décerné en vertu de l'article 443 doit être exécuté de jour, à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit.

D'autres, au contraire, reconnaîtraient de façon générale au juge de paix la discrétion de refuser le mandat, en autant que cette discrétion soit exercée judiciairement et que la décision de refuser le mandat ne tienne pas du caprice ou de la fantaisie. (Carter, R.F., *The Law Relating to Search Warrants*, 1939, à la p. 52; Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, 1974, aux pp. 7 et 51 *ss.*; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487).

J'opte en faveur de la discrétion, car elle permet un contrôle judiciaire plus efficace des forces de l'ordre. La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement. Il va de soi que le juge de paix peut être parfois mal placé pour juger d'avance du besoin de perquisitionner. Après tout, la perquisition, tout en étant un véhicule de preuve, est aussi un instrument d'enquête. Il sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière. Quoi qu'il en soit, il y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec réticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat. On ne perquisitionne pas chez le tiers qu'on n'allègue pas avoir participé à la commission du crime comme chez celui qui fait l'objet d'une telle allégation. (Voir à ce sujet Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, à la p. 174).

Le juge de paix a, selon moi, le pouvoir, lorsque les circonstances le commandent, d'assortir le mandat de perquisition de modalités d'exécution; j'irais même jusqu'à lui reconnaître le droit de refuser le mandat dans certaines circonstances très particulières, telles celles que l'on trouve dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, précitée.

Dans cette cause il s'agissait de la perquisition des locaux d'un journal et on était à la recherche de renseignements recueillis par le personnel du journal. La dénonciation n'allè-

involved in the commission of an offence. In view of the special situation of a newspaper in light of ss. 1(f) and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, Nemetz C.J. of the British Columbia Supreme Court quashed the search warrant issued by the justice of the peace, concluding as follows (at p. 495):

The issuing of any search warrant is a serious matter, especially when its issuance against a newspaper may have, as it did, the effect of impeding its publication. To use the words of my distinguished predecessor in *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, the Justice of the Peace 'should have reasonable information before him to entitle him to judicially decide whether such warrant should issue or not'. In my opinion, no such reasonable information was before him since there was no material to show:

1. whether a reasonable alternative source of obtaining the information was or was not available, and
2. if available, that reasonable steps had been taken to obtain it from that alternative source.

In my opinion, the bringing of an application for a search warrant in these circumstances was an abuse of the process of the Court. I, therefore, quash the warrants.

*Re Pacific Press Ltd.* involved a search for things provided for in para. (b) of s. 443(1), that is, evidence; it goes without saying that the same requirements do not apply in the case of things provided for in paras. (a) and (c) of s. 443(1).

It could be advanced that the two conditions set out by Nemetz C.J. should be met before a warrant is issued whenever a search is sought to be conducted, under 443(1)(b), of premises occupied by an innocent third party which are not alleged by the information to be connected in any way with the crime. It is not necessary for purposes of this appeal to decide that point. It is sufficient to say that in situations such as the one in *Re Pacific Press Ltd.*, where the search would interfere with rights as fundamental as freedom of the press, and, as in the case at bar, a lawyer's client's right to confidentiality, the justice of the peace may and should refuse to issue the warrant if these two conditions have not been met, lest he exceeds the jurisdiction he had *ab initio*. I would add one qualification to these two conditions. The reasonable alternative referred to is not an alternative to the method of proof but to the benefits of search and seizure of the evidence. As I have already stated, a search warrant is not only a means of gathering evidence but also an investigative tool. Therefore a determination of what is reasonable in each case will take into account the fact that a search makes it possible not only to seize evidence but also to ascertain that it exists, and even sometimes that the crime was in fact committed and by whom. Seizure makes it possible to preserve the evidence.

Moreover, even if the conditions are met, the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what

guait aucunement que le personnel du journal ou le journal lui-même étaient impliqués dans la commission d'une infraction. Eu égard à la situation exceptionnelle dans laquelle se trouve placé un journal compte tenu des art. 1f) et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, le juge en chef Nemetz de la Cour suprême de la Colombie-Britannique cassait le mandat de perquisition délivré par le juge de paix et concluait comme suit (à la p. 495):

[TRADUCTION] La délivrance d'un mandat de perquisition est une affaire grave, notamment lorsque sa délivrance à l'encontre d'un journal peut empêcher, comme c'est le cas en l'espèce, sa publication. Selon les termes employés par mon distingué prédécesseur dans l'affaire *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, le juge de paix «devrait disposer de suffisamment de renseignements pour lui permettre de décider de façon judiciaire s'il doit ou non délivrer un tel mandat». À mon avis, il ne disposait pas de suffisamment de renseignements puisqu'il n'y avait pas de pièce pour démontrer:

1. s'il existait une autre source pouvant fournir les mêmes renseignements, et
2. dans l'affirmative, que des mesures raisonnables avaient été prises pour obtenir les renseignements de cette autre source.

À mon avis, présenter une demande de mandat de perquisition dans ces circonstances constituait un abus de procédures. En conséquence, j'annule les mandats.

Il s'agissait dans *Re Pacific Press Ltd.* d'une perquisition à la recherche de choses prévues à l'al. b) de l'art. 443(1), c.-à-d. des preuves; il va de soi que l'on ne peut avoir les mêmes exigences lorsqu'il s'agit de choses prévues aux al. a) et c) de l'art. 443(1).

On pourrait suggérer que les deux conditions énoncées par le juge en chef Nemetz devraient être satisfaites avant de délivrer un mandat chaque fois qu'il s'agit d'une perquisition, sous 443(1b), de lieux occupés par un tiers-innocent que ne relie aucunement au crime les allégations contenues à la dénonciation. Il n'est pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi d'en décider. Il suffit de dire que dans des cas tels que celui de *Re Pacific Press Ltd.*, où la perquisition porterait atteinte à des droits aussi fondamentaux que la liberté de la presse, et, comme en l'espèce, le droit à la confidentialité du client de l'avocat, le juge de paix peut et doit, sous peine d'excéder la compétence qu'il avait *ab initio*, refuser la délivrance du mandat si ces deux conditions n'ont pas été satisfaites. J'apporterais à ces conditions une précision. L'alternative raisonnable dont on parle n'est pas à la méthode de preuve mais aux avantages de la perquisition et de la saisie des preuves. Comme je l'ai déjà dit, le mandat de perquisition n'est pas qu'un véhicule de preuve, mais aussi un outil d'enquête. Donc, la détermination de ce qui sera dans chaque cas d'espèce raisonnable tiendra compte du fait que la perquisition permet non seulement de saisir des preuves, mais permet également de s'assurer qu'elles existent, voire même parfois que le crime a effectivement été commis et par qui. La saisie, elle, en permet la conservation.

De plus, même si ces conditions sont satisfaites, le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement



is strictly inevitable. This is also true of searches under 443(1)(a) or (c), as soon as they threaten a fundamental right. [Emphasis added.]

I derive from this passage the proposition not only that the attaching of conditions to a search warrant is a necessary and essential part of the exercise of judicial discretion but, even more importantly, that the very existence of such discretion is a prerequisite to the reasonableness of the search and to our notions of fundamental justice.

*Descôteaux et al.* also establishes, in my view, that any legislative attempt to exhaustively define and circumscribe the limits of what may be a reasonable search is doomed to failure. In the passage quoted, Lamer J. dealt specifically with searches of lawyers' offices and newspaper offices and held that in those circumstances the justice "may and should refuse to issue the warrant" if certain conditions were not met.

Clearly, however, Lamer J. did not suggest that this list of circumstances was limitative. On the contrary, he expressly left it open ("in situations such as"). In my view, the categories of unreasonable searches are not closed and can never be so.

Legislating closed categories of unreasonableness is not only impossible; it is also likely, through the operation of simple human fallibility, to give rise to absurdities. The search and seizure provisions of the *Income Tax Act* provide an excellent example. In section 488 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 70] of the *Criminal Code*, Parliament has enshrined the old common law rule that, without special authorization, no search warrant shall be executed at night. The reason for this must surely be that the law views, and has always viewed, night searches as an unreasonable invasion of the citizen's privacy unless there are special circumstances making such searches permissible. Section 488, however, by its very terms, only applies to search warrants issued under sections 487 and 487.1 [as added by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 69] of the *Criminal Code*. There is no equivalent limitation on the execution of search warrants issued under section 231.3 of the *Income*

inévitable l'atteinte au droit fondamental. Ceci est également vrai pour les perquisitions de 443(1)a) ou c) dès qu'elles mettent en cause un droit fondamental. [C'est moi qui souligne.]

a Je conclus de cet extrait que non seulement l'imposition de conditions à un mandat de perquisition est un élément essentiel à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire mais, de façon encore plus importante, que l'existence même de ce pouvoir est une condition préalable au caractère raisonnable de la perquisition et à nos principes de justice fondamentale.

*Descôteaux et autre* établit aussi, à mon avis, que toute tentative du législateur de définir et de délimiter de façon exhaustive ce qui peut constituer une perquisition raisonnable est vouée à l'échec. Dans l'extrait cité, le juge Lamer traite de façon particulière des perquisitions dans les cabinets d'avocats et dans les locaux des journaux et statue qu'en pareilles circonstances le juge de paix «peut et doit . . . refuser la délivrance du mandat» si certaines conditions n'ont pas été satisfaites.

e Toutefois, il est évident que le juge Lamer ne laisse pas entendre que cette liste de circonstances puisse être limitative. Au contraire, il laisse de façon expresse la possibilité d'ajouter d'autres situations («dans des cas tels que»). À mon avis, la liste des catégories de perquisitions abusives ne peut pas, et ne pourra jamais, être exhaustive.

Non seulement est-il impossible de légiférer pour délimiter des catégories de perquisition abusive, il semble aussi que cela pourrait donner lieu, en raison tout simplement de l'erreur humaine, à des absurdités. Les dispositions relatives aux perquisitions et saisies de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en fournissent un excellent exemple. À l'article 488 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 70] du *Code criminel*, le Parlement a consacré l'ancienne règle de common law, à savoir qu'aucun mandat de perquisition ne pouvait être exécuté la nuit sans une permission spéciale. Cette interdiction est sûrement fondée sur le motif que le législateur considère, comme il l'a toujours fait, que les perquisitions effectuées la nuit constituent une invasion abusive de la vie privée du citoyen à moins que des circonstances particulières ne le justifient. Toutefois, l'article 488, selon son libellé même, ne s'applique qu'aux mandats de perquisition décernés en vertu des articles 487 et 487.1

*Tax Act*. The absurdity to which the respondents' position leads us, therefore, is that, in Parliament's view, a night search for terrorist bombs is *prima facie* unreasonable while one for books of account is not. Indeed, although the point was not raised before us, it is at the least arguable that section 231.3 is invalid on the sole ground that it allows night searches without specific judicial authorization.

Parliament, in my opinion, is both legally and factually incapable of exhaustively defining unreasonable searches. The ultimate protection for the citizen against such searches lies in the vigilance of the issuing judge and in his power to refuse to issue the warrant even where all the conditions established by Parliament have been met. For Parliament to say and to mean that the judge "shall" issue the warrant no matter what the circumstances is to sanction unreasonable searches and seizures and is contrary to our long-established principles of fundamental justice. Section 231.3 is accordingly of no force or effect.

The foregoing is enough to dispose of the present appeal. However, since in my view the legislation must be re-written, it would be useful to discuss briefly the other grounds argued by the appellants.

#### The Elimination of the Standard of Probability

It will be recalled that the standard set by subsection 231.3(3) is that of "reasonable grounds to believe". The appellants argue that this is not good enough. The minimum standard must be "reasonable and probable grounds". The appellants' focus on the following passage from the decision in *Southam* (above), at page 168:

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of

[ajouté par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 69] du *Code criminel*. Il n'y a pas de restriction semblable applicable à l'exécution de mandats de perquisition décernés en vertu de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, la position des intimés aboutit à une absurdité, puisque cela voudrait dire que selon le Parlement une perquisition ou une fouille effectuée la nuit pour retracer des bombes placées par des terroristes serait à première vue abusive tandis qu'une perquisition ou une fouille pour trouver des registres ou livres comptables ne le serait pas. En fait, même si cet argument n'a pas été soulevé devant nous, on pourrait au moins soutenir que l'article 231.3 est invalide pour le seul motif qu'il permet des fouilles la nuit sans autorisation spéciale d'un juge.

À mon avis, le Parlement ne possède ni la compétence ni les faits pour pouvoir définir de façon exhaustive les perquisitions ou les fouilles abusives. En ce qui concerne le citoyen, c'est en définitive la vigilance du juge qui décerne le mandat et son pouvoir de refuser de le décerner, même lorsque toutes les conditions déterminées par le Parlement ont été remplies, qui le protègent contre de telles perquisitions. Le fait pour le Parlement de dire et d'exprimer son intention que le juge «décerne» le mandat, indépendamment des circonstances, équivaut à une approbation des perquisitions, fouilles et saisies abusives et est contraire à nos principes bien établis de justice fondamentale. Par conséquent, l'article 231.3 est inopérant.

Cette conclusion suffit à trancher le présent appel. Toutefois, puisqu'à mon avis la loi devra être remaniée, il serait utile de se pencher brièvement sur les autres motifs soulevés par les appellants.

#### L'élimination du critère de probabilité

Il faut se rappeler que le critère énoncé par le paragraphe 231.3(3) est qu'il existe «des motifs raisonnables de croire». Les appelants prétendent que ce n'est pas suffisant. Il faudrait parler de «motifs raisonnables et probables de croire». Les appelants s'appuient sur l'extrait suivant de l'arrêt *Southam* (ci-dessus), à la page 168:

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve

the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure.

By eliminating the word “probable” from the legislative standard, it is argued, Parliament has suppressed the “more likely than not” standard of proof to be applied by the issuing judge. I do not agree.

In the first place, it seems to me that, as a matter of simple linguistic construction, the word “probable” in the phrase “reasonable and probable grounds to believe” adds nothing. In this connection, it is convenient to refer to the standard dictionary definition in both official languages.

The *Shorter Oxford English Dictionary* gives the following modern meaning:

**Probable** . . . 2. Such as to approve itself to the mind; worthy of acceptance or belief; rarely in bad sense, specious, colourable. (Now merged in 3.) — 1872. 3. Having an appearance of truth; that may reasonably be expected to happen, or to prove true; likely 1606. [Emphasis added.]

Even more interesting is Robert’s [*Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*] indication of an archaic definition for the French “probable”:

[TRANSLATION] “**Probable**” . . . 1. Arch. *Probable opinion*: one in which, without excluding the possibility of some other opinion there is nothing contrary to reason. — Rel. *Probable opinion*: opinion based on persuasive though not conclusive grounds. [Emphasis added.]

This may very well explain how the word has come to be associated historically by lawyers with the word “reasonable”. Like the second member of such other hallowed English legal phrases as “null and void”, “good and valid”, “last will and testament” etc, it does nothing.

Second, and more significant, this view of the matter is confirmed by the judgment in *Southam* itself. In a passage preceding by a few lines the one quoted above, Dickson J., (as he then was) speaking for the Court said this [at page 167]:

The common law required evidence on oath which gave “strong reason to believe” that stolen goods were concealed in the place to be searched before a warrant would issue. Section 443 of the *Criminal Code* authorizes a warrant only where there has been information upon oath that there is “reasonable ground to

se trouvent à l’endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l’art. 8 de la *Charte*, qui s’applique à l’autorisation d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie.

On a prétendu qu’en éliminant le mot «probable» des critères énoncés par la Loi, le Parlement avait décidé d’éliminer le critère selon lequel le juge qui décerne le mandat exige une preuve «plus probable qu’improbable». Je ne suis pas d’accord.

Tout d’abord, il me semble que d’un simple point de vue linguistique le mot «probable» dans l’expression «motifs raisonnables et probables de croire» n’ajoute rien. À cet égard, il convient de consulter la définition du terme dans les dictionnaires généraux dans les deux langues officielles.

Selon le dictionnaire *Shorter Oxford English Dictionary*, le sens moderne du terme est le suivant:

[TRADUCTION] «**Probable**» . . . 2. Qui est susceptible de s’imposer à l’esprit; qui mérite d’être admis ou qu’on y accorde foi; rarement, dans un mauvais sens, trompeur, spécieux. (Voir 3.)—1872. 3. Qui a une apparence de vérité; auquel on peut raisonnablement s’attendre, ou qui sera reconnu vrai; vers 1606. (C’est moi qui souligne.)

Une indication encore plus intéressante est celle de la définition archaïque du mot français «probable» donnée par Le Robert [*Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*]:

**Probable** . . . 1. Vx. *Opinion probable*, qui, sans exclure la possibilité d’une autre opinion, ne présente cependant rien de contraire à la raison — Relig. *Opinion probable*: opinion fondée sur des raisons sérieuses quoique non décisives. [C’est moi qui souligne.]

Cela peut facilement expliquer comment le mot, de façon historique, a été associé par les juristes au mot «raisonnable». Comme le second membre de ces autres expressions juridiques anglaises consacrées, dont «*null and void*» (invalide), «*good and valid*» (valide), «*last will and testament*» (testament) etc., le second mot de l’expression n’ajoute rien.

En deuxième lieu, ce qui est un facteur encore plus important, cette opinion est confirmée dans l’arrêt *Southam* lui-même. Dans un extrait précédant de quelques lignes le passage cité ci-dessus, le juge Dickson (alors juge puîné) s’exprimait au nom de la Cour comme suit [à la page 167]:

La *common law* exige, pour qu’un mandat puisse être décerné, que l’on fasse une déposition sous serment qui porte «sérieusement à croire» que des biens volés ont été cachés à l’endroit de la perquisition. L’article 443 du *Code criminel* n’autorise la délivrance d’un mandat qu’à la suite d’une dénonciation faite

believe” that there is evidence of an offence in the place to be searched. The American *Bill of Rights* provides that “no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation . . .” The phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical. [Emphasis added.]

Finally and even if I am wrong in my view as to the force to be given to the word “probable” in the phrase “reasonable and probable”, it is my further opinion that a grammatical analysis of subsection 231.3(3) shows that in fact the evidentiary burden of “more likely than not” has been met or exceeded.

Eliminating the unnecessary words for the purpose of this analysis, the subsection provides for the issuance of a warrant when a judge:

**231.3 (3)**

is satisfied that there are reasonable grounds to believe that:

- (a) an offence . . . has been committed;
- (b) a document . . . is likely to found; and
- (c) the building . . . is likely to contain such a document . . .

There can surely be no objection to the standard set in paragraphs 231.3(3)(b) and (c) for the word “likely” must have the effect of importing the standard of probability or “more likely than not.”

With respect to paragraph 231.3(3)(a), the standard is set even higher; the requirement is for reasonable grounds to believe that an offence has been committed. Here, the reasonable belief is tied to the actual commission of the offence and not to a lower standard of mere probability.

In the upshot, therefore, I find this ground of attack to be without merit.

The Dilution of the Standard with Respect to the Probability of finding Evidence

The appellants’ attack here concentrates very narrowly on the wording of paragraph 231.3(3)(b), which it is convenient to reproduce:

**231.3 . . .**

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

sous serment portant qu’il existe «un motif raisonnable pour croire» qu’il se trouve des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à l’endroit où la perquisition sera effectuée. La *Déclaration des droits* des États-Unis prévoit que [TRADUCTION] «un mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par un serment ou une affirmation . . .». La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas. [C’est moi qui souligne.]

Enfin, même si mon opinion sur la valeur à donner au mot «probable» dans l’expression «raisonnable et probable» est erronée, je suis d’avis qu’une analyse grammaticale du paragraphe 231.3(3) démontre qu’en fait le fardeau de la présentation du critère «plus probable qu’improbable» a été plus que satisfait.

En éliminant, pour les fins de cette analyse, les mots inutiles, le paragraphe prévoit qu’un mandat est décerné lorsqu’un juge:

**231.3 (3) . . .**

. . . est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- a) une infraction . . . a été commise;
- b) il est vraisemblable de trouver des documents . . . ;
- c) le bâtiment . . . contient vraisemblablement de tels documents . . .»

On ne peut certainement pas s’opposer au critère établi aux alinéas 231.3(3)(b) et c) puisque les mots «vraisemblable» ou «vraisemblablement» ont pour conséquence d’importer le critère de probabilité ou d’une situation «plus probable qu’improbable».

Quant à l’alinéa 231.3(3)a), le critère est encore plus élevé puisqu’on exige d’avoir des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise. Ici, la croyance raisonnable est reliée à la perpétration réelle de l’infraction et non à un critère moins rigoureux de simple probabilité.

En fin de compte, je conclus donc que ce motif de contestation n’est pas fondé.

L’atténuation du critère à l’égard de la probabilité de découvrir des éléments de preuve

La contestation des appelants en l’instance porte uniquement sur le texte de l’alinéa 231.3(3)b), qu’il convient de citer à nouveau:

**231.3 . . .**

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

(b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and [Emphasis added.]

The argument is that the use of the word "may" allows the issuance of a search warrant on showing of reasonable grounds to believe in a mere possibility that the thing to be found will afford evidence of a crime. The following passage from the judgment in *Southam* is relied on [at page 167]:

The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

The argument seems to me to be quite simply unanswerable. The point is an extremely narrow one but the Court could not have used clearer words to indicate that a belief that evidence may be found is not good enough.

The courts of three provinces have struck down subsection 111(1) of the *Customs Act* [S.C. 1986, c. 1] whose English (but not the French) version contained a somewhat similar wording. See *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (N.B.C.A.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634 (B.C.S.C.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (Ont. H.C.).

While in practice, the line must be very thin between a reasonable belief that evidence may be found and a reasonable belief that evidence is to be found, the Supreme Court has made it very plain that only the second meets the requirements of the

b) Il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction; [C'est moi qui souligne.]

On soutient que l'utilisation du mot «peuvent» permet la délivrance d'un mandat de perquisition lorsqu'on a des motifs raisonnables de croire qu'il y a une simple possibilité de trouver des choses qui pourraient constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime. L'argument se fonde sur l'extrait suivant du jugement de l'affaire *Southam* [à la page 167]:

La difficulté réside dans la stipulation d'une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Cet argument me semble tout simplement irréfutable. Le point est extrêmement subtil, mais la Cour n'aurait pu indiquer plus clairement qu'il ne suffit pas de croire que des éléments de preuve peuvent être découverts.

Les tribunaux de trois provinces ont déclaré invalide le paragraphe 111(1) de la *Loi sur les douanes* [S.C. 1986, chap. 1] dont le texte anglais (mais non pas la version française) était formulé de façon semblable (Voir *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (C.A.N.-B.); *Nima v. McInnes*, [1989] 2 W.W.R. 634 (C.S.C.-B.); *Canada v. Aquarius Computer* (1989), 2 T.C.T. 4531 (H.C. Ont.).

Même si en pratique la distinction peut être très mince entre une croyance raisonnable que des éléments de preuve peuvent être trouvés et une croyance raisonnable que des éléments de preuve seront trouvés, la Cour suprême a exprimé bien clairement que la seconde formule seulement satisfaisait aux critères de la Charte. Le texte de

Charter. The text of paragraph 231.3(3)(b) is inadequate and therefore inoperative.

#### Other Grounds

In conclusion and for completeness' sake, it is as well to mention three grounds argued by appellants' counsel upon which we did not call on the respondents.

The first of such grounds was based on subsection 231.3(5):

231.3 ...

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

Counsel contended that the broad wording of this text gave a virtually unfettered discretion to the seizing officer and thereby vitiated any warrant issued under section 231.3.

We did not agree.

In the first place, it seemed to us that subsection 231.3(5) was clearly severable from the rest of the section and could not have the effect contended for by counsel: at the very most, it could give rise to a declaration of invalidity of the subsection and of any seizure effected in purported compliance therewith.

Second and even more critical, this Court's judgment in *Solvent Petroleum, supra*, deals expressly with the same ground of attack and finds that subsection 231.3(5) "meets the test of reasonableness and therefore of validity". We were not persuaded that there was any good reason for us to revisit this finding.

Counsel's final two points dealt with the question of privilege: solicitor/client and accountant/client.

With regard to the solicitor/client privilege, the Trial Judge said [at pages 297-298]:

l'alinéa 231.3(3)(b) est insuffisant et par conséquent inopérant.

#### Les autres motifs

Il est préférable, pour avoir un aperçu complet du dossier, de mentionner en terminant trois motifs soulevés par l'avocat des appelants, auxquels nous n'avons pas demandé aux intimés de répondre.

Le premier de ces motifs était fondé sur le paragraphe 231.3(5):

231.3 ...

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

L'avocat prétend que le libellé vague de ce texte donne effectivement une discrétion absolue à la personne qui exécute la saisie, ce qui aurait pour effet de rendre invalide tout mandat décerné en vertu de l'article 231.3.

Nous n'étions pas d'accord.

D'abord, il semble que le paragraphe 231.3(5) est clairement dissociable du reste de l'article et qu'il ne peut pas avoir la portée qu'a voulu lui donner l'avocat. Tout au plus, pourrait-on demander l'invalidité de ce paragraphe ou d'une saisie effectuée en application de celui-ci.

En second lieu et de façon encore plus décisive, le jugement de cette Cour dans l'affaire *Solvent Petroleum*, ci-dessus, traite de ce même motif et il est statué que le paragraphe 231.3(5) «remplit les critères du caractère raisonnable et de la validité». Nous ne sommes pas persuadés qu'il existe pour nous des raisons valables de réexaminer cette conclusion.

Les deux derniers arguments de l'avocat traitent du secret professionnel, celui de l'avocat et celui du comptable.

À l'égard du secret professionnel de l'avocat, le juge de première instance a déclaré [aux pages 297 et 298]:

... there seems little doubt that appropriate execution procedures were, in fact, followed. The reports made to Mr. Justice Strayer pursuant to section 231.3 of the *Income Tax Act*, indicate that a lawyer was present when the search was made and that claims for privilege were made pursuant to section 232 of the *Income Tax Act*. The documents for which privilege was claimed, by the lawyer, were placed in an envelope and turned over to Regent Doré as custodian. An application for determination as to whether the documents were properly subject to solicitor-client privilege was filed in the Superior Court of Quebec. That application was subsequently withdrawn. In this regard see the Affidavit and Report to a Judge of Yvon Demers, dated October 30, 1986 (paragraphs 3(d) and 4) and the Affidavit and Report to a Judge of Gilles Thériault, dated June 2, 1987, both on file T-1798-86. In such circumstances it cannot seriously be thought that the warrants in question should be declared invalid. My understanding of Mr. Justice Lamer's statements in *Descôteaux* is that what is required is that the proper procedure is in fact followed. That the procedure was not set out on the face of the warrant is not itself determinative.

As far as the claim for accountant/client privilege is concerned, a claim based on a number of provisions of Quebec law, the Trial Judge said [at pages 292-293]:

Even if I accept that the law of Quebec provides for an accountant-client privilege in the context of litigation, I am not persuaded that such a rule has been adopted with respect to federal income tax litigation. If such a rule were intended to apply one would expect to find it expressly so provided in either the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] or the *Income Tax Act*.

and again [at pages 293-294]:

It is not at all strange that solicitor-client communications are privileged in so far as compellable evidence before the courts is concerned, while those between an accountant and client are not. The purpose of the solicitor-client privilege is to ensure free and uninhibited communications between a solicitor and his client so that the rendering of effective legal assistance can be given. This privilege preserves the basic right of individuals to prosecute actions and to prepare defences. As Mr. Justice Lamer indicated, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462 at page 883 S.C.R., the privilege is recognized because it is necessary for the proper administration of justice. I do not think there is an overriding policy consideration, of this nature, in the case of accountant-client communication. An accountant may, as a matter of professional ethics, be required to keep communications and other information concerning his or her client confidential. But this is not founded upon a need to ensure an effective system of the administration of justice.

... on ne semble guère douter du fait que des modalités appropriées ont été suivies. D'après les rapports présentés au juge Strayer conformément à l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un avocat était présent lorsque la perquisition a été faite et des demandes de privilège ont été faites conformément à l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les documents à l'égard desquels l'avocat a invoqué le privilège ont été placés sous enveloppe et remis à Regent Doré, comme gardien. Une demande en vue de déterminer si les documents ont dûment été soumis à la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat a été déposée devant la Cour supérieure du Québec. Cette demande a subséquemment été retirée. À cet égard, il y a lieu de consulter l'affidavit et le rapport au juge d'Yvon Demers en date du 30 octobre 1986 (paragraphes 3d) et 4) ainsi que l'affidavit et le rapport au juge de Gilles Thériault en date du 2 juin 1987, tous deux déposés dans le dossier T-1798-86. Dans ces circonstances, il n'y a pas de motif sérieux de déclarer les mandats en question invalides. D'après ce que j'ai compris en lisant les commentaires du juge Lamer dans l'affaire *Descôteaux*, ce qui est nécessaire, c'est que la procédure appropriée soit effectivement suivie. Le fait que la procédure elle-même n'a pas été énoncée sur le mandat ne permet pas en soi de trancher le litige.

Quant à l'argument du secret professionnel du comptable, fondé sur certaines dispositions du droit québécois, le juge déclare [aux pages 292 et 293]:

Même si je reconnais que le droit du Québec protège les communications entre le comptable et son client dans les litiges, je ne suis pas convaincu qu'une règle similaire ait été adoptée dans le cas des litiges concernant l'impôt sur le revenu fédéral. Si le législateur avait voulu que cette règle s'applique, celle-ci aurait été énoncée expressément dans la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), chap. C-5] ou dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

et encore [aux pages 293 et 294]:

Il est bien normal que le droit au secret professionnel de l'avocat existe en ce qui a trait à la preuve pouvant être exigée devant les tribunaux, tandis que ce droit n'existe pas pour le comptable. L'objet de ce droit est d'assurer des communications libres et dénuées de toute contrainte entre l'avocat et son client, de façon que celui-ci puisse recevoir une aide juridique efficace. Ce privilège préserve le droit fondamental qu'ont les particuliers de poursuivre et de préparer des contestations. Comme l'a dit le juge Lamer dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462, à la page 883 R.S.C., le privilège est reconnu parce qu'il est nécessaire pour assurer l'administration appropriée de la justice. Je ne crois pas qu'il existe un principe prépondérant de cette nature dans le cas de la communication entre le comptable et son client. Le comptable peut être tenu, conformément à une règle de déontologie, de préserver le secret des communications et autres renseignements concernant son client. Mais cette obligation ne résulte nullement de la nécessité d'assurer l'administration efficace de la justice.

We could see nothing to criticize in her treatment of either matter and accordingly did not require to hear from the respondents.

#### Conclusion

For all the foregoing reasons, I would allow the appeals, set aside the judgments of the Trial Division and substitute for them judgments quashing the search warrants and ordering the return of everything seized in virtue thereof; I would also give a declaration that section 231.3 of the *Income Tax Act* is of no force or effect because it is inconsistent with sections 7 and 8 of the Charter. I would give the appellants their costs both here and in the Trial Division, but one set of costs only.

PRATTE J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

Nous n'avions rien à dire sur la façon dont le juge a tranché ces deux questions et nous n'avons donc pas demandé à entendre les intimés.

#### Conclusion

<sup>a</sup> Pour les motifs mentionnés ci-dessus, j'accueillerais les appels, j'annulerais les jugements de la Section de première instance pour les remplacer par des jugements annulant les mandats de fouille et de perquisition et ordonnant la remise de tout ce qui a été saisi en vertu de ces mandats. Je déclarerais aussi que l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est invalide et inopérante parce qu'elle est incompatible avec les articles 7 et 8 de la Charte. J'adjugerais les dépens en faveur des appelants, tant dans cette instance que dans celle devant la Section de première instance, mais je n'accorderais les dépens que d'un seul mémoire de frais.

<sup>d</sup> LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris.