

William Bernard Herman, City Parking Canada Limited, The William Bernard Herman Trust, Musketeers Investments Limited, S.A., Columbus Holdings Limited, Columbus Development Corporation Limited, Dumas Investments Limited, S.A., and City Parking Holding Limited *Appellants*;

and

The Deputy Attorney General of Canada *Respondent*.

1978: May 3; 1978: October 3.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Jurisdiction of Federal Court — Authorization for entry, search and seizure approved by judge of a superior or a county court — Determination of solicitor-client privilege by judge of a superior or county court — Review by Federal Court of Appeal — Income Tax Act, ss. 231, 232 — Federal Court Act, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10, s. 28.

Section 231(4) permits the Minister of National Revenue, where he has reasonable and probable grounds to believe that a violation of the Act has been committed, and upon the approval of a judge of a superior or county court, to seize and take away documents and retain them until they are produced in any court proceedings. Section 232 contains lengthy provisions as to the procedure to be followed when the document to be seized is in the possession of a solicitor and the lawyer claims that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of that document. The Minister caused to be seized certain documents in the possession of a Toronto law firm which firm claimed solicitor-client privilege. In accordance with the s. 232 procedure the matter came before a judge of the Supreme Court of Ontario who ordered that six letters and seven memoranda be delivered to the lawyers and that four letters and four memoranda be delivered to an officer designated by the Deputy Minister of National Revenue, but only after an appeal or application for leave to appeal from or for judicial review of, the order, if any, be disposed of. Appellants brought a s. 28 application to the Federal Court of Appeal to review and set aside that part of the order declaring that certain documents were

William Bernard Herman, City Parking Canada Limited, la fiducie William Bernard Herman, Musketeers Investments Limited, S.A., Columbus Holdings Limited, Columbus Development Corporation Limited, Dumas Investments Limited, S.A., et City Parking Holding Limited *Appellants*;

et

Le sous-procureur général du Canada *Intimé*.

1978: 3 mai; 1978: 3 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Compétence de la Cour fédérale — Autorisation d'entrer, de chercher et de saisir approuvée par un juge d'une cour supérieure ou de comté — Décision d'un juge d'une cour supérieure ou de comté relativement au privilège des communications entre client et avocat — Examen par la Cour d'appel fédérale — Loi de l'impôt sur le revenu, art. 231, 232 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, 2^e supp., chap. 10, art. 28.

Aux termes du par. 231(4), le ministre du Revenu national, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la Loi a été commise, peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, faire saisir et emporter tout document et le retenir jusqu'à ce qu'il soit nécessaire de le produire en cour. L'article 232 contient de longues dispositions relatives à la procédure à suivre lorsque le document qu'on veut saisir est en la possession d'un avocat et que ce dernier prétend qu'un de ses clients, nommé désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne ce document. Le Ministre a fait saisir certains documents en la possession d'une étude d'avocats de Toronto qui a invoqué le privilège des communications entre client et avocat. Conformément à l'art. 232, l'affaire a été entendue par un juge de la Cour suprême de l'Ontario qui a ordonné que six lettres et sept notes soient remises aux avocats et que quatre lettres et quatre notes soient remises à un fonctionnaire désigné par le sous-ministre du Revenu national, mais seulement après qu'il soit statué sur un appel ou une demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel ou sollicitant l'examen judiciaire, le cas échéant, de l'ordonnance. Les appelants ont demandé à

not privileged. Appellants thereafter made an interlocutory application under Federal Court Rule 1402(2), to vary the contents of the 'case', so as to exclude the documents in respect of which privilege was claimed, on the basis that public access to the contents of the case would vitiate the claim to privilege. The motion was dismissed. The determinative issue on further appeal was whether the Federal Court of Appeal, on a s. 28 application, has the right to review and set aside the order of a judge of a superior court of one of the provinces made pursuant to s. 232 of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. *concurring in the result:* The time has come when the Courts should be relieved of the interpretative exercises often necessary to determine whether a statutory jurisdiction has been vested in a judge *qua* judge or as *persona designata*. The whole *persona designata* concept can be abandoned without either inconvenience or distortion of legal principles. The concept came from the Courts and can be modified or abolished by the courts. This Court should declare that whenever a statutory power is conferred upon a judge or officer of a Court, the power should be deemed exercisable in official capacity as representing the Court unless there is express provision to the contrary.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ.: A canvass of the Canadian authorities reveals a distinct need for a greater element of certainty in the application of the notion of *persona designata*. A judge does not become *persona designata* from the mere fact that he is administering a piece of federal legislation. As a rule one would expect that a judge enforces or applies legislation as an unexceptional function performed within his jurisdiction though from time to time a judge may be utilized outwith that jurisdiction for the purpose of giving effect to exceptional statutory tribunals or functions. *Prima facie* Parliament should be taken to intend a judge to act *qua* judge whenever by statute it grants powers to a judge. The test to be applied in considering whether a contrary intention, *i.e.* that the judge should act in the special capacity of *persona designata*, appears in the relevant statute is whether the judge is exercising a peculiar, and distinct, and exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to the tasks which he performs from day-to-day as a judge, and

la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'art. 28, l'examen et l'annulation de la partie de l'ordonnance énonçant que le privilège ne s'appliquait pas à certains documents. Cette demande a été suivie d'une requête interlocutoire en vue d'obtenir, aux termes de la règle 1402(2) de la Cour fédérale, une ordonnance ayant pour effet de modifier le contenu du «dossier» de façon à exclure les documents à l'égard desquels le privilège des communications entre client et avocat est allégué au motif que le fait que le public ait accès au contenu du dossier rend inopérant la demande de privilège. La requête a été rejetée. En appel, la question essentielle était de savoir si la Cour d'appel fédérale avait le droit, lors d'une demande présentée en vertu de l'art. 28, d'examiner et d'annuler une ordonnance rendue par un juge d'une cour supérieure d'une des provinces conformément à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin, dont les motifs sont au même effet: Il est temps de relever les tribunaux des exercices d'interprétation souvent nécessaires pour déterminer si une loi confère à un juge une compétence en sa qualité de juge ou à titre de *persona designata*. Tout le concept de *persona designata* peut être écarté sans inconvénient ni déformation des principes juridiques. Cette notion vient des tribunaux et peut être modifiée ou abolie par eux. Cette Cour devrait déclarer que quand un pouvoir est conféré par une loi à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour, ce dernier est censé exercer ce pouvoir en sa qualité officielle de représentant de la Cour, à moins de disposition expresse au contraire.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte: L'examen de la jurisprudence canadienne fait clairement ressortir la nécessité de dissiper l'incertitude qui entoure l'application de la notion de *persona designata*. Un juge n'est pas *persona designata* du seul fait qu'il applique une loi fédérale. En règle générale, on penserait que faire observer ou appliquer la législation fait partie des fonctions habituelles d'un juge agissant dans les limites de sa compétence ordinaire bien qu'à l'occasion on puisse lui demander d'agir en dehors de sa compétence habituelle, dans le cadre de tribunaux ou de fonctions exceptionnels prévus par une loi. A première vue, dès qu'une loi confère des pouvoirs à un juge, il faut considérer que l'intention du Parlement est que ce juge agisse à titre de juge. Le critère applicable pour déterminer si la loi pertinente fait ressortir une intention contraire, *c.-à-d.* que le juge doit agir à titre de *persona designata*, est de savoir si le juge exerce une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de

having nothing in common with the court of which he is a member.

Section 232 of the *Income Tax Act* requires a judge to decide the issue of solicitor-client privilege, an issue which can arise in any civil or criminal case and is a routine exercise of judicial power. There is nothing unusual or exceptional about it. Further as the definition of solicitor-client privilege in s. 232(1)(e) refers to the right, if any, which a person has in the superior court, in the province where the matter arises, to refuse to disclose an oral or documentary communication, the exercise of the s. 232 power involves an application of the provincial law.

[*Dep. A.G. (Can.) v. Brown*, [1965] S.C.R. 84; *Hynes v. Swartz; Re Architects Act*, [1938] 1 D.L.R. 29; *Canadian Northern Ontario Railway Company v. Smith* (1914), 50 S.C.R. 476; *Re The Sheffield Waterworks Act, 1864* (1865), 1 L.R. Ex. 54; *The Canadian Pacific Railway Company v. The Little Seminary of Ste-Thérèse* (1889), 16 S.C.R. 606; *St. Hilaire v. Lambert* (1909), 42 S.C.R. 264; *Godson v. The Corporation of the City of Toronto* (1890), 18 S.C.R. 36; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *R. v. Northumberland Ferries Ltd.*, [1945] S.C.R. 458; *Scott v. Vardy*, [1977] 1 S.C.R. 293 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an application to review and set aside an order of Boland J. made pursuant to s. 232 of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63 as amended. Appeal dismissed.

John Clow, for the appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., and *Geoffrey J. R. Dyer*, for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my brother Dickson that this appeal should be dismissed. What persuades me to add the observations that follow is my conviction that it is high time to relieve the Courts of the interpretative exercises that have been common in this country when they think that a decision has to be made whether a statutory jurisdiction has been vested in a Judge *qua* Judge or as *persona designata*. More than fifty years ago, D.M. Gordon, one of Canada's outstanding scholarly practitioners, wrote in the *Canadian Bar Review* (see (1927), 5 Can. Bar

ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la Cour dont il est membre.

L'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* demande au juge de décider s'il y a un privilège de communication entre client et avocat et cette question peut être soulevée dans toute affaire civile ou criminelle et relève des fonctions judiciaires courantes. Elle n'a rien d'habituel ni d'exceptionnel. Le privilège des communications entre client et avocat est défini à l'al. 232(1)e) comme le droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire; l'exercice de ce pouvoir nécessite l'application du droit provincial.

[Jurisprudence: *Sous-procureur général du Canada c. Brown*, [1965] R.C.S. 84; *Hynes v. Swartz; Re Architects Act*, [1938] 1 D.L.R. 29; *Canadian Northern Ontario Railway Company c. Smith* (1914), 50 R.C.S. 476; *Re The Sheffield Waterworks Act, 1864* (1865), 1 L.R. Ex. 54; *The Canadian Pacific Railway Company c. Le petit séminaire de Ste-Thérèse* (1889), 16 R.C.S. 606; *St. Hilaire c. Lambert* (1909), 42 R.C.S. 264; *Godson c. The Corporation of the City of Toronto* (1890), 18 R.C.S. 36; *Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *R. c. Northumberland Ferries Ltd.*, [1945] R.C.S. 458; *Scott c. Vardy*, [1977] 1 R.C.S. 293.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté une demande d'examen et d'annulation de l'ordonnance rendue par le juge Boland conformément à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications. Pourvoi rejeté.

John Clow, pour les appelants.

G. W. Ainslie, c.r. et *Geoffrey J. R. Dyer*, pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF—Je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Dickson que le présent pourvoi doit être rejeté. Ce qui m'amène à ajouter les observations suivantes est ma conviction qu'il est grand temps de relever les tribunaux des exercices d'interprétation qu'ils s'imposent couramment dans ce pays, lorsqu'ils estiment qu'il y a lieu de se demander si une loi confère à un juge une compétence en sa qualité de juge ou à titre de *persona designata*. Il y a plus de cinquante ans, D.M. Gordon, un des praticiens canadiens les plus éminents et érudits, a écrit dans la *Revue du Barreau*

Rev. 174, at p. 185) that "the whole *persona designata* conception could be scrapped without the slightest inconvenience or the least distortion of legal principles". I agree completely with this sentiment.

I find it odd (and Dickson J. has canvassed the authorities) that, although the concept of *persona designata* has been ignored in the United States, and has had little contemporary force in England where the concept originated, it seems to have a vigorous existence in Canada. The seminal case in England, seminal so far as Canadian acceptance was concerned, is *Re Sheffield Waterworks Act*¹ a case involving a private Act relating to claims against the Sheffield Waterworks Company for damages for its admitted negligence and to the determination of costs, in case of dispute, by a master of a superior court. The theory upon which the Court in that case acted, namely that the taxing master exercised an unusual function unrelated to his normal function and that his authority came from an Act of Parliament and was not part of his judicial authority, exhibits a primitive stage in judicial understanding of administrative law. Nowadays, the vesting of statutory functions in Courts or other tribunals is commonplace, and nothing of substance is added in trying to apply a distinction between ordinary curial duties of a Judge and statutory duties. I do not think, therefore, that *Hynes v. Swartz*², is any longer acceptable in drawing a distinction between powers exercisable by a Judge under *The Ontario Judicature Act* and powers vested in a Judge by another public Act, a regulatory statute respecting a profession.

Dickson J. referred in his reasons to two early cases in this Court which came to opposite conclusions on whether powers conferred by statute upon a Judge were his *qua* Judge or *qua persona designata*. I much prefer the reasoning in *Re Sproule*³ to that in *C.P.R. v. The Little Seminary of Ste.*

canadien (voir (1927), 5 R. du B. Can. 174, à la p. 185) que [TRADUCTION] «tout le concept de *persona designata* pourrait être écarté sans le moindre inconvénient ni la moindre déformation des principes juridiques». Je suis en complet accord avec ce point de vue.

Je trouve curieux (et le juge Dickson a étudié la jurisprudence) que le concept de *persona designata* soit encore florissant au Canada alors qu'il n'existe pas aux États-Unis et qu'en Angleterre, où il a pris naissance, il est peu appliqué de nos jours. L'arrêt clé en Angleterre, clé dans la mesure où il a été suivi au Canada, est *Re Sheffield Waterworks Act*¹. Il s'agissait d'une loi privée visant des actions en dommages-intérêts intentées contre la Sheffield Waterworks Company pour sa négligence admise et la fixation des dépens, en cas de litige, par un *master* d'une cour supérieure. La théorie retenue par la Cour dans cette affaire était que le *master* chargé de la taxation exerçait une fonction inhabituelle, sans rapport avec ses fonctions courantes, et qu'il tirait sa compétence d'une Loi du Parlement et non de sa compétence judiciaire. Cette théorie illustre que l'analyse judiciaire du droit administratif en était à ses débuts. De nos jours, il est courant qu'une loi attribue des fonctions particulières aux cours ou autres tribunaux et la distinction entre les devoirs ordinaires d'un juge et les devoirs conférés par la loi n'ajoute rien. J'estime donc que la distinction faite dans l'arrêt *Hynes v. Swartz*², entre les pouvoirs exercés par un juge en vertu de *The Ontario Judicature Act* et les pouvoirs conférés à un juge par une autre loi publique, une loi réglementant une profession, n'est plus acceptable.

Dans ses motifs, le juge Dickson a cité deux anciens arrêts où cette Cour est arrivée à des conclusions opposées sur la question de savoir si les pouvoirs conférés à un juge par une loi lui étaient accordés à titre de juge ou de *persona designata*. Je préfère nettement le raisonnement dans *Re*

¹ (1865), L.R. 1 Ex. 54.

² [1938] 1 D.L.R. 29.

³ (1886), 12 S.C.R. 140.

¹ (1865), L.R. 1 Ex. 54.

² [1938] 1 D.L.R. 29.

*Thérèse*⁴. I see no distinguishing point of principle in the fact that the former case dealt with powers under the then *Supreme and Exchequer Courts Act* and the latter dealt with powers under the *Railway Act*. The fact that a new type of jurisdiction is conferred by statute upon a Judge or upon a Court should not signal any need, by that fact, to consider whether the jurisdiction is exercisable only as *persona designata*.

The quality of justice rendered by a Judge does not depend on whether he acts as Judge or as *persona designata*. Where the distinction is made, it has been done for the purpose of reaching beyond the Judge's decision in order to consider its reviewability, either by straight appeal or by judicial review through the prerogative writs or their statutory replacement. If an appeal is provided, the need for the distinction is pointless; if it is not provided, review would still be open through the prerogative writs or their statutory substitute, and only in the case of a superior court Judge would the right of such review depend on holding that the function or power in question was exercised as *persona designata*.

The enactment of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 has simply added to the complication as to appeal or reviewability that persistence with *persona designata* has generated. A power of review is vested in the Federal Court of Appeal by s. 28 of the Act in respect of judicial or quasi-judicial decisions of a "federal board, commission or other tribunal", defined in s. 2(g) as covering persons or agencies exercising powers under an Act of the Parliament of Canada and not appointed under the law of a Province nor under s. 96 of the *British North America Act* (which provides for federal appointment of superior, district and county court Judges of provincial Courts). As a result of this provision, a fresh interpretative exercise is added where statutory powers are vested in a Judge of a provincial Court under federal legislation, namely, to decide whether the Judge is exercising those powers *qua* Judge (and so governed by

*Sproule*³ à celui tenu dans l'arrêt *C.P.R. c. Petit séminaire de Ste-Thérèse*⁴. Le fait que le premier arrêt traite des pouvoirs conférés par l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier* et le second par l'*Acte des chemins de fer* n'a, à mon avis, aucune incidence de principe. Le fait qu'une loi donne à un juge ou à une cour un nouveau type de compétence ne signifie pas pour autant qu'il faut se demander si la compétence peut être exercée uniquement à titre de *persona designata*.

La qualité de la justice rendue par un juge ne dépend pas de savoir s'il agit à titre de juge ou à titre de *persona designata*. Lorsque la distinction est faite, c'est pour aller au-delà de la décision du juge afin de déterminer si elle peut faire l'objet d'une révision par appel, ou par examen judiciaire au moyen des brefs de prérogative ou des recours prévus par la loi pour les remplacer. Si un appel est prévu, la distinction n'a aucune utilité; dans le cas contraire, un examen judiciaire est possible au moyen des brefs de prérogative ou des recours qui les remplacent et ce n'est que dans le cas d'un juge de cour supérieure que le droit à une telle révision dépend de la question de savoir si le juge a exercé la fonction ou le pouvoir en cause à titre de *persona designata*.

L'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, chap. 10, n'a fait qu'accroître la complexité du problème des appels ou du contrôle judiciaire engendrée par la persistance du concept de *persona designata*. L'article 28 de la Loi confère à la Cour d'appel fédérale le pouvoir d'examiner les décisions judiciaires ou quasi-judiciaires d'un «office, d'une commission ou d'un autre tribunal fédéral», expression qui désigne, selon l'al. 2g), une personne ou un organisme qui exerce des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada et qui n'est pas nommée en vertu de la loi d'une province ni en vertu de l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (qui traite de la nomination par le fédéral des juges des cours supérieures, de district et de comté dans les provinces). En conséquence, cette disposition amène de nouveaux problèmes d'interprétation lorsqu'une loi fédérale confère des pouvoirs à un juge d'une cour

⁴ (1889), 16 S.C.R. 606.

³ (1886), 12 R.C.S. 140.

⁴ (1889), 16 R.C.S. 606.

provincial appeal or review procedures) or as *persona designata*, and thus subject to the reviewing authority of the Federal Court of Appeal.

Two recent judgments of this Court give point to my call for abandoning the *persona designata* conception, at least where it turns on distinguishing statutory functions of a Judge as being curial or "normal" duties in some cases and non-curial in others. The two cases are *Commonwealth of Puerto Rico v. Humberto Pagan Hernandez*⁵ and *Scott v. Vardy*⁶. The four dissenting Judges in the *Hernandez* case, I being one of them, did not find it necessary, in the view taken by them, to consider the application of the *persona designata* doctrine, but it was considered in the majority reasons delivered by Pigeon J. The main issue in the *Hernandez* case, as viewed by the majority, was whether the decision of a county court Judge, discharging a person who had been apprehended on an extradition warrant, was reviewable by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*. This depended on whether the extradition Judge was a "federal board, commission or other tribunal" under s. 2(g) of the Act. Since, in this case, he was a s. 96 appointee was he not excluded by express words from the categories of "federal board, commission or other tribunal"?

Pigeon J. held, however, that an extradition Judge exercised his powers as *persona designata* and not as Judge, emphasizing the fact that the *Extradition Act*, now R.S.C. 1970, c. E-21 reposes its jurisdiction in extradition commissioners who are not Judges. The relevant provision of the Act is s. 9(1), reading as follows:

9. (1) All judges of the superior courts and of the county courts of a province, and all commissioners who are from time to time appointed for the purpose in a province by the Governor in Council, under the Great Seal, by virtue of this Part, are authorized to act judi-

provinciale, car il faut décider si le juge exerce ses pouvoirs à titre de juge (ils sont alors régis par les règles de procédure provinciales en matière d'appel ou de contrôle judiciaire) ou à titre de *persona designata*, auquel cas ils sont assujettis au pouvoir d'examen de la Cour d'appel fédérale.

Deux arrêts récents de cette Cour appuient mon invitation à abandonner le concept de *persona designata*, tout au moins lorsqu'il consiste à faire une distinction parmi les fonctions attribuées à un juge par la loi entre les devoirs prétoriaux ou «normaux» dans certains cas et ceux qui ne le sont pas dans d'autres. Ces deux arrêts sont: *Commonwealth de Puerto Rico c. Humberto Pagan Hernandez*⁵ et *Scott c. Vardy*⁶. Dans l'arrêt *Hernandez*, les quatre juges dissidents, dont moi-même, n'ont pas estimé nécessaire, compte tenu de leur opinion, d'examiner l'application de la doctrine de *persona designata*; mais elle a été étudiée dans les motifs de la majorité exposés par le juge Pigeon. Selon la majorité, le principal point en litige dans l'arrêt *Hernandez* était de savoir si la décision d'un juge de cour de comté d'élargir une personne frappée de mandat d'extradition pouvait être examinée par la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il fallait donc décider si le juge d'extradition est un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au sens de l'al. 2g) de la Loi. Puisqu'en l'espèce, il a été nommé en vertu de l'art. 96, n'est-il pas expressément exclu de la définition d'«office, commission ou autre tribunal fédéral»?

Cependant, le juge Pigeon a décidé qu'un juge d'extradition exerce ses pouvoirs à titre de *persona designata* et non à titre de juge, soulignant le fait qu'en vertu de la *Loi sur l'extradition*, maintenant S.R.C. 1970, chap. E-21, la compétence est exercée par des commissaires à l'extradition qui ne sont pas des juges. La disposition pertinente de la Loi est le par. 9(1) qui se lit ainsi:

9. (1) Tous les juges des cours supérieures et des cours de comtés d'une province, et tous les commissaires qui sont de temps à autre nommés à cette fin dans une province par le gouverneur en conseil sous le grand sceau, en vertu de la présente Partie, sont autorisés à

⁵ [1975] 1 S.C.R. 228.

⁶ [1977] 1 S.C.R. 293.

⁵ [1975] 1 R.C.S. 228.

⁶ [1977] 1 R.C.S. 293.

cially in extradition matters under this Part, within the province; and every such person has, for the purposes of this part, all the powers and jurisdiction of any judge or magistrate of the province.

It seems to me, and I say this with great respect to the majority decision in *Hernandez*, that s. 9 by its very words raises extradition commissioners into the ranks of Judges; and although they are not s. 96 Judges, provision for their appointment should not be taken to reduce the character of superior or county court Judges who are vested with jurisdiction under the *Extradition Act*. Prior to the enactment of the *Federal Court Act*, it was admittedly the case that extradition determinations were not reviewable either by appeal or otherwise save that *habeas corpus* lay to challenge a commitment for extradition. There is certainly incongruity in subjecting a superior court Judge of a Province to review of his decisions by the Federal Court of Appeal. If it is so with the *Extradition Act*, does it also become so with other federal Acts or are the Courts, and especially this Court, to become involved in an interpretative exercise to decide whether a Judge of a provincial superior Court is acting as Judge or as *persona designata*? This may mean review by the Federal Court if power is being exercised under a federal statute and appeal or no review if power is being exercised under a provincial statute. Far more rational, in my view, to let the provincial law operate in respect of appeal or review of judgments of Judges of provincial Courts.

Scott v. Vardy, *supra*, was also a decision under the *Extradition Act*. There one of the questions was whether the magistrate, a provincial appointee, who took depositions under the Act was, like the Judge in the *Hernandez* case, amenable to the reviewing authority of the Federal Court of Appeal as a *persona designata*. This Court, unanimously said no. I find it difficult to appreciate the differentiation of functions in the two cases leading to different results which put the higher judicial functionary under the Federal Court of Appeal supervision and left the magistrate to be controlled under provincial authority. I think that

agir judiciairement dans les affaires d'extradition, sous l'autorité de la présente Partie, dans la province; et chacune de ces personnes est revêtue, pour les fins de la présente Partie, de tous les pouvoirs et de la juridiction d'un juge ou magistrat de la province.

Avec égards pour l'opinion exprimée par la majorité dans *Hernandez*, je pense que les termes mêmes de l'art. 9 élèvent les commissaires à l'extradition au rang de juges; ce ne sont pas des juges nommés en vertu de l'art. 96, mais il ne faut pas en conclure pour autant que leur nomination peut changer le statut des juges de cour supérieure ou de comté qui sont investis d'une compétence par la *Loi sur l'extradition*. Il est admis qu'avant l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, il n'existait aucun recours contre les décisions en matière d'extradition par voie d'appel ou autrement, à l'exception de l'*habeas corpus* visant l'incarcération en vue de l'extradition. Il est certainement illogique de soumettre les décisions d'un juge d'une cour supérieure provinciale à l'examen de la Cour d'appel fédérale. S'il en est ainsi de la *Loi sur l'extradition*, n'en est-il pas de même pour les autres lois fédérales, ou faudra-t-il que les cours, et particulièrement la présente Cour, fassent des prouesses d'interprétation pour décider si un juge d'une cour supérieure provinciale agit à titre de juge ou de *persona designata*? Il peut y avoir lieu à examen par la Cour fédérale si les pouvoirs sont exercés en vertu d'une loi fédérale, et à un appel, sans examen, si le pouvoir est exercé en vertu d'une loi provinciale. A mon avis, il est bien plus rationnel que s'appliquent les lois provinciales relatives à l'appel ou à la révision des jugements des juges des cours provinciales.

L'arrêt *Scott c. Vardy*, précité, traite également de la *Loi sur l'extradition*. Dans cette affaire, il fallait décider notamment si le magistrat nommé par la province qui prenait des dépositions en vertu de la Loi, comme le juge dans l'affaire *Hernandez*, était assujéti au pouvoir d'examen de la Cour d'appel fédérale à titre de *persona designata*. Cette Cour a unanimement répondu par la négative. Il m'est difficile de comprendre la distinction qui est faite entre les fonctions dans ces deux arrêts pour aboutir à un résultat différent, de sorte que le plus haut fonctionnaire judiciaire est assujéti au pouvoir de surveillance de la Cour d'appel

a conception which leads to such results has outlived its day.

I suppose that a trial Judge of the Federal Court could also be found to be acting as *persona designata* under a federal statute. But what practical purpose would such a finding serve? His judgment *qua* Judge would be appealable and as *persona designata* would be broadly reviewable, having regard to the wide scope of s. 28. It seems to me that the present case, which includes such Judges in the designation of those empowered to exercise the powers conferred by s. 232 of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, points to the unlikelihood that trial Judges of the Federal Court would be exercising statutory functions in any other character than as a Judge of the Court.

In his article in the Canadian Bar Review, above mentioned, Mr. Gordon suggested an amendment to the federal and provincial *Interpretation Acts* to the following effect:

Whenever by any statute judicial or quasi-judicial powers are given to a judge or officer of any Court, in the absence of express provision to the contrary, such judge or officer shall be deemed to exercise such powers in his official capacity, and as representing the Court to which he is attached.

I endorse the principle he expresses, but I am of the opinion that it is open to this Court to lay down a similar rule without the aid of legislation. The concept of *persona designata* came from the Courts and it can be modified or abolished by the Courts. In my view, I think this Court should declare that whenever a statutory power is conferred upon a Judge or officer of a Court, the power should be deemed exercisable in official capacity as representing the Court unless there is express provision to the contrary.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte J.J. was delivered by

DICKSON J.—The threshold, and in my opinion determinative, issue in this appeal is whether the Federal Court of Appeal, on a s. 28 application, has the right to review and set aside an order of a

fédérale et le magistrat au pouvoir de contrôle provincial. J'estime qu'une notion qui conduit à de tels résultats a fait son temps.

Je suppose qu'un juge de la Division de première instance de la Cour fédérale pourrait également être considéré comme *persona designata* en vertu d'une loi fédérale. Quelle serait l'utilité d'une telle conclusion? Le jugement rendu à titre de juge pourrait faire l'objet d'un appel et celui rendu à titre de *persona designata* donnerait lieu à examen compte tenu de la portée générale de l'art. 28. Il me semble qu'en l'espèce, où l'on compte de tels juges parmi ceux qui peuvent exercer les pouvoirs conférés par l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications, il est improbable que les juges de première instance de la Cour fédérale exercent les pouvoirs conférés par la loi à un autre titre que celui de juge de la Cour.

Dans son article de la Revue du Barreau canadien, mentionné ci-dessus, M. Gordon propose l'amendement suivant aux lois d'interprétation fédérale et provinciales:

[TRADUCTION] Quand des pouvoirs judiciaires ou quasi-judiciaires sont accordés par une loi à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour, en l'absence de disposition expresse au contraire, ce juge ou fonctionnaire sera censé exercer ses pouvoirs en sa qualité officielle et représenter la cour dont il fait partie.

Je souscris au principe qu'il énonce, mais je suis d'avis que cette Cour peut établir une règle de ce genre sans le secours de la législation. La notion de *persona designata* vient des tribunaux et peut être modifiée ou abolie par eux. J'estime que cette Cour devrait déclarer que quand un pouvoir est conféré par une loi à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour, ce dernier est censé exercer ce pouvoir en sa qualité officielle de représentant de la cour, à moins de disposition expresse au contraire.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte a été rendu par

LE JUGE DICKSON—La question essentielle en l'espèce est la suivante: la Cour d'appel fédérale a-t-elle le droit, lors d'une demande présentée en vertu de l'art. 28, d'examiner et d'annuler une

judge of a superior court of one of the provinces made pursuant to s. 232 of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended. The point is narrow but of considerable importance as affecting the jurisdiction of the Federal Court.

The facts are these. Section 231(4) of the *Income Tax Act* permits the Minister of National Revenue, where he has reasonable and probable grounds to believe that a violation of the Act has been committed, and upon the approval of a judge of a superior or county court, to seize and take away documents and retain them until they are produced in any court proceedings. Section 232 of the Act contains lengthy provisions as to the procedure to be followed when the document to be seized is in the possession of a lawyer, and the lawyer claims that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of that document. The central provisions are subsections (4), (5) and (6), which read as follows:

(4) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (3), the client, or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within 14 days from the day the document was so placed in custody, apply, upon 3 days' notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day (not later than 21 days after the date of the order) and place for the determination of the question whether the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, and

(ii) requiring the custodian to produce the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on the Deputy Attorney General of Canada and the custodian within 6 days of the day on which it was made, and, within the same time, pay to the custodian the estimated expenses of transporting the document to and from the place of hearing and of safeguarding it; and

(c) if he has proceeded as authorized by paragraph (b), apply, at the appointed time and place, for an order determining the question.

(5) An application under paragraph (4)(c) shall be heard in camera, and on the application

ordonnance rendue par un juge d'une cour supérieure d'une des provinces conformément à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, et ses modifications? La question est étroite, mais la solution a une incidence importante sur la compétence de la Cour fédérale.

Voici les faits. Aux termes du par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu national, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la Loi a été commise, peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, faire saisir et emporter tout document et le retenir jusqu'à ce qu'il soit nécessaire de le produire en cour. L'article 232 de la Loi contient de longues dispositions relatives à la procédure à suivre lorsque le document qu'on veut saisir est en la possession d'un avocat et que ce dernier prétend qu'un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne ce document. Les principales dispositions sont les par. (4), (5) et (6), dont voici le texte:

(4) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (3), le client, ou l'avocat au nom de celui-ci, peut

a) dans un délai de 14 jours à compter de la date où le document a été ainsi placé sous garde, demander à un juge, moyennant un avis de requête de 3 jours adressé au sous-procureur général du Canada, de rendre une ordonnance

(i) fixant une date (au plus tard 21 jours après la date de l'ordonnance) et un lieu, où sera décidée la question de savoir si le client jouit du privilège des communications entre client et avocat quant au document, et

(ii) exigeant du gardien qu'il présente le document au juge à ces temps et lieu;

b) signifier une copie de l'ordonnance au sous-procureur général du Canada et au gardien dans les 6 jours de la date où elle a été rendue, et, dans le même délai, verser au gardien les dépenses estimatives pour le transport du document à destination et en provenance du lieu de l'audition et sa protection; et

c) s'il a procédé ainsi que l'alinéa b) l'autorise, demander, aux temps et lieu fixés, une ordonnance décidant la question.

(5) Une demande prévue à l'alinéa (4)c) doit être entendue à huis clos, et, sur la demande,

(a) the judge may, if he considers it necessary to determine the question, inspect the document and, if he does so, he shall ensure that it is repackaged and resealed; and

(b) the judge shall decide the matter summarily and,

(i) if he is of opinion that the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the custodian to deliver the document to the lawyer, and

(ii) if he is of opinion that the client does not have a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the custodian to deliver the document to the officer or some other person designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation,

and he shall, at the same time, deliver concise reasons in which he shall describe the nature of the document without divulging the details thereof.

(6) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (3) and a judge, on the application of the Attorney General of Canada, is satisfied that neither the client nor the lawyer has made an application under paragraph (4)(a), or, having made that application neither the client nor the lawyer has made an application under paragraph (c) thereof, he shall order the custodian to deliver the document to the officer or some other person by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation.

Section 232(1)(a) defines "judge" in these terms:

(a) "judge" means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court of Canada;

"Solicitor-client privilege" has also been defined, in s. 232(1)(e), as follows:

(e) "solicitor-client privilege" means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between him and his lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

a) le juge peut, s'il l'estime nécessaire pour trancher la question, examiner le document et, le cas échéant, il doit s'assurer que ce dernier est remballé et rescellé; et

b) le juge doit trancher la question de façon sommaire et,

(i) s'il est d'avis que le client jouit du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document, enjoindre au gardien de remettre le document à l'avocat, et,

(ii) s'il est d'avis que le client ne jouit pas du privilège des communications entre client et avocat en ce qui regarde le document, enjoindre au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt,

et il doit, en même temps, exposer dans des motifs concis la nature du document sans en révéler les détails.

(6) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (3), et qu'un juge, sur la demande du procureur général du Canada, est convaincu que ni le client ni l'avocat n'a fait une demande prévue à l'alinéa (4)a) ou, l'ayant présentée, ni le client ni l'avocat n'a fait celle que prévoit l'alinéa c) du même paragraphe, il doit enjoindre au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le sous-ministre du Revenu national pour l'impôt.

Le mot «juge» est défini en ces termes à l'al. 232(1)a):

a) «juge» désigne un juge d'une cour supérieure ayant juridiction dans la province où la question a pris naissance, ou un juge de la Cour fédérale du Canada;

On trouve également la définition de «privilège des communications entre client et avocat», à l'al. 232(1)e):

e) «privilège des communications entre client et avocat» signifie tout droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne doit pas être considéré comme une communication de cette nature.

Pursuant to the authority reposed in him by the Act, the Minister caused to be seized certain documents in the possession of the legal firm of Goodman and Carr, in the City of Toronto. That firm claimed solicitor-client privilege in respect of the documents and the procedure for resolving that issue, as prescribed by s. 232 of the *Income Tax Act*, was followed. The matter came before Madam Justice Boland, a judge of the Supreme Court of Ontario, who ordered that six letters and seven memoranda be delivered to the lawyers, and that four letters and four memoranda be delivered to an officer designated by the Deputy Minister of National Revenue for Taxation. The order of Madam Justice Boland contained a further provision that the documents not be delivered until an appeal or application for leave to appeal from, or for judicial review of, the order, if any, be disposed of, provided that such appeal or application be filed with the appropriate court within ten days of the date of the order.

The appellants thereafter made an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10, to review and set aside that part of the order in which Madam Justice Boland declared that certain documents seized by the Department were not privileged. That application was followed by an interlocutory application for an order, under Federal Court Rule 1402(2), to vary the contents of the "case" so as to exclude the documents in respect of which solicitor-client privilege was claimed. The grounds upon which the interlocutory motion was advanced were: that the documents constituted part of the "case" (Rule 1402(1)(b) and (d)); that public access may be had to the contents of a "case" (Rule 201(3)); that such access would vitiate the appellants' claim to privilege, and therefore the issues before the Court should be determined both on the contents of the "case" and the contents of the said documents.

The motion was dismissed, the Chief Justice delivering the reasons for judgment of the Federal Court of Appeal, and the present appeal followed.

In argument before the Federal Court of Appeal counsel agreed that the interlocutory application

Conformément au pouvoir que lui confère la Loi, le ministre a fait saisir certains documents en la possession de l'étude d'avocats Goodman et Carr de Toronto. Ces derniers ont invoqué le privilège des communications entre client et avocat relativement à ces documents, et suivi la procédure prévue dans un tel cas (art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*). L'affaire a été entendue par M^{me} le juge Boland, de la Cour suprême de l'Ontario, qui a ordonné que six lettres et sept notes soient remises aux avocats et que quatre lettres et quatre notes soient remises au fonctionnaire désigné par le sous-ministre du Revenu national (Impôt). L'ordonnance de M^{me} le juge Boland dispose également que les documents ne doivent pas être remis avant qu'il soit statué sur un appel ou une demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel ou sollicitant l'examen judiciaire, le cas échéant, de l'ordonnance, pourvu que cet appel, ou cette demande, soit déposé devant le tribunal compétent dans un délai de dix jours.

Les appelants ont alors demandé, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2^e Supp., chap. 10, l'examen et l'annulation de la partie de l'ordonnance par laquelle M^{me} le juge Boland a statué que le privilège ne s'applique pas à certains documents saisis par le Ministère. Cette demande a été suivie d'une requête interlocutoire en vue d'obtenir, aux termes de la règle 1402(2) de la Cour fédérale, une ordonnance ayant pour effet de modifier le contenu du «dossier» de façon à exclure les documents à l'égard desquels le privilège des communications entre client et avocat est allégué. La requête interlocutoire est fondée sur les moyens suivants: les documents font partie du «dossier» (règle 1402(1)(b) et (d)); le public a accès au contenu d'un «dossier» (règle 201(3)); cette accessibilité rend inopérante la demande de privilège des appelants; en conséquence, on demande à la Cour de se prononcer compte tenu du contenu du «dossier» ainsi que de la teneur des documents.

La requête a été rejetée en Cour d'appel fédérale pour les motifs exposés par le Juge en chef; d'où le présent pourvoi.

Dans leurs plaidoiries en Cour d'appel fédérale, les avocats ont convenu que la demande interlocu-

should be treated as a general application for an order for directions:

- (a) adding the documents in question to the "case" as constituted by Rule 1402(1), and
- (b) requiring that such documents be placed before the Federal Court of Appeal in some manner whereby they would not be available for examination except by that Court.

The Chief Justice was of the view that that part of Madam Justice Boland's order in which she directed that the documents "not be delivered" until some time in the future was not authorized by s. 232. It followed, therefore, in the opinion of the Chief Justice, that the continued custody of the Sheriff was of the same character as the custody of the Sheriff in *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*⁷.

With respect to the merits of the application, the Federal Court of Appeal held that even if it had the power to make an order that a certain part of the "case" should be sealed up, nevertheless, it would not be appropriate to make an order in the circumstances for the following reasons (per Jackett C.J.):

- (a) having regard to the reasoning of the Supreme Court of Canada in *The Deputy Attorney General of Canada v. Brown* dealing with section 232 when it was section 126A of the *Income Tax Act*, it would be entirely academic for the Court to set aside the decision or order that is under attack, and
- (b) assuming that the Court's jurisdiction under section 28 extends to reviewing the decision or order of a judge under section 232 of the *Income Tax Act* as to whether a particular document is subject to solicitor-client privilege, a matter concerning which I have doubt, such jurisdiction should not, in my view, be exercised in respect of an entirely academic matter any more than an appeal should be exercised once the order or decision attacked ceases to have any practical effect.

The judgment concludes:

If the Court cannot, on the section 28 application, review the order under attack from the point of view of

toire devait être considérée comme une demande générale de directives dans le but

- a) d'ajouter les documents en question au dossier, constitué comme le prévoit la règle 1402(1), et
- b) d'exiger que ces documents soient déposés à la Cour d'appel fédérale de telle manière que seule cette Cour puisse les examiner.

Le Juge en chef a exprimé l'avis que l'art. 232 n'autorise pas M^{me} le juge Boland à ordonner que les documents ne soient pas remis avant un certain temps. Il en a donc conclu que la garde continue du shérif était de même nature que la garde du shérif dans l'arrêt *Sous-procureur général du Canada c. Brown*⁷.

Quant au fond de la demande, la Cour d'appel fédérale a jugé que, même si elle avait le pouvoir d'ordonner qu'une partie du «dossier» soit scellée, il serait néanmoins inapproprié, dans les circonstances de l'espèce, de rendre pareille ordonnance aux motifs que (le juge en chef Jackett):

- a) compte tenu du raisonnement de la Cour suprême dans *Sous-procureur général du Canada c. Brown* qui examinait l'article 126A de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (qui est en substance le même que l'actuel article 232), une décision de la Cour, qui annulerait la décision ou l'ordonnance attaquée, n'aurait aucune portée pratique, et
- b) prenant pour acquis que la compétence donnée à la Cour par l'article 28 couvre l'examen de la décision ou ordonnance qu'un juge rend sous le régime de l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur la question de savoir si un document donné est couvert par le privilège des communications entre client et avocat, ce dont je doute, cette compétence, à mon avis, ne doit pas plus être exercée à l'égard d'une question purement théorique que ne doit l'être la compétence d'une cour d'appel d'entendre l'appel d'une ordonnance ou décision qui n'a plus aucun effet pratique.

En conclusion, la Cour d'appel fédérale déclare que:

Si la Cour ne peut, sur demande en vertu de l'article 28, examiner l'ordonnance attaquée du point de vue du

⁷ [1965] S.C.R. 84.

⁷ [1965] R.C.S. 84.

the availability of solicitor-client privilege with reference to particular documents, in my view, it is clear that there is, except possibly in exceptional circumstances that I do not perceive here, no point in adding such documents to the case as constituted by Rule 1402(1). I am, therefore, of the view that the interlocutory application should be dismissed.

It will be noted that the Chief Justice expressed doubt whether the jurisdiction of the Federal Court of Appeal, under s. 28, extends to reviewing the decision or order of a judge, under section 232 of the *Income Tax Act*, as to whether a particular document is subject to solicitor-client privilege. With respect, I share that doubt. For the reasons which follow, I have concluded that the jurisdiction of the Federal Court of Appeal does not extend to reviewing the decision or order of a federally-appointed provincial judge under s. 232 of the *Income Tax Act*.

Under s. 28(1) of the *Federal Court Act*, the Federal Court of Appeal has jurisdiction to review and set aside the order of Madam Justice Boland only if, in making the order, she was acting as a "federal board, commission or other tribunal." The definition of "federal board, commission or other tribunal," is found in s. 2(g), which, insofar as relevant, reads:

(g) "federal board, commission or other tribunal" means ... any person ... exercising ... jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada, *other than* ... any such person ... appointed ... under section 96 of *The British North America Act*, 1867. [emphasis added.]

Madam Justice Boland was appointed under s. 96 of *The British North America Act*, 1867.

From a reading of s. 2(g) of the Act one could readily draw the conclusion that it was the intention of Parliament that no decision of a federally-appointed judge of a provincial court would be subject to the review jurisdiction of the Federal Court of Appeal, nor subject to the jurisdiction of the Trial Division under s. 18, which is similarly

recours au privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne des documents particuliers, à mon avis, il est évident que, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles que je ne retrouve pas en l'espèce, il n'y a aucune utilité à ajouter ces documents au dossier constitué comme le prévoit la règle 1402(1). Je suis donc d'avis que la demande interlocutoire doit être rejetée.

On notera que le Juge en chef a exprimé un doute quant à la compétence de la Cour d'appel fédérale d'examiner, en vertu de l'art. 28, une décision ou une ordonnance rendue par un juge, aux termes de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sur la question de savoir si un document donné bénéficie du privilège des communications entre client et avocat. Avec égards, je partage ce doute. Je conclus, pour les motifs qui suivent, que la Cour d'appel fédérale n'a pas compétence pour examiner la décision ou l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par un juge provincial nommé par le fédéral.

Aux termes du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale n'aurait compétence pour examiner et annuler l'ordonnance de M^{me} le juge Boland que si, en la prononçant, elle avait statut d'«office, commission ou autre tribunal fédéral». L'expression «office, commission ou autre tribunal fédéral» est définie au par. 2g), dont la partie pertinente se lit ainsi:

g) «office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne ... une ... personne ... exerçant ... une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion ... des personnes nommées ... en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867; [Les italiques sont de moi.]

M^{me} le juge Boland a été nommée en vertu de l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867.

On peut facilement conclure, à la simple lecture du par. 2g) de la Loi, que le Parlement avait l'intention de soustraire les décisions d'un juge de cour provinciale nommé par le fédéral au contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale ainsi qu'à la compétence de la Division de première instance aux termes de l'art. 18 (dont l'application est aussi

restricted to any federal board, commission or other tribunal.

The appellants contend, however, that where a statute confers on a class of judges a special and peculiar jurisdiction, outside of and independent of their jurisdiction as members of the court, any member of that class who exercises the authority so given does so as *persona designata*. *Hynes v. Swartz; Re Architects Act*⁸ is cited in support of this proposition, as is *Canadian Northern Ontario Railway Company v. Smith*⁹. It is also urged that where a judge entertains an application under s. 232 of the *Income Tax Act*, he does so as *persona designata* and not as s. 96 judge. If so, the concluding words of s. 2(g) of the *Federal Court Act* would not exclude his decisions and orders from review by the Federal Court of Appeal.

The issue then is whether a judge making an order under s. 232 of the *Income Tax Act* is acting by virtue of his appointment as a judge, or as *persona designata*. When a person who is a judge is given powers under a particular statute to make a certain type of decision, it is a question of statutory interpretation whether he is acting *qua* judge, or merely by virtue of the power conferred on him by the particular statute. The line is sometimes difficult to draw in practice.

The concept of *persona designata* is somewhat of an anomaly. It appears to be unknown to American law. Its application in English law is largely as an aid in the construction of wills. The other limited application in England has been in respect of the taxation of costs. In the case of *Re The Sheffield Waterworks Act, 1864*¹⁰ an Act had been passed to provide for the assessment of compensation claimed against the Sheffield Waterworks Company for damage caused by the bursting of their reservoir. The Act constituted a body of commissioners for settling claims. It was provided that the commissioners might give a certifi-

restreinte à tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral).

Selon les appelants toutefois, lorsqu'une loi confère à une catégorie de juges une compétence spéciale et particulière, en sus et indépendamment de leur compétence habituelle en tant que juges d'une cour, tout membre de cette catégorie qui exerce ce pouvoir le fait à titre de *persona designata*. A l'appui de cette prétention, ils citent les arrêts *Hynes v. Swartz; Re Architects Act*⁸ et *Canadian Northern Ontario Railway Company c. Smith*⁹. Ils prétendent également que lorsqu'un juge traite d'une demande présentée en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il le fait en tant que *persona designata* et non en tant que juge nommé conformément à l'art. 96. Dans cette hypothèse, les derniers mots du par. 2g) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne soustrairaient pas ses décisions et ordonnances au pouvoir d'examen de la Cour d'appel fédérale.

La question est donc de savoir si un juge qui rend une ordonnance en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* agit à titre de juge ou de *persona designata*. Lorsque le pouvoir de rendre certaines décisions est conféré à un juge aux termes d'une loi donnée, la question de savoir s'il agit en sa qualité de juge ou simplement en vertu du pouvoir conféré par ladite loi est une question d'interprétation. En pratique, il est parfois difficile de faire la distinction.

Dans un certain sens, le concept de *persona designata* est une anomalie. Il semble inconnu en droit américain. En droit anglais, il sert principalement dans l'interprétation des testaments. En Angleterre, ce concept s'applique également, de façon restreinte, dans le domaine de la taxation des dépens. Dans l'affaire *Re The Sheffield Waterworks Act, 1864*¹⁰ une loi avait fixé les indemnités dues par la Sheffield Waterworks Company à la suite de dommages causés par l'explosion de son réservoir. La loi créait un corps de commissaires chargés de régler les réclamations. Il était prévu que les commissaires pouvaient délivrer

⁸ [1938] 1 D.L.R. 29 (Ont. C.A.).

⁹ (1914), 50 S.C.R. 476.

¹⁰ (1865), L.R. 1 Ex. 54.

⁸ [1938] 1 D.L.R. 29 (Ont. C.A.).

⁹ (1914), 50 R.C.S. 476.

¹⁰ (1865), L.R. 1 Ex. 54.

cate for costs and, in the case of difference, such costs could be "taxed and settled by a master of a superior Court of Law at Westminster." It was held that the taxing masters, under this provision, rather resembled appraisers called in by the parties to settle a claim, that the taxation of costs was incurred in a matter wholly outside the jurisdiction of the Exchequer Court, and there being no judgment or award of that court, there was no foundation for an appellate jurisdiction. The masters taxed as *personae designatae* and not as officers of the court, therefore the court had no jurisdiction to review their taxation.

"*Persona designata*" is defined in *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed.) as "a person pointed out or described as an individual, as opposed to a person ascertained as a member of a class, or as filling a particular character." The same definition is found in *Black's Law Dictionary* (4th ed. Rev.) and in *Osborn's Concise Law Dictionary* (3rd ed.). If this definition is applied, it is plain that Madam Justice Boland would not be regarded as *persona designata*, as she is not described in the *Income Tax Act* as an individual, but rather ascertained as a member of a class.

In Canada, the notion of *persona designata* not only fell on more fertile soil than in England and the United States, but it has been given also an application wider than, and different from, the law dictionary definition. There is apparent in the cases, if I may say so, a looseness of language and thought which has done nothing to assure certainty in the application of the *persona designata* construction. The following passage from an address delivered by Mr. D. M. Gordon, published in (1927), 5 Can. Bar Rev. 174, at p. 184, in my view, is as true today as in 1927:

I can feel little doubt that most men's verdict, after experience with the *persona designata* idea, is that however plausible it may be, it is little better than a trap for the unwary. While a few ways of determining the intentions of the Legislature are settled, the want of tests in any way conclusive creates deplorable uncertain-

un certificat pour les dépens et qu'en cas de désaccord, les dépens pouvaient être [TRADUCTION] «taxés et établis par un *master* d'une cour supérieure à Westminster». On a jugé que les *masters* chargés de la taxation pouvaient, aux termes de cette disposition, être assimilés à des évaluateurs auxquels les parties font appel pour régler une demande; que la taxation des dépens avait trait à une affaire sur laquelle la Cour de l'Échiquier n'avait aucune compétence; que, cette cour n'ayant rendu aucun jugement ni aucune décision, il n'y avait pas matière à appel. Les *masters* taxaient les dépens à titre de *personae designatae* et non en qualité d'officiers de la Cour; la Cour n'était donc pas fondée à examiner leur taxation.

Le *Jowitt's Dictionary of English Law* (2^e éd.) définit ainsi «*persona designata*»: [TRADUCTION] «une personne désignée ou décrite à titre individuel, par opposition à une personne caractérisée comme membre d'une catégorie ou remplissant une condition particulière.» On trouve la même définition dans le *Black's Law Dictionary* (4^e éd. Rev.) et dans le *Osborn's Concise Law Dictionary* (3^e éd.). Si l'on applique cette définition, il est évident que M^{me} le juge Boland n'est pas une *persona designata* puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* l'identifie comme membre d'une catégorie, mais non à titre individuel.

Au Canada, la notion de *persona designata* est non seulement tombée dans un sol plus fertile qu'en Angleterre et aux États-Unis, mais elle a aussi reçu une application différente, plus large que celle qui ressort des définitions des dictionnaires juridiques. Les arrêts font ressortir clairement, si je puis dire, une imprécision des termes et de la pensée qui n'a aucunement contribué à dissiper l'incertitude qui entoure l'interprétation de la notion de *persona designata*. L'extrait suivant, tiré d'une allocution prononcée par M. D. M. Gordon et publiée à (1927), 5 R. du B. Can. 174, à la p. 184, est, à mon avis, aussi pertinent aujourd'hui qu'en 1927:

[TRADUCTION] Sans trop risquer de me tromper, je dirai que la plupart de ceux qui ont été confrontés à la notion de *persona designata* ont conclu que, fondée ou non, elle était au mieux un piège pour l'imprudent. Bien qu'on ait établi certains moyens de déterminer l'intention du législateur, l'absence de critères probants crée

ty. And the limits to which principles now established will be extended is not yet realized. There are a hundred sections in our statutes, not yet construed which invite attempts to apply the *persona designata* construction, and in most cases it would puzzle Solomon to predict the view which will prevail. As a wrong guess will render all proceedings void, the hardship to litigants is obvious.

Let us now examine the leading authorities in an endeavour to determine whether Madam Justice Boland, hearing an application under s. 232 of the *Income Tax Act*, did so as a judge of the Supreme Court of Ontario, or merely as a person designated by the Act, *i.e.* "as a sort of statutory arbitrator."

The Canadian case of greatest influence in this branch of the law is *The Canadian Pacific Railway Company v. The Little Seminary of Ste. Thérèse*¹¹. A judge of the Superior Court of Quebec in Chambers had granted an order under the *Railway Act*, R.S.C. 1886, c. 109, for payment to the seminary of certain moneys deposited by the railway company as security for land taken for railway purposes. On appeal to this Court from a judgment of the Court of Queen's Bench for Lower Canada (Appeal Side), a jurisdictional question arose as to whether the proceeding was in the Superior Court, or was merely the act of the judge as one of the class of persons designated by the statute for a particular duty. In concluding that the judge acted as *persona designata*, and did not represent the court to which he was attached, Patterson J., who wrote the principal judgment, referred to one authority only, *Re The Sheffield Waterworks Act*, *supra*. He rested his conclusion upon two grounds (i) the functions assigned to "the judge" by the *Railway Act* (for example, the right to appoint a surveyor or an arbitrator and issue a warrant to give possession of land to the railway company) were functions "which from their nature and object must be intended to be exercised in a summary manner and not liable to the delay incident to the appeals from court to court," and (ii) the language of the statute which

une incertitude déplorable. Les limites des principes actuellement établis ne sont pas encore fixées. Des centaines d'articles de nos lois qui n'ont pas encore été interprétés sont une incitation à essayer d'appliquer la notion de *persona designata*. Dans la plupart des cas, même Solomon ne saurait en prédire l'issue. Puisqu'une mauvaise hypothèse de départ rendrait nulles toutes les procédures, les parties à un litige font face à un réel problème.

Examinons maintenant les arrêts fondamentaux en cette matière, pour déterminer si M^{me} le juge Boland a entendu la demande présentée en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en sa qualité de juge de la Cour suprême de l'Ontario, ou simplement en tant que personne désignée par la Loi, c'est-à-dire «comme une sorte d'arbitre légal».

L'arrêt canadien le plus important dans ce domaine du droit est *The Canadian Pacific Railway Company c. Petit séminaire de Ste-Thérèse*¹¹. Un juge en chambre de la Cour supérieure du Québec avait rendu, en vertu de l'*Acte des chemins de fer*, S.R.C. 1886, chap. 109, une ordonnance prévoyant la remise au séminaire de certaines sommes d'argent déposées par la compagnie de chemins de fer à titre de cautionnement pour des terrains expropriés aux fins du service de chemins de fer. En appel devant cette Cour du jugement de la Cour du banc de la Reine du Bas-Canada (Division d'appel), on a soulevé la question de compétence suivante: l'acte de procédure émanait-il de la Cour supérieure ou simplement d'un juge en sa qualité de membre d'une catégorie de personnes désignées par la loi pour accomplir une tâche donnée? Pour conclure que le juge agissait comme *persona designata* et non comme représentant de la Cour dont il était membre, le juge Patterson, qui a rédigé le jugement principal, n'a cité qu'un seul arrêt, *Re The Sheffield Waterworks Act*, précité. Sa conclusion se fondait sur deux motifs: (i) les fonctions imposées au «juge» par l'*Acte des chemins de fer* (par exemple, le pouvoir de nommer un arpenteur ou un arbitre et de délivrer un mandat pour mettre la compagnie de chemins de fer en possession de terrains) étaient des fonctions [TRADUCTION] «qui, par leur nature

¹¹ (1889), 16 S.C.R. 606.

¹¹ (1889), 16 R.C.S. 606.

assigned to "the court" certain duties connected with adjudicating upon questions of title, preserving throughout a distinction between "the judge" and "the court." Neither of these criteria has application in the case at bar. No distinction is drawn in s. 232 of the *Income Tax Act* between court and judge. Although s. 232(5)(b) speaks of the judge deciding the matter summarily, I do not think this aids in determining whether a judge acting under s. 232 is doing so *qua* judge or *qua persona designata*, since if the contentions of the appellants are accepted and it is held that Madam Justice Boland was *persona designata*, there would be available to the appellants a right of review by the Federal Court of Appeal. The finality which Mr. Justice Patterson associated with a decision of a *persona designata* no longer exists.

In *St. Hilaire v. Lambert*¹² a judge of the Supreme Court of Alberta in Chambers refused to cancel a liquor licence under the *Liquor Licence Act* of Alberta. An appeal from a judgment of the full court reversing this order was brought to this Court, but dismissed, the Chief Justice stating merely:

The majority of the Court are of opinion that this case comes within the principle decided in *The Canadian Pacific Railway Co. v. The Little Seminary of Ste. Thérèse*, and that we are without jurisdiction.

The motion to quash is granted, with costs which are taxed at fifty dollars.

The judgment adds nothing to the *Ste. Thérèse* case.

Canadian Northern Ontario Railway Company v. Smith, supra, is another "Railway Act" case which came before this Court. It arose out of the claim of a lessee to special notice, and special arbitration as to his compensation, following expropriation of land by the railway company. The Chief Justice, Sir Charles Fitzpatrick, considered

et leur objet, devaient être exercées de façon sommaire sans être assujetties aux retards causés par des appels subséquents», et (ii) le texte de la loi, qui impose à la «cour» certains devoirs liés au règlement des questions de propriété, et maintient tout au long la distinction entre «le juge» et «la cour». Aucun de ces critères ne s'applique en l'espèce. L'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne fait aucune distinction entre la cour et le juge. Même si l'al. 232(5)(b) dispose que le juge doit trancher la question de façon sommaire, je ne crois pas que cela nous soit utile pour décider si un juge agissant en vertu de l'art. 232 le fait en qualité de juge ou de *persona designata* car, si les moyens invoqués par les appelants sont fondés et si nous jugeons que M^{me} le juge Boland était une *persona designata*, les appelants pourraient alors se prévaloir d'un droit d'examen devant la Cour d'appel fédérale. Le caractère irrévocable que le juge Patterson attachait à la décision d'une *persona designata* n'existe plus.

Dans l'affaire *St. Hilaire c. Lambert*¹², un juge en chambre de la Cour suprême de l'Alberta avait refusé d'annuler un permis accordé en vertu de la *Liquor Licence Act* de l'Alberta. La Cour suprême de l'Alberta siégeant au complet a infirmé cette ordonnance et cette Cour fut saisie d'un pourvoi contre cette décision. Le Juge en chef a rejeté le pourvoi par ces quelques mots:

[TRADUCTION] La Cour, à la majorité, est d'avis que cette affaire tombe sous le coup du principe énoncé dans *The Canadian Pacific Railway Co. c. Petit séminaire de Ste-Thérèse*; la Cour n'est donc pas compétente pour en juger.

La requête en annulation est accueillie avec dépens, taxés à cinquante dollars.

Ce jugement n'ajoute rien à l'arrêt *Ste-Thérèse*.

L'arrêt *Canadian Northern Ontario Railway Company c. Smith*, précité, est sorti d'une autre affaire touchant l'«Acte des chemins de fer» qui est venue devant cette Cour. Elle a pris naissance dans la demande d'un locataire qui réclamait un avis et un arbitrage spéciaux relativement à son indemnisation pour l'expropriation de terrains par la com-

¹² (1909), 42 S.C.R. 264.

¹² (1909), 42 R.C.S. 264.

that the case came within the rule in *The Canadian Pacific Railway Company v. Little Seminary of Ste. Thérèse*, *supra*. He said, p. 479:

Here the judge to whom the application was made under the Dominion "Railway Act" was, it is true, a judge of the Superior Court of the Province, but for the purposes of that application his jurisdiction was "special and peculiar, distinct from, and independent of any power or authority with which he is clothed as a judge of that court." The Act conferring jurisdiction upon him provides all necessary materials for the full and complete exercise of such jurisdiction in a very special manner, wholly independent of, and distinct from, and at variance with, the jurisdiction and procedure of the court to which he belongs (sections 194, 195, 196, 197 *et seq.* "Railway Act").

If the foregoing criteria be applied, it is difficult to conceive that Madam Justice Boland, acting under s. 232 of the *Income Tax Act*, would qualify as *persona designata*.

Mr. Justice Duff in the same case said, p. 480:

The jurisdiction created by section 196 of the "Railway Act" is not, I think, a jurisdiction given to the Superior Court or County Court as the case may be, but to the judge or judges of those courts. In other words, when acting under that section the judge does not exercise the powers of the court as such but the special powers given by the Act.

In *Godson v. The Corporation of the City of Toronto*¹³, the council of the City of Toronto, pursuant to *The Municipal Act*, R.S.O. 1887, c. 184, passed a resolution directing a county court judge to inquire into dealings between the City and persons who were, or had been, contractors for civic works, and to ascertain if the City had been defrauded out of public moneys in connection with the contracts. A majority of this Court held that the proceeding before the county court judge was in no sense a judicial proceeding. The object of the inquiry was simply to obtain information for the council. The county judge was in no way acting judicially; he was in no sense a court; he had no

pagnie de chemins de fer. Le juge en chef, sir Charles Fitzpatrick, a statué que l'affaire tombait sous le coup de la règle énoncée dans *The Canadian Pacific Railway Company c. Petit séminaire de Ste-Thérèse*, précité. Il dit (à la p. 479):

[TRADUCTION] En l'espèce, le juge saisi de la demande en vertu de l'«Acte des chemins de fer» du Dominion était, il est vrai, juge de la Cour supérieure de la province mais, aux fins de cette demande, sa compétence était «spéciale et particulière, différente et indépendante de tout pouvoir ou autorité dont il est investi en tant que juge de cette Cour». La Loi qui lui confère cette compétence lui donne tous les moyens nécessaires pour son exercice plein et entier et il s'en acquitte de façon spéciale, indépendamment, différemment et distinctement de la compétence et de la procédure de la Cour dont il est membre (art. 194, 195, 196, 197 et suivants, «Acte des chemins de fer»).

Si ces critères s'appliquent ici, il est difficile de voir comment M^{me} le juge Boland pourrait être qualifiée de *persona designata* dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans le même arrêt, le juge Duff dit (à la p. 480):

[TRADUCTION] La compétence créée par l'article 196 de l'«Acte des chemins de fer» n'est pas, à mon avis, conférée à la Cour supérieure ni à la Cour de comté, selon le cas, mais au juge ou aux juges de ces cours. En d'autres termes, lorsque le juge applique cet article, il n'exerce pas les pouvoirs de la cour comme telle mais les pouvoirs spéciaux conférés par la Loi.

Dans l'affaire *Godson c. The Corporation of the City of Toronto*¹³ le conseil de la ville de Toronto, conformément à *The Municipal Corporation Act*, R.S.O. 1887, chap. 184, avait adopté une résolution enjoignant à un juge de la Cour de comté de faire enquête sur des transactions effectuées entre la Ville et des personnes qui étaient, ou avaient été, des entrepreneurs en travaux municipaux, et de vérifier si la Ville avait été escroquée de deniers publics à la suite de ces contrats. Cette Cour a jugé, à la majorité, que les procédures soumises au juge de la Cour de comté ne constituaient aucune-ment des procédures judiciaires. L'enquête avait simplement pour but de fournir des renseigne-

¹³ (1890), 18 S.C.R. 36.

¹³ (1890), 18 R.C.S. 36.

powers of pronouncing any judgment, decree, or order. That being the case, he was not subject to control by writ from a superior court. There is a marked difference between the situation in which a named judge inquires into alleged fraud, in which case the judge may well be regarded as *persona designata*, indeed, within the dictionary definition, and the situation where, as here, provision is made for an application "to a judge" to decide whether a client has a solicitor-client privilege in respect of a seized document.

In the recent case of *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*¹⁴, the question arose whether a county court judge acting as an extradition commissioner was excluded, because of his appointment under s. 96 of the *B.N.A. Act, 1867*, from the definition of "federal board, commission or other tribunal." Speaking for a majority of the Court, Mr. Justice Pigeon said, p. 238:

In my view, the exclusion applies to such appointees when they are acting as such, that is when exercising the jurisdiction of a county court judge. This is not the case under the *Extradition Act*. When the powers of an extradition commissioner are exercised by a county court judge, he is acting as *persona designata*, that is a person deriving his authority, not from his appointment, but from a special act of Parliament.

The criteria defining the situation of a judge acting as *persona designata* were considered in numerous cases, including *C.P.R. v. Little Seminary of Ste. Thérèse* (1889), 16 S.C.R. 606; *Godson v. The City of Toronto* (1890), 18 S.C.R. 36; *St. Hilaire v. Lambert* (1909), 42, S.C.R. 264; *Canadian Northern Ontario Railway Co. v. Smith* (1914), 50 S.C.R. 476; *Plante v. Forest*, [1936] 61 Que. K.B. 8, and *Hynes v. Swartz*, [1938] 1 D.L.R. 29. It is a well-established distinction and under the *Extradition Act* it is especially clear that a judge acts as *persona designata* because the same powers may be exercised by Commissioners who are not judges.

The judgment in *Hernandez* establishes that the right of judicial review contained in s. 28 of the

¹⁴ [1975] 1 S.C.R. 228.

ments au conseil. Le juge de la Cour de comté n'agissait pas de façon judiciaire; il ne constituait pas une cour; il n'avait pas le pouvoir de prononcer un jugement ou de rendre une ordonnance. Ainsi, il n'était pas soumis au contrôle judiciaire d'une cour supérieure par voie de bref. Il y a une différence sensible entre le cas où un juge désigné nommément fait enquête sur une fraude présumée, et peut être considéré comme *persona designata* au sens de la définition du dictionnaire, et le cas où, comme en l'espèce, une disposition prévoit la présentation d'une requête «à un juge» afin qu'il décide si un client jouit du privilège des communications entre client et avocat à l'égard d'un document saisi.

Dans l'affaire récente *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*¹⁴, il s'agissait de savoir si un juge de Cour de comté agissant comme commissaire d'extradition était exclu, en raison de sa nomination en vertu de l'art. 96 de l'*A.A.N.B., 1867*, de la définition d'«office, commission ou autre tribunal fédéral». Parlant au nom de la majorité de la Cour, le juge Pigeon dit (à la p. 238):

A mon avis, l'exclusion s'applique à des personnes ainsi nommées quand elles agissent à ce titre, c'est-à-dire quand elles exercent la compétence d'un juge de cour de comté. Ce n'est pas le cas en vertu de la *Loi sur l'extradition*. Lorsque les pouvoirs d'un commissaire à l'extradition sont exercés par un juge de cour de comté, il agit à titre de *persona designata*, c'est-à-dire comme personne qui tire ses pouvoirs non pas de sa nomination mais d'une loi spéciale du Parlement.

Les critères qui définissent la situation d'un juge agissant à titre de *persona designata* ont été étudiés dans de nombreuses affaires, y compris *C.P.R. c. Petit séminaire de Ste-Thérèse* (1889), 16 R.C.S. 606; *Godson c. The City of Toronto* (1890), 18 R.C.S. 36; *St. Hilaire c. Lambert* (1909), 42 R.C.S. 264; *Canadian Northern Ontario Railway c. Smith* (1914), 50 R.C.S. 476; *Plante c. Forest* [1936] 61 B.R. 8; *Hynes v. Swartz*, [1938] 1 D.L.R. 29. La distinction est bien établie et, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, il est particulièrement clair qu'un juge y agit à titre de *persona designata* parce que les mêmes pouvoirs peuvent être exercés par un commissaire qui n'est pas juge.

L'arrêt *Hernandez* établit l'existence d'un contrôle judiciaire aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur la*

¹⁴ [1975] 1 R.C.S. 228.

Federal Court Act is available in respect of a judge acting as *persona designata* under a federal statute, and the likelihood of being found to be so acting is enhanced if the powers exercised are exercisable also by those who are not judges. The question in each will be whether the judge was acting *persona designata*. The quoted passage directs attention to whether, when the powers in question are exercised, the judge derives his authority from a special act of Parliament, or from his appointment as judge.

A review of the judgments of this Court on the subject under discussion would not be complete without reference to two other cases. In *Re Sproule*¹⁵, section 51 of the *Supreme and Exchequer Courts Act*, 1875 (Can.), c. 11, empowering a judge of the Supreme Court of Canada to issue the writ of *habeas corpus ad subjiciendum* fell to be considered. It was held that, although the power came from the federal statute, it was not a jurisdiction conferred on the judge outside of and independent of the court. The exercise of the power was subject to the Court's inherent power of review unless the contrary appeared. In *The King v. Northumberland Ferries Ltd.*¹⁶ the Minister of Justice, under the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, had referred to the Exchequer Court a claim for compensation in respect of two ships. The Crown appealed to this Court against the award. It was argued that the Exchequer Court was *curia designata* and, no appeal being provided by the *War Measures Act*, there was no right of appeal. The contention was rejected. Chief Justice Rinfret had this to say, p. 466:

When all is said and considered, the question of whether a court or judge indicated in a statute is intended as a *persona designata* depends upon the construction to be given to the statute wherein the said court or judge is indicated; and, in the present instance, there is a strong presumption that Parliament meant the appointed court or judge to act in its judicial capacity.

It is to be noticed that the statute giving the authority or jurisdiction to each of the courts enumerated in section 7 or to a judge thereof, does not purport to grant or to give special and independent powers either to the court or to the judge to whom the reference is made. It

Cour fédérale quand un juge agit à titre de *persona designata*; on conclura plus aisément qu'il agit à ce titre si les pouvoirs exercés peuvent l'être également par d'autres que des juges. Dans chaque cas, il faut d'abord décider si le juge agit à titre de *persona designata*. Le passage cité attire l'attention sur la question de savoir si, lorsque les pouvoirs en cause sont exercés, le juge est investi de sa compétence par une loi spéciale du Parlement ou par sa nomination comme juge.

L'examen des jugements de cette Cour sur le sujet en litige ne serait pas complet sans le renvoi à deux autres arrêts. Dans *Re Sproule*¹⁵, l'art. 51 de l'*Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, 1875 (Can.), c. 11, qui permettait à un juge de la Cour suprême du Canada de délivrer un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* a été examiné. On a jugé que, même si le juge tirait son pouvoir d'une loi fédérale, la compétence qui lui était accordée ne l'était pas en dehors et indépendamment de celle de la Cour. L'exercice de ce pouvoir était assujéti au droit d'examen de la Cour, à moins de disposition contraire. Dans *Le Roi c. Northumberland Ferries Ltd.*¹⁶ le ministre de la Justice, aux termes de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, chap. 206, avait soumis à la Cour de l'Échiquier une demande d'indemnité relative à deux navires. La Couronne a porté la décision en appel devant cette Cour. On a allégué que la Cour de l'Échiquier était *curia designata* et qu'il n'y avait aucun droit d'appel, puisque la *Loi des mesures de guerre* ne le prévoyait pas. Ce moyen a été rejeté. Le juge en chef Rinfret dit (à la p. 466):

[TRADUCTION] Tout bien considéré, la question de savoir si une cour ou un juge désigné dans une loi doit être considéré comme *persona designata* dépend de l'interprétation de la loi qui désigne cette cour ou ce juge; en l'espèce, il y a tout lieu de croire que le Parlement entendait que la cour ou le juge nommé agisse en vertu de son autorité judiciaire.

Il faut noter que la loi qui accorde le pouvoir ou la compétence à chacune des cours énumérées à l'article 7 ou à un juge qui en est membre, n'a pas pour objet d'accorder ou de donner des pouvoirs spéciaux et indépendants à la cour ou au juge en question. Elle

¹⁵ (1886), 12 S.C.R. 140.

¹⁶ [1945] S.C.R. 458.

¹⁵ (1886), 12 R.C.S. 140.

¹⁶ [1945] R.C.S. 458.

says that the Minister of Justice should refer the matter of compensation to the court or to a judge thereof, without more.

When once the reference is made, the court or the judge is to deal with the matter in the ordinary way and according to the powers vested in it by the general Act and the inherent powers which it already possesses. Indeed, if the court or judge chosen by the Minister of Justice were not to resort to the powers vested in them by the general Act and in the ordinary way, it would seem that the exercise of its jurisdiction would be practically unworkable.

A canvass of the Canadian authorities reveals a distinct need for a greater element of certainty in the application of the notion of *persona designata*. Hundreds of federal laws are administered daily by federally-appointed judges of provincial courts. Yet a judge cannot become *persona designata* from the mere fact that he is administering a piece of federal legislation. As a rule, one would expect that a judge enforces or applies legislation as an unexceptional function performed within his ordinary jurisdiction. From time to time, however, a judge may be utilized outside that jurisdiction for the purpose of giving effect to exceptional statutory tribunals or functions.

Prima facie, Parliament should be taken to intend a judge to act *qua* judge whenever by statute it grants powers to a judge. He who alleges that a judge is acting in the special capacity of *persona designata* must find in the specific legislation provisions which clearly evidence a contrary intention on the part of Parliament. The test to be applied in considering whether such a contrary intention appears in the relevant statute can be cast in the form of a question: is the judge exercising a peculiar, and distinct, and exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to the tasks which he performs from day-to-day as a judge, and having nothing in common with the court of which he is a member?

In the present instance, I think that Parliament intended a judge deciding the issue of privilege, pursuant to s. 232 of the *Income Tax Act*, to act in his or her capacity as a judge. An issue of solicitor-client privilege can arise in any civil or criminal

prévoit que le ministre de la Justice doit soumettre la question de l'indemnisation à la cour ou à l'un de ses juges, sans plus.

Une fois la question soumise, la cour ou le juge doit la trancher de la façon habituelle et conformément aux pouvoirs que lui accorde la loi générale et aux pouvoirs inhérents qu'il possède déjà. En fait, si la cour ou le juge choisi par le ministre de la Justice ne pouvait avoir recours aux pouvoirs que lui accorde la loi générale et à ses pouvoirs habituels, il lui serait pratiquement impossible d'exercer sa compétence.

L'examen de la jurisprudence canadienne fait ressortir le besoin évident d'une plus grande certitude dans l'application de la notion de *persona designata*. Des juges de cours provinciales nommés par le fédéral doivent chaque jour appliquer des centaines de lois fédérales. Pourtant, un juge n'est pas *persona designata* du seul fait qu'il applique une loi fédérale. En règle générale, on penserait que faire observer ou appliquer la législation fait partie des fonctions habituelles d'un juge agissant dans les limites de sa compétence ordinaire. Mais on peut lui demander, à l'occasion, d'agir en dehors de sa compétence habituelle, dans le cadre de tribunaux ou de fonctions exceptionnels prévus par une loi.

A première vue, dès qu'une loi confère des pouvoirs à un juge, il faut considérer que l'intention du Parlement est que ce juge agisse à titre de juge. Celui qui prétend qu'un juge agit à titre de *persona designata* doit trouver dans la loi particulière des dispositions qui prouvent clairement une intention contraire du Parlement. Le critère applicable pour déterminer si la loi pertinente fait ressortir une intention contraire peut se formuler comme une question: le juge exerce-t-il une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la cour dont il est membre?

En l'espèce, je suis d'avis que le Parlement entendait que le juge qui tranche la question du privilège prévu à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* le fasse en sa qualité de juge. La question du privilège des communications entre client et

case. There is nothing unusual or exceptional about that. It is a routine exercise of inherent judicial power. The definition of solicitor-client privilege (s. 232 (1)(e)) refers to the right, if any, which a person has in the superior court, in the province where the matter arises, to refuse to disclose an oral or documentary communication. The subject matter is not purely factual. The exercise of the power involves an application of the provincial law.

Section 232 does not set up a separate tribunal, or commission, or board. It does not assign special machinery or materials. The procedure followed in the instant case (*i.e.* the notice of motion, hearing and order) were in accordance with the normal practice of the Supreme Court of Ontario. The order is entitled in that court. The court registry was used. Madam Justice Boland was not following some unusual course to which the machinery of the court was not adapted.

Section 232 merely asks the judge to inspect certain documents and decide whether, according to the law of the province, privilege attaches. It is difficult to conceive of a more typical, or more commonplace, judicial function. The judge does not exercise any special and peculiar jurisdiction outside of, and independent of, any authority with which he or she is clothed as a judge of the court.

Additionally, there are at least three internal pieces of evidence which negate *persona designata*: (1) s. 232(8) authorizes subsequent applications to another judge where the judge to whom an application has been made cannot act or continue to act; (ii) s. 232(9) provides that no costs be awarded, an unnecessary provision if the judge is acting as *persona designata*, for at common law a person so acting was powerless to award costs; (iii) s. 232(14) speaks of the client being afforded an opportunity of waiving the claim of privilege before the matter comes on to be decided by a judge "or other tribunal."

I conclude that a judge entertaining an application under and exercising authority given by s. 232 of the *Income Tax Act* does so in his judicial

avocat peut être soulevée dans toute affaire civile ou criminelle. Elle n'a rien d'inhabituel ni d'exceptionnel et elle relève des fonctions judiciaires courantes. Le privilège des communications entre client et avocat est défini à l'al. 232(1)e) comme le droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire. Il ne s'agit pas d'une simple question de fait. L'exercice de ce pouvoir nécessite l'application du droit provincial.

L'article 232 ne crée pas un tribunal, une commission ou un office distinct. Il ne prévoit aucune procédure ou documentation spéciale. La procédure suivie en l'espèce (avis de requête, audience et ordonnance) est conforme à la pratique habituelle de la Cour suprême de l'Ontario, qui peut rendre pareille ordonnance. On a utilisé le greffe de la Cour. M^{me} le juge Boland n'a pas suivi une procédure inhabituelle à laquelle les mécanismes de la Cour ne sont pas adaptés.

L'article 232 demande simplement au juge d'examiner certains documents et de décider si, aux termes du droit provincial, ils bénéficient du privilège. Il est difficile de concevoir une fonction judiciaire plus typique ou plus banale. Le juge n'exerce aucune compétence spéciale ou particulière, en sus et indépendamment des pouvoirs dont il est investi en tant que juge de la cour.

En outre, trois éléments de preuve au moins viennent contredire la motion de *persona designata*: (i) le par. 232(8) permet d'adresser des demandes subséquentes à un autre juge lorsque celui à qui l'on a fait une demande ne peut agir ou continuer d'agir; (ii) le par. 232(9) prévoit qu'il ne peut être accordé de frais, disposition qui n'est pas nécessaire si le juge agit en qualité de *persona designata*, puisqu'à ce titre il ne pourrait pas en accorder en *common law*; (iii) le par. 232(14) parle de donner au client l'occasion de renoncer à sa réclamation de privilège avant que la question ne soit soumise à la décision d'un juge «ou autre tribunal».

Je conclus qu'un juge qui entend une demande présentée en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et exerce le pouvoir conféré

capacity. He therefore falls within the exception to s. 2(g) of the *Federal Court Act*, and his decision or order is not subject to review by the Federal Court of Appeal under s. 28 of that Act. Accordingly, the present appeal must fail. Such result, in my view, is not in conflict with the views expressed in this Court in *The Deputy Attorney General of Canada v. Brown, supra*. In that case, an officer of the Department of National Revenue attended at the office of Brown, a barrister and solicitor, in the course of a "spot check" of lawyers' records, and asked him for permission to examine his trust account books and records. Brown refused permission. He contended that his clients had a solicitor and client privilege in respect of the books and records. The documents were seized and delivered into the custody of the sheriff of the County of Vancouver. Brown then applied pursuant to s. 126A (now s. 232) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. The matter came on for hearing before Sullivan J. who held that a solicitor and client privilege existed in respect of the documents in question and ordered that the sealed package of documents be delivered to Brown forthwith: (1962), 62 D.T.C. 1331 (B.C.S.C.). On appeal, a majority of the Court of Appeal for British Columbia held that in hearing the application, Sullivan J. was acting as *persona designata*, and there being no statutory provision for appeal from his decision, the Court of Appeal did not have jurisdiction to entertain the appeal: (1964), 64 D.T.C. 5107. The Deputy Attorney General made two applications to this Court for leave to appeal, the first from the decision of Sullivan J. as being a decision of the "highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed" within the wording of s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1952, c. 259, and the second from the decision of the Court of Appeal of British Columbia that it did not have jurisdiction to hear an appeal from an order of Sullivan J. Both applications were dismissed. As to the second application, Martland J. who delivered the judgment of the Court said, at p. 87:

par cet article le fait à titre de juge. Il tombe sous le coup de l'exception prévue au par. 2g) de la *Loi sur la Cour fédérale* et sa décision ou ordonnance n'est pas sujette à un examen de la Cour d'appel fédérale aux termes de l'art. 28 de cette loi. En conséquence, le présent pourvoi doit être rejeté. Selon moi, cette conclusion n'entre pas en conflit avec les opinions exprimées dans l'arrêt précité de cette Cour, *Sous-procureur général du Canada c. Brown*. Dans cette affaire, un fonctionnaire du ministère du Revenu national s'est rendu à l'étude d'un nommé Brown, avocat et procureur, pour y effectuer une vérification ponctuelle, et lui a demandé la permission d'examiner ses livres de comptes en fiducie et ses dossiers. Brown a refusé en alléguant que ses clients jouissaient du privilège des communications entre client et avocat à l'égard de ces livres et dossiers. Les documents ont été saisis et remis au shérif du comté de Vancouver. Brown a alors présenté une demande en vertu de l'art. 126A (maintenant 232) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148. La cause a été entendue par le juge Sullivan, qui a statué qu'il existait un privilège des communications entre client et avocat quant aux documents en cause et ordonné que le paquet scellé de documents soit immédiatement remis à Brown: (1962), 62 D.T.C. 1331 (B.C.S.C.). En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a décidé que le juge Sullivan avait entendu la demande à titre de *persona designata* et que, comme aucune disposition législative ne prévoyait l'appel de cette décision, la Cour d'appel n'était pas compétente: (1964), 64 D.T.C. 5107. Le sous-procureur général du Canada a présenté à cette Cour deux demandes d'autorisation d'appel, la première de la décision du juge Sullivan en alléguant qu'il s'agissait d'un jugement «rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour» au sens de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1952, chap. 259, et la seconde de la décision par laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'était déclarée incompétente pour entendre l'appel de l'ordonnance du juge Sullivan. Les deux demandes ont été rejetées. Pour la deuxième, le juge Martland, qui a rendu le jugement de la Cour, dit ceci (à la p. 87):

In so far as the latter application is concerned, despite the fact that the application for leave has been made, counsel for both parties submitted that no appeal did lie to the Court of Appeal of British Columbia because, this being a statute enacted by the Federal Parliament, a right of appeal to the Court of Appeal of British Columbia could only have been given by the terms of a Federal statute and no such right had been provided. Whether or not that submission is sound was not determined in the Court of Appeal of British Columbia, which reached its decision for different reasons, and, for the reasons hereinafter given, I do not think it is necessary to decide it here.

and at p. 91:

In so far as granting leave to appeal from the Court of Appeal of British Columbia is concerned, as previously mentioned, neither counsel contended that an appeal did lie to that Court. If leave were to be granted to appeal from the decision of the Court of Appeal, even if we were to reach the conclusion, on the appeal, that an appeal did lie to the Court of Appeal, the matter would then have to be referred back to that Court to hear the appeal upon the merits. Even if that appeal were to succeed, the Court of Appeal would be faced with the same problems in formulating an order as those which I have already outlined.

The paragraph containing the *ratio decidendi*, upon which the rejection of both applications turned, appears on p. 90:

The section contemplates a speedy determination of the issue of the claim of privilege and thereafter a prompt delivery of possession of the document involved, either to the solicitor or to the officer of the Department. It seems to me that once that has been done the whole matter has been not only determined, but completed, and that any order which could be made on an appeal (assuming that an appeal lies) could not have a "direct and immediate practical effect", to use the words of Chief Justice Duff in *The King on the Relation of Tolfree v. Clark*. The document in question would no longer be in the hands of the custodian. If the order appealed from directed delivery to the departmental officer, he would, by the time the appeal was heard, have had his opportunity to inspect the document. If the order appealed from directed delivery to the solicitor, the Act contains no provision which would require him, after the document has been restored to him, to surrender it again to the departmental officer or to the custodian.

[TRADUCTION] En ce qui concerne la dernière demande d'autorisation, elle a été présentée alors même que les avocats des deux parties prétendent que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne pouvait entendre l'appel, car il s'agissait d'une loi du Parlement fédéral et qu'en conséquence, le droit d'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne pouvait être accordé que par la loi fédérale, ce qui n'était pas le cas. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si cet argument est fondé, car elle a invoqué d'autres motifs pour rendre sa décision. Il n'est donc pas nécessaire, pour les motifs que j'exprimerai plus loin, de trancher cette question ici.

et, à la p. 91:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'autorisation d'appeler de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, comme je l'ai déjà dit, aucun des avocats n'a prétendu qu'on pouvait interjeter appel devant ladite cour. Si nous accordions l'autorisation d'appeler de cette décision de la Cour d'appel et si nous décidions, dans ce pourvoi, que l'appel à la Cour d'appel était recevable, le dossier devrait être renvoyé à cette cour-là pour qu'elle entende l'appel au fond. Même si l'appel était accueilli, la Cour d'appel devrait, pour formuler une ordonnance, faire face aux mêmes problèmes que ceux que j'ai déjà soulignés.

Le paragraphe qui contient la *ratio decidendi* sur laquelle repose le rejet des deux demandes se trouve à la p. 90:

[TRADUCTION] L'article envisage une détermination rapide de la question de l'allégation de privilège, suivie d'une remise prompte de la possession du document en cause, soit au procureur, soit au fonctionnaire du Ministère. Il me semble qu'une fois cela fait, l'affaire est non seulement tranchée mais close, et qu'aucune ordonnance susceptible d'être rendue en appel (en supposant qu'il y ait droit d'appel) ne pourrait avoir d'effet pratique direct et immédiat, pour reprendre les mots du juge en chef Duff dans *Le Roi sur dénonciation de Tolfree c. Clark*. Le document en question ne serait plus entre les mains du gardien. Si l'ordonnance portée en appel prescrivait la remise au fonctionnaire du Ministère, il aurait eu, avant même l'audition de l'appel, la possibilité d'examiner le document. Si l'ordonnance portée en appel prescrivait la remise au procureur, la Loi ne contient aucune disposition qui peut le forcer, après qu'il est rentré en possession du document, à le remettre à nouveau au fonctionnaire du Ministère ou au gardien.

It will be seen from the foregoing that no opinion was expressed on the question of whether an appeal lay from the judgment of Sullivan J., nor on the correctness of the majority decision in the Court of Appeal that Sullivan J. was acting *person designata*. It will be apparent from what has been said earlier in these reasons that, in my opinion, the majority view in the Court of Appeal was wrong in concluding that Sullivan J. was acting as *persona designata* in hearing the application.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Goodman & Carr, Toronto.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

Il ressort de ce qui précède qu'aucun avis n'a été exprimé sur la question de savoir si la décision du juge Sullivan pouvait faire l'objet d'un appel, ni sur la rectitude de la décision de la Cour d'appel (à la majorité) selon laquelle le juge Sullivan a agi à titre de *persona designata*. On peut facilement déduire de ce que j'ai dit précédemment dans ces motifs qu'à mon avis, la majorité en Cour d'appel a conclu à tort que le juge Sullivan avait entendu la demande à titre de *persona designata*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Goodman & Carr, Toronto.

Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.