

Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada and the Honourable Otto Jelinek in his capacity as Minister of National Revenue *Appellants*

v.

Berl Baron and Howard Baron, C.A. *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec *Intervenors*

INDEXED AS: BARON v. CANADA

File No.: 22298.

1992: February 6; 1993: January 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson* and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Enforcement — Search and seizure — Warrant authorizing search and seizure executed — Provision of Income Tax Act authorizing issuance of warrants restricting judicial discretion to issue warrants — Whether s. 231.3 of the Income Tax Act infringing ss. 7 and 8 of the Charter — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (ad. S.C. 1986, c. 6, s. 121) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Revenue Canada officers believed certain documents belonging to the respondents could afford evidence of the commission of various alleged offences under the *Income Tax Act*. The Federal Court, Trial Division, issued warrants under s. 231.3 of the Act to search respondents' residences and business premises and a large number of documents were seized. This section provided that the judge hearing the application "shall issue the warrant" where the judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe an offence under the Act has been committed, a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is

Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et l'honorable Otto Jelinek, en sa qualité de ministre du Revenu national *Appellants*

c.

Berl Baron et Howard Baron, C.A. *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BARON c. CANADA

d N° du greffe: 22298.

1992: 6 février; 1993: 21 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Mise en application — Perquisition et saisie — Exécution d'un mandat qui autorise une perquisition et une saisie — Restriction du pouvoir discrétionnaire judiciaire de décerner des mandats par une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu qui autorise la délivrance de mandats — L'article 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu porte-t-il atteinte aux art. 7 et 8 de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3 (aj. S.C. 1986, ch. 6, art. 121) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Les fonctionnaires de Revenu Canada croyaient que certains documents appartenant aux intimés pouvaient constituer des éléments de preuve de diverses infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui auraient été commises. La Cour fédérale, Section de première instance, a décerné des mandats, en vertu de l'art. 231.3 de la Loi, afin de perquisitionner dans les résidences et les locaux d'affaires des intimés, et un grand nombre de documents ont été saisis. Cet article prévoit que le juge saisi de la demande «décerne le mandat» s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction prévue par la Loi a été commise, qu'il

* Stevenson J. took no part in the judgment.

* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

likely to be found, and the place to be searched is likely to contain such a document or thing.

In 1989, respondents brought three motions and instituted an action in the Federal Court, Trial Division, seeking orders setting aside the search warrants, declaring s. 231.3 contrary to ss. 7, 8 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ordering the return or destruction of the items seized and of any summaries, notes or diagrams made from those items, and prohibiting the department from using such material.

The proceedings were dismissed with a single set of reasons. The Federal Court of Appeal considered the four appeals together and held s. 231.3 of the *Income Tax Act* to be contrary to ss. 7 and 8 of the *Charter*, allowing the appeals and quashing the search warrants on the basis that s. 231.3 of the Act violated ss. 7 and 8 of the *Charter*. On consent, the Minister appealed only one of the Court of Appeal's judgments to this Court. The constitutional question before the Court queried whether s. 231.3 limited the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed. Section 231.3 of the *Income Tax Act* violates s. 8 of the *Charter* and is of no force or effect.

A residual discretion in the judiciary to refuse to issue a search warrant in appropriate circumstances even though the statutory criteria for its issuance have been met is required by s. 8 of the *Charter* and s. 231.3(3) removed this residual discretion.

The exercise of a judicial discretion in the decision to grant or withhold authorization for a search warrant was fundamental to the scheme of prior authorization which is an indispensable requirement for compliance with s. 8. The decision to grant or withhold the warrant requires the balancing of two interests: that of the individual to be free of intrusions of the state and that of the state to intrude on the privacy of the individual for the purpose of law enforcement. The circumstances in which these conflicting interests must be balanced will vary greatly. The strength of the interests will be affected by matters such as the nature of the offence alleged, the nature of the intrusion sought including the place to be searched, the time of the search and the person or persons who are the subjects of the search. In

est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction, que l'endroit qui doit faire l'objet de la perquisition contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

En 1989, les intimés ont présenté trois requêtes et intenté une action en Cour fédérale, Section de première instance, en vue d'obtenir des ordonnances annulant les mandats de perquisition, déclarant que l'art. 231.3 viole les art. 7, 8 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, enjoignant de remettre ou de détruire tous les documents saisis ainsi que les résumés, notes ou diagrammes tirés de ces documents, et interdisant au Ministère d'utiliser ces documents.

Ces procédures ont été rejetées dans une seule série de motifs. La Cour d'appel fédérale a examiné les quatre appels ensemble et a conclu que l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était contraire aux art. 7 et 8 de la *Charte*, a accueilli les appels et annulé les mandats de perquisition pour le motif que l'art. 231.3 de la *Loi* violait les art. 7 et 8 de la *Charte*. Avec le consentement des intimés, le Ministre s'est pourvu devant notre Cour contre un seul des arrêts de la Cour d'appel. La question constitutionnelle dont est saisie notre Cour est de savoir si l'art. 231.3 limite les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole l'art. 8 de la *Charte* et est inopérant.

L'article 8 de la *Charte* prescrit un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de décerner un mandat de perquisition dans les circonstances appropriées même si les critères de la *Loi* relatifs à la délivrance de celui-ci ont été respectés, et le par. 231.3(3) a retiré ce pouvoir discrétionnaire résiduel.

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire de décider d'accorder ou de refuser l'autorisation d'un mandat de perquisition était essentiel au régime d'autorisation préalable qui constituait une condition indispensable du respect de l'art. 8. La décision d'accorder ou de refuser le mandat exige de soupeser deux droits: celui du particulier d'être libre de toute ingérence de l'État et celui de l'État de s'immiscer dans la vie privée du particulier en vue d'appliquer la loi. Les circonstances dans lesquelles ces droits opposés doivent être soupesés varient beaucoup. Des questions comme la nature de l'infraction alléguée, la nature de l'ingérence demandée y compris l'endroit devant faire l'objet de la perquisition, le moment de la perquisition et la ou les personnes visées par la perquisition influenceront sur la force de ces

order to take account of the various factors affecting the balancing of the two interests, the authorizing judge must be empowered to consider all the circumstances. No set of criteria will always be determinative or sufficient to override the right of the individual to privacy. It is imperative, therefore, that a sufficient degree of flexibility be accorded to the authorizing officer in order that justice be done to the respective interests involved. The requirement that the officer authorizing the seizure be independent and capable of acting judicially is inconsistent with the notion that the state can dictate to him or her the precise circumstances under which the right of the individual can be overborne.

Section 231.3(3) provides that a judge "shall" issue the warrant once satisfied that the three statutory conditions set out therein have been satisfied. The word "shall" is normally to be construed as imperative unless such an interpretation would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless. Nothing in the context of s. 231.3 renders an imperative interpretation of the word "shall" in s. 231.3(3) inconsistent with the balance of the section or makes it irrational or meaningless.

Due to this imperative language, the issuing judge's discretionary power to attach pre-conditions to the issue of the warrant cannot be exercised once the statutory criteria for the issue of the warrant have been met. Moreover, a judge's inherent power to prevent an abuse of the court's process or a violation of a constitutional right does not confer on an issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant in those circumstances. If the conditions set out in the subsection are exhaustive of all the conditions precedent of a reasonable search, an application which meets all of those conditions cannot be an abuse of the process.

The removal of the discretion to refuse to issue a warrant when all statutory criteria are met takes away the issuing judge's "balance wheel" function. In order to fulfil properly the "balance wheel" role required by s. 8 of the *Charter*, a judge must be able to weigh all the surrounding circumstances to determine whether in each case the interests of the state are superior to the individual's right to privacy. By restricting the factors that a judge may consider, Parliament has improperly

droits. Pour tenir compte des divers facteurs qui influent sur l'appréciation des deux droits, le juge qui donne l'autorisation doit être habilité à examiner toutes les circonstances. Aucune série de critères ne sera toujours déterminante ou suffisante pour l'emporter sur le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée. Il est donc impérieux que l'officier qui donne l'autorisation jouisse d'une latitude suffisante pour que justice soit rendue à l'égard des droits respectifs visés. L'exigence que l'officier qui autorise la saisie soit indépendant et ait la capacité d'agir judiciairement est incompatible avec la notion que l'État peut lui dicter les circonstances précises dans lesquelles le droit du particulier peut être ignoré.

Le paragraphe 231.3(3) prévoit que le juge «décerne» («*shall issue*») le mandat s'il est convaincu que les trois conditions qui y sont énoncées sont remplies. Le terme «*shall*» doit normalement s'interpréter comme exprimant une obligation à moins qu'une telle interprétation ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens. Rien dans le contexte de l'art. 231.3 ne rend l'interprétation impérative de l'indicatif présent («*shall issue*») du par. 231.3(3) incompatible avec le reste de l'article ou ne rend ce paragraphe dénué de sens ou de portée.

En raison de ces termes exprimant une obligation, le pouvoir discrétionnaire du juge qui décerne le mandat d'en assortir la délivrance de conditions préalables ne saurait être exercé lorsque les critères fixés par la Loi relativement à la délivrance du mandat ont été respectés. De plus, le pouvoir inhérent d'un juge d'empêcher un recours abusif aux procédures de la cour ou la violation d'un droit constitutionnel ne confère pas au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner dans ces circonstances. Si les conditions énoncées dans le paragraphe comprennent toutes les conditions préalables à une perquisition raisonnable, une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive.

Le retrait du pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat lorsque tous les critères fixés par la Loi sont respectés a pour effet de dépouiller le juge appelé à décerner le mandat de sa fonction de pondération. Afin de remplir convenablement le rôle de «pondération» qu'exige l'art. 8 de la *Charte*, un juge doit être en mesure d'apprécier toutes les circonstances pour déterminer si, dans chaque cas, les intérêts de l'État sont supérieurs au droit du particulier à la protection de sa vie privée. Lorsqu'il a limité les facteurs qu'un juge peut examiner, le Parlement a limité à tort la capacité

restricted a judge's ability to assess the reasonableness of a search.

Section 231.3(3) denies the issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant where in all the circumstances a search or seizure would be unreasonable and, indeed, may require a judge to authorize an unreasonable search or seizure. By using the word "shall" the subsection violates s. 8 of the *Charter*.

Classifying a statute as regulatory, while it may affect the exercise of discretion by the authorizing judge, is not a basis for reading the requirement for a residual discretion out of s. 8. What is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context. Given the intrusive nature of searches and the corresponding purpose of such a search to gather evidence for the prosecution of a taxpayer, there is no reason for a radical departure from the guidelines and principles expressed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The effect of any lessened expectation of privacy by reason of the character of the *Income Tax Act* will affect the authorizing judge's exercise of discretion but cannot justify eliminating it.

The argument was rejected that the "reasonable grounds" standard in s. 231.3(3) is constitutionally insufficient as being a lower standard than "reasonable and probable grounds", while only the latter satisfies s. 8 of the *Charter*. Nothing turns on the omission of the word "probable" from s. 231.3(3). The standard that the subsection sets out is one of credibly based probability, which is the standard required by s. 8. "Reasonable" is the same as "reasonable and probable" and imports the same standard. "Reasonable" comprehends a requirement of probability. The use of an interpretative "gloss" on the word to make it conform to constitutional requirements is an unnecessary strain on the meaning of the word. The alleged distinction between the two phrases was a "refined distinction" of the type found in American constitutional jurisprudence and is to be avoided in the interpretation of s. 8 of the *Charter*.

d'un juge d'évaluer le caractère raisonnable d'une perquisition.

a Le paragraphe 231.3(3) enlève au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner lorsque, selon toutes les circonstances, une perquisition ou une saisie serait abusive et, en fait, peut exiger qu'un juge autorise une perquisition ou une saisie abusive. En raison de l'utilisation de l'indicatif b présent «décerne» («shall issue»), le paragraphe porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte*.

Bien qu'elle puisse influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui donne l'autorisation, la qualification d'une loi comme mesure de réglementation ne permet pas d'interpréter l'art. 8 comme prescrivant un pouvoir discrétionnaire résiduel. Ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier. Compte tenu de la nature envahissante des perquisitions et de leur objet correspondant qui est de recueillir des éléments de preuve afin de poursuivre un contribuable, il n'y a aucune raison de s'écarter de façon radicale des lignes directrices et des principes exposés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Toute réduction des attentes en matière de protection de la vie privée en raison de la nature de la *Loi de l'impôt sur le revenu* influera sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge appelé à donner l'autorisation, mais ne saurait en justifier l'élimination. f

On a rejeté l'argument voulant que la norme des «motifs raisonnables», au par. 231.3(3), n'est pas suffisante du point de vue constitutionnel car il s'agit d'une norme inférieure à celle des «motifs raisonnables et probables» et que seule cette dernière satisfait aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*. L'omission du terme «probable» au par. 231.3(3) est sans conséquence. La norme que ce paragraphe établit est celle de la probabilité fondée sur la crédibilité, qui est la norme prescrite par l'art. 8. Le terme «raisonnable» correspond à l'expression «raisonnable et probable» et fait intervenir la même norme. Le «caractère raisonnable» comprend une exigence de probabilité. Le recours à une façon d'interpréter le terme de manière à le rendre conforme aux exigences de la Constitution revient à en forcer inutilement le sens. La prétendue distinction entre les deux expressions était une «distinction subtile» du genre qu'on trouve dans la jurisprudence américaine relative à la Constitution et doit être évitée dans l'interprétation de l'art. 8 de la *Charte*. j

Section 231.3(3)(b), requiring the authorizing judge to be satisfied that a document or thing which "may afford evidence" is "likely to be found", does not water down the minimum constitutional standard for the probability that the search will unearth evidence. The need to protect individuals against unreasonable searches in the form of "fishing expeditions" by the state has been recognized. A standard of credibly based probability rather than mere suspicion must be applied in determining when an individual's interest in privacy is subordinate to the needs of law enforcement. The formulation in s. 231.3(3)(b) meets the "credibly based probability" standard required by s. 8 through its use of the word "likely" which imports the criterion of probability. The use of the word "may" regarding the use of the thing found as evidence in a prosecution simply reflects one of the realities of the investigation of offences. It is impossible to know with certainty at an early stage in any investigation what particular items will provide evidence in a trial.

The issue of whether s. 231.3(5) allowed the same kind of "wholesale search and seizures" without prior authorization which was found under the predecessor legislation to violate s. 8 of the *Charter* should be left to be resolved until such time as this Court is presented with a situation in which the provision was relied upon to seize documents.

No analysis under s. 1 of the *Charter* was undertaken. The burden was on the government to establish that the law constituted a reasonable limit, and it made no attempt to do so.

Cases Cited

Considered: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; **referred to:** *Kourtessis v. M.N.R.*, S.C.C., No. 21645, rendered April 22, 1993, rev'g (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.)*, [1990] 1 F.C. 20 (C.A.), aff'g [1988] 3 F.C. 465 (leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. xi); *Minis-*

L'alinéa 231.3(3)b), qui exige que le juge appelé à donner l'autorisation soit convaincu qu'il est «vraisemblable de trouver» des documents ou choses qui «peuvent constituer des éléments de preuve», n'édulcore pas la norme constitutionnelle minimale relative à la probabilité que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve. On a reconnu la nécessité de protéger les particuliers contre les perquisitions abusives sous forme de «recherches à l'aveuglette» effectuées par l'État. C'est la norme de la probabilité fondée sur la crédibilité plutôt que la norme du simple soupçon qui doit être appliquée pour déterminer quand le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée est subordonné aux besoins en matière d'application de la loi. La formulation de l'al. 231.3(3)b) respecte la norme de la «probabilité fondée sur la crédibilité» que prescrit l'art. 8, par l'utilisation du terme «vraisemblable» qui fait intervenir le critère de la probabilité. L'emploi du terme «peut» concernant l'utilisation de la chose découverte comme élément de preuve dans une poursuite reflète simplement l'une des réalités élémentaires de la procédure d'enquête relative aux infractions. Il est impossible de savoir avec certitude au début d'une enquête quels articles particuliers constitueront des éléments de preuve lors d'un procès.

La question de savoir si le par. 231.3(5) permet le même genre de «perquisitions et de saisies générales» sans l'autorisation préalable qui, sous le régime de la disposition législative précédente, a été jugée contraire à l'art. 8 de la *Charte* devrait être tranchée lorsque notre Cour aura à se prononcer sur une situation dans laquelle on se sera fondé sur la disposition pour saisir des documents.

Aucune analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* n'a été effectuée. Il incombait au gouvernement de démontrer que la loi constituait une limite raisonnable et il n'a pas tenté de le faire.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; **arrêts mentionnés:** *Kourtessis c. M.R.N.*, C.S.C., n° 21645, rendu le 22 avril 1993, inf. (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1; *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.R.N.)*, [1990] 1 C.F. 20 (C.A.), conf. [1988] 3 C.F. 465 (autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. xi); *Ministre*

ter of National Revenue v. Kruger Inc., [1984] 2 F.C. 535; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, leave to appeal refused, [1985] 2 S.C.R. x; *Kohli v. Moase* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15, aff'd on other grounds (1989), 55 D.L.R. (4th) 740; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Minister of National Revenue v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131; *Selye v. Quebec*, [1982] R.D.F.Q. 173; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, aff'g (1986), 30 C.C.C. (3d) 207; *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45; *Nima v. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419; *Wiens v. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341; *R. v. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III, s. 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1).
Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443 [now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487].
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 111(1).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 121, 231.3(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) [ad. S.C. 1986, c. 6] [formerly s. 231(4)], 239(1)(c), (d), 443 [now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 688, [1991] 1 C.T.C. 125, (1990), 91 D.T.C. 5055, 122 N.R. 47, (supplementary reasons, [1991] 1 F.C. 712, [1991] 1 C.T.C.

du Revenu national c. Kruger Inc., [1984] 2 C.F. 535; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 2 R.C.S. x; *Kohli c. Moase* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15, conf. pour d'autres motifs par (1989), 55 D.L.R. (4th) 740; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Minister of National Revenue c. Paroian*, [1980] C.T.C. 131; *Selye c. Québec*, [1982] R.D.F.Q. 173; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, conf. (1986), 30 C.C.C. (3d) 207; *Goguen c. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45; *Nima c. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419; *Wiens c. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341; *R. c. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

f *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 11(d), 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487].
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III, art. 2.
g *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 121, 231.3(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) [aj. S.C. 1986, ch. 6] [auparavant art. 231(4)], 239(1)(c), (d), 443 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487].
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10(1).
Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23.
i *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), art. 111(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 688, [1991] 1 C.T.C. 125, (1990), 91 D.T.C. 5055, 122 N.R. 47, (motifs supplémentaires, [1991] 1 C.F. 712, [1991] 1 C.T.C.

408, (1991), 91 D.T.C. 5134) granting an appeal from a judgment of Reed J., [1990] 2 F.C. 262, [1990] 1 C.T.C. 84, (1989), 30 F.T.R. 188, 90 D.T.C. 6040. Appeal dismissed. Section 231.3(3) of the *Income Tax Act* violates s. 8 of the *Charter* and is of no force or effect.

John R. Power, Q.C., Pierre Loisel, Q.C., and Robert Frater, for the appellants.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos and Ariane Bourque, for the respondents.

Janet E. Minor and Tanya Lee, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Yves Ouellette, Judith Kucharsky and Diane Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—

I. Introduction

This appeal was heard concurrently with *Kourteissis v. M.N.R.*, S.C.C., No. 21645. Both appeals address the validity of search warrants issued and executed under s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended (hereinafter *ITA*). In each case the persons subjected to search and seizure applied in court to have the searches and seizures invalidated and set aside, and the things seized returned, on the ground that s. 231.3 of the *ITA* violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that consequently, the section and the impugned warrants, searches and seizures are of no force or effect. *Kourteissis* also raises an additional issue as to the jurisdiction of the Court of Appeal and of this Court to hear the appeal. Judgment in that appeal will be released in due course. [*Kourteissis v. M.N.R.* was rendered April 22, 1993.]

The nub of this appeal is the *ITA*'s limitation of the judicial discretion of the issuing judge by use

408, (1991), 91 D.T.C. 5134), qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Reed, [1990] 2 C.F. 262, [1990] 1 C.T.C. 84, (1989), 30 F.T.R. 188, 90 D.T.C. 6040. Pourvoi rejeté. Le paragraphe 231.3(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole l'art. 8 de la *Charte* et est inopérant.

John R. Power, c.r., Pierre Loisel, c.r., et Robert Frater, pour les appelants.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos et Ariane Bourque, pour les intimés.

Janet E. Minor et Tanya Lee, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Yves Ouellette, Judith Kucharsky et Diane Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que *Kourteissis c. M.R.N.*, C.S.C., n° 21645. Les deux portent sur la validité des mandats de perquisition décernés et exécutés en application de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 et ses modifications (ci-après la *LIR*). Dans chaque cas, les personnes qui ont fait l'objet de perquisitions et de saisies ont demandé au tribunal de les invalider, de les annuler et de remettre les biens saisis, pour le motif que l'art. 231.3 de la *LIR* viole les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, l'article ainsi que les mandats, perquisitions et saisies contestés sont inopérants. L'affaire *Kourteissis* soulève également une autre question quant à la compétence de la Cour d'appel et de notre Cour pour entendre le pourvoi. Le jugement dans ce pourvoi sera rendu en temps utile. [L'arrêt *Kourteissis c. M.R.N.* a été rendu le 22 avril, 1993.]

Le présent pourvoi porte essentiellement sur la restriction qu'impose la *LIR* sur le pouvoir discrétionnaire

of the word "shall" in s. 231.3(3). I conclude, for reasons I will state below, that s. 231.3 of the *ITA* violates s. 8 of the *Charter* in so far as it removes the residual discretion of the issuing judge to refuse to issue a search warrant in the proper circumstances, notwithstanding that the statutory criteria for its issuance have been met. By reason of this violation and pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, s. 231.3 is of no force or effect and the search warrants issued and executed thereunder against the respondents are also invalid and of no force or effect.

In my view, the appeal can be disposed of entirely on the basis of s. 8 of the *Charter*. It is therefore not necessary to consider the respondents' argument that s. 7 was also violated. Nor do I propose to consider separately the question of whether the impugned section improperly interferes with judicial independence. In my view, this is merely another ground which supports my conclusion with respect to the importance of a residual judicial discretion.

Neither the parties nor the interveners have made arguments or referred to any evidence either in this appeal or in *Kourtesis* in relation to s. 1 of the *Charter* or capable of demonstrating that the violation of s. 8 is justified within the meaning of s. 1. It will therefore not be necessary to consider whether this legislation permitting unreasonable searches can be demonstrably justified as a reasonable limit on the right to be secure against unreasonable searches.

II. The Facts

After an investigation, Revenue Canada officers formed the opinion that certain documents belonging to the respondents Berl and Howard Baron could afford evidence of the commission of various alleged offences under the *ITA*. The allegation was that Xentec Laboratories Inc. had made false

tionnaire du juge qui décerne le mandat par l'emploi de l'indicatif présent (le mot «*shall*» dans le texte anglais) dans le par. 231.3(3). Je conclus, pour les motifs qui vont suivre, que l'art. 231.3 de la *LIR* viole l'art. 8 de la *Charte* dans la mesure où il enlève au juge qui décerne le mandat le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de décerner un mandat de perquisition dans les circonstances appropriées, même si les critères de la Loi relatifs à la délivrance de celui-ci ont été respectés. En raison de cette violation et conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 231.3 est inopérant et les mandats de perquisition décernés et exécutés en application de celui-ci contre les intimés sont également invalides et inopérants.

À mon avis, le pourvoi peut être réglé entièrement sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument des intimés selon lequel il y a également eu violation de l'art. 7. Je ne compte pas non plus examiner séparément la question de savoir si l'article contesté entrave d'une manière inappropriée l'indépendance judiciaire. À mon avis, il s'agit simplement d'un autre moyen qui justifie ma conclusion relative à l'importance du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge.

Ni les parties, ni les intervenants n'ont présenté d'arguments ou d'éléments de preuve en l'espèce ou dans le pourvoi *Kourtesis* relativement à l'article premier de la *Charte*, ni n'ont été en mesure de démontrer que la violation de l'art. 8 est justifiée au sens de l'article premier. Il ne sera donc pas nécessaire d'examiner s'il est possible de démontrer que ce texte législatif qui permet d'effectuer des perquisitions abusives est justifiable comme limite raisonnable au droit d'être protégé contre les perquisitions abusives.

II. Les faits

Après une enquête, les fonctionnaires de Revenu Canada se sont rendu compte que certains documents appartenant aux intimés Berl et Howard Baron pouvaient constituer des éléments de preuve de diverses infractions à la *LIR* qui auraient été commises. On alléguait que Xentec Laboratories

or deceptive entries in its books of account and evaded or attempted to evade compliance with the *ITA*, in violation of *ITA* ss. 239(1)(c) and (d). On August 7, 1986, Strayer J. of the Federal Court, Trial Division, issued warrants to search the Barons' residences and business premises (the law firm Baron and Abrams, and the accounting firm Baron, Merton). The warrants were executed and a large number of documents were seized.

On June 21, 1989 Berl and Howard Baron brought three motions and instituted an action in the Federal Court, Trial Division. The motions sought orders:

- (a) setting aside the search warrants;
- (b) declaring s. 231.3 *ITA* of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, because it is inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter*;
- (c) ordering the return to the Barons of all the items seized and extracts or copies thereof;
- (d) ordering the return of all summaries, notes or diagrams taken from the items seized;
- (e) prohibiting the Department from using the items or summaries, notes, diagrams or information taken thereof; and
- (f) ordering the destruction of all summaries, copies, notes or diagrams not returned to the Barons.

The ground for the motions was that the searches and seizures were unreasonable because s. 231.3 *ITA* is inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter* and consequently is of no force or effect.

The relief requested in the action instituted at the same time as the motions was to the same effect. The Barons sought a declaration that s. 231.3 *ITA* was inconsistent with ss. 7, 8 and 15 of the *Charter* and of no force or effect, and that the warrants and searches and seizures which followed were unreasonable and consequently of no force or effect. They also sought an order compel-

Inc. avait fait des inscriptions fausses ou trompeuses dans ses livres de comptes et s'était soustraite ou avait tenter de se soustraire à l'application de la *LIR*, contrairement aux al. 239(1)c) et d) de la *LIR*. Le 7 août 1986, le juge Strayer de la Cour fédérale, Section de première instance, a décerné des mandats pour perquisitionner dans les résidences et les locaux d'affaires des Baron (le cabinet d'avocats Baron et Abrams et le bureau de comptables Baron, Merton). Les mandats ont été exécutés et un grand nombre de documents ont été saisis.

Le 21 juin 1989, Berl et Howard Baron ont présenté trois requêtes et intenté une action en Cour fédérale, Section de première instance. Les requêtes visaient à obtenir des ordonnances:

- a) annulant les mandats de perquisition;
- b) déclarant que l'art. 231.3 de la *LIR* est inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'il n'est pas conforme aux art. 7, 8 et 15 de la *Charte*;
- c) enjoignant de remettre aux Baron tous les documents saisis et les extraits ou copies de ceux-ci;
- d) enjoignant de remettre tous les résumés, notes ou diagrammes tirés des documents saisis;
- e) interdisant au Ministère d'utiliser les documents ou résumés, notes, diagrammes ou renseignements tirés de ceux-ci; et
- f) enjoignant de détruire tous les résumés, copies, notes ou diagrammes non remis aux Baron.

Les requêtes étaient fondées sur le motif que les perquisitions et les saisies étaient abusives parce que l'art. 231.3 de la *LIR* est incompatible avec les art. 7, 8 et 15 de la *Charte* et, par conséquent, inopérant.

La réparation demandée dans l'action intentée en même temps que les requêtes visait le même résultat. Les Baron ont sollicité un jugement déclarant que l'art. 231.3 de la *LIR* était incompatible avec les art. 7, 8 et 15 de la *Charte* et inopérant, et que les mandats et les perquisitions et saisies qui ont suivi étaient abusifs et donc inopérants. Ils ont également cherché à obtenir une ordonnance enjoin-

ling the return, non-use or destruction of items seized and copies and summaries thereof corresponding to paragraphs (c) through (f) of the relief sought in the motions, above.

As the trial judge, Reed J., summarized, [1990] 2 F.C. 262, at pp. 266-67, the respondents contended that the search and seizure provisions in s. 231.3 were invalid because:

... (1) subsection 231.3(3) allows no discretion to a judge to guard against abusive searches and seizures — it requires a judge to issue a warrant if satisfied that there are reasonable grounds to believe that an offence has been committed and that evidence of that offence is likely to be found in certain premises; (2) subsection 231.3(5) allows wholesale searches and seizures, without adequate authorization, and therefore does not meet the requirements of a constitutionally valid search and seizure power, as set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 ...; (3) the requirements under subsection 231.3(3) do not meet the requirements of *Hunter v. Southam* (*supra*) because they only require that there be reasonable grounds to believe that an offence has been committed — this is a lesser test than one requiring that there be “reasonable and probable” grounds; (4) the provisions of section 231.3 offend section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ... because there are two avenues by which warrants can be obtained ... and the appeal provisions differ depending upon which route is chosen. ... [Emphasis in original.]

The respondents also attacked some of the warrants on the basis that they did not contain a clause protecting documents which were subject to solicitor-client privilege or which arose in the course of an accountant-client confidential relationship.

The motions and action for a declaration were dismissed with a single set of reasons by Reed J. These judgments were appealed to the Federal Court of Appeal, which allowed all four appeals: *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688. Hugessen J.A. (for the court) dealt with all four appeals

gnant de remettre, de ne pas utiliser ou de détruire les documents saisis ainsi que les copies et résumés de ceux-ci, ce qui correspond aux alinéas c) à f) de la réparation demandée dans les requêtes susmentionnées.

Comme l’a résumé le juge Reed en première instance, [1990] 2 C.F. 262, aux pp. 266 et 267, les intimés ont soutenu que les dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies contenues à l’art. 231.3 étaient invalides pour les motifs suivants:

... (1) le paragraphe 231.3(3) n’accorde au juge aucun pouvoir discrétionnaire de prévenir les fouilles et perquisitions abusives; il impose au juge l’obligation de délivrer un mandat s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise et qu’il est vraisemblable de trouver la preuve de cette infraction dans certains endroits; (2) le paragraphe 231.3(5) permet les fouilles et perquisitions générales sans autorisation appropriée et ne respecte donc pas les exigences d’un pouvoir de fouille et de perquisition constitutionnellement valide qui sont énoncées dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 [...]; (3) les conditions énoncées au paragraphe 231.3(3) ne respectent pas les critères de l’arrêt *Hunter c. Southam* (précité), parce qu’elles exigent simplement l’existence de motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise, ce qui constitue un critère moins sévère que l’existence de motifs «raisonnables et probables»; (4) les dispositions de l’article 231.3 contreviennent à l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] parce qu’il existe deux façons d’obtenir des mandats [...] et que les dispositions relatives à l’appel diffèrent selon la solution choisie ... [Souligné dans l’original.]

Les intimés ont également contesté certains des mandats pour le motif qu’ils ne contenaient pas une clause protégeant les documents visés par le secret professionnel de l’avocat ou rédigés dans le cadre de la relation confidentielle entre un comptable et son client.

Les requêtes et l’action visant à obtenir un jugement déclaratoire ont été rejetés dans une seule série de motifs rédigés par le juge Reed. Ces jugements ont fait l’objet d’un appel devant la Cour d’appel fédérale qui a accueilli tous les quatre appels: *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688. Le

together as they raised identical issues. He held that s. 231.3 violated ss. 7 and 8 of the *Charter* and was consequently of no force or effect, and quashed the search warrants. With the consent of the Barons, the Minister sought to appeal only one of the Court of Appeal's judgments to this Court. Leave to appeal to this Court was granted on May 16, 1991 at which time it was ordered that *Baron* be heard on the same day as *Kourtesis*.

III. The Issues

On June 20, 1991, Chief Justice Lamer stated the following constitutional question for the consideration of the Court:

Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

It is to be noted that only ss. 7 and 8 of the *Charter* are invoked before this Court. The argument based on the s. 15 equality guarantee has been abandoned as a basis on which to attack s. 231.3 and the warrants. Section 231.3 is alleged to infringe ss. 7 and 8 of the *Charter* in the following respects:

1. subs. (3) is invalid in that it removes from the authorizing judge a residual discretion;
2. subs. (3) is invalid in that "reasonable grounds" fails to meet the minimum constitutional standard of "reasonable and probable grounds";
3. subs. (3)(b) is invalid in that the words "may afford evidence" fail to meet the minimum constitutional standard for the discovery of evidence;

juge Hugessen (au nom de la cour) a examiné les quatre appels ensemble parce qu'ils soulevaient des questions identiques. Il a conclu que l'art. 231.3 violait les art. 7 et 8 de la *Charte* et était donc inopérant, et il a annulé les mandats de perquisition. Avec le consentement des Barons, le Ministre a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre un seul des arrêts de la Cour d'appel. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 16 mai 1991, date à laquelle il a été ordonné que l'affaire *Baron* soit entendue le même jour que l'affaire *Kourtesis*.

c III. Les questions en litige

Le 20 juin 1991, le juge en chef Lamer a énoncé la question constitutionnelle suivante qui devrait être examinée par notre Cour:

L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifié par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

Il convient de souligner que seuls les art. 7 et 8 de la *Charte* sont invoqués devant notre Cour. L'argument fondé sur la garantie d'égalité de l'art. 15 a été abandonné comme moyen de contester l'art. 231.3 et les mandats. L'article 231.3 porterait atteinte aux art. 7 et 8 de la *Charte* de la manière suivante:

1. Le paragraphe (3) est invalide car il enlève au juge qui décerne le mandat un pouvoir discrétionnaire résiduel;
2. Le paragraphe (3) est invalide parce que l'expression «motifs raisonnables» ne satisfait pas à la norme constitutionnelle minimale des «motifs raisonnables et probables»;
3. L'alinéa (3)b) est invalide parce que les termes «peuvent constituer des éléments de preuve» ne satisfont pas à la norme constitutionnelle minimale en matière de communication de la preuve;

4. subs. (5) is invalid in that it authorizes a wholesale search and seizure.

4. Le paragraphe (5) est invalide parce qu'il autorise une perquisition et une saisie générales.

IV. Pertinent Legislation

A. *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, s. 121

The provision under which the search warrants in both cases were sought and issued and which forms the centrepiece of the present litigation is s. 231.3 of the *ITA*, which I reproduce here in its entirety.

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

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

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

(a) an offence under this Act has been committed;

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

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

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or

a IV. Les dispositions législatives pertinentes

A. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée par S.C. 1986, ch. 6, art. 121

La disposition en vertu de laquelle les mandats de perquisition ont été demandés et décernés dans les deux affaires et qui constitue l'élément central du présent litige est l'art. 231.3 de la *LIR*, dont voici le texte intégral:

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

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

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

a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;

b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;

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

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents

thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

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

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

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

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

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

B. Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

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

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

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

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

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

B. Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

V. Judgments BelowA. *Federal Court, Trial Division (Reed J.)*

Reed J. dealt with each of the respondents' attacks on s. 231.3 in turn. First came the issue of judicial discretion. She felt bound by the Federal Court of Appeal's decision in *Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.)*, [1990] 1 F.C. 20 (C.A.), aff'g [1988] 3 F.C. 465, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. xi [hereinafter *Solvent Petroleum*], in which Desjardins J.A. (Pratte and Stone J.J.A., concurring) said, at p. 24, that if the statutory conditions are met, the issuing judge must issue the warrant. Reed J. then cited other decisions and authorities on the interpretation of the word "shall", some holding it to be mandatory, others holding it to have been a slip by the legislature, which had intended to say "may". She then reproduced a long excerpt from the British Columbia Court of Appeal's reasons in *Kourtesis v. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, in which Locke J.A. concluded that while s. 231.3(3) deprives the issuing judge of the discretion to refuse a warrant once the statutory criteria are met, it preserves the judge's crucial "balance wheel" function of deciding whether the facts before him or her are sufficient to warrant an intrusion of privacy, and thus does not defeat the standards of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In any event, Locke J.A. held the judge may attach conditions to the execution of the warrant. Reed J. thought that perhaps s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, or the court's inherent control over the abuse of its own process, might allow an issuing judge to refuse to issue an abusive warrant. She agreed that certainly the issuing judge could attach conditions to the warrant. But ultimately she declined to decide the question of whether ss. 231.3(3) removed the issuing judge's discretion to refuse to issue a warrant where to do so would be abusive, since in her view no abusive search or seizure in violation of s. 8 of the *Charter* had

V. Jugements des tribunaux d'instance inférieureA. *Cour fédérale, Section de première instance (le juge Reed)*

Le juge Reed a examiné à tour de rôle chaque attaque des intimés contre l'art. 231.3. Premièrement, il y a eu la question du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Elle s'est sentie liée par l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.N.R.)*, [1990] 1 C.F. 20 (C.A.), conf. [1988] 3 C.F. 465, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. xi [ci-après *Solvent Petroleum*], dans lequel le juge Desjardins (aux motifs duquel ont souscrit les juges Pratte et Stone) a dit, à la p. 24, que lorsque les conditions prescrites par la Loi sont remplies, le juge qui est appelé à le faire doit décerner le mandat. Le juge Reed a ensuite cité d'autres arrêts et ouvrages de doctrine portant sur l'interprétation du mot «*shall*» en anglais, où tantôt on juge que ce terme a un caractère obligatoire, tantôt on juge qu'il s'agit d'une erreur du législateur qui avait voulu dire «*may*» («*peut*» ou «*peuvent*»). Elle a ensuite reproduit un long extrait de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Kourtesis c. M.N.R.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 1, dans lequel le juge Locke a conclu que, bien que le par. 231.3(3) prive le juge qui décerne le mandat du pouvoir discrétionnaire de refuser un mandat lorsque les critères prescrits par la Loi sont respectés, il préserve la fonction cruciale de pondération du juge, qui consiste à décider si les faits qui lui sont présentés sont suffisants pour justifier une atteinte à la vie privée, et par conséquent, ne contrecarrent pas les normes établies dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. De toute façon, le juge Locke a conclu que le juge peut assortir de conditions l'exécution du mandat. Le juge Reed était d'avis que l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, ou le pouvoir inhérent de la cour de contrôler l'utilisation abusive de ses propres procédures pourrait peut-être permettre à un juge de refuser de décerner un mandat abusif. Elle a convenu que le juge qui décerne le mandat pouvait certainement fixer des conditions au mandat. Toutefois, elle a finalement refusé de trancher la question de savoir si le par. 231.3(3) enlevait au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire.

occurred in this case and there was no factual underpinning for the argument (at p. 275).

Then came the issue of wholesale search and seizure under s. 231.3(5). Reed J. referred to the general requirement of prior authorization enunciated in *Hunter, supra*, and the Federal Court of Appeal's judgment in *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535, striking down as too wide and general the search power in s. 231.3's predecessor (s. 231(4), which allowed the seizure of anything that may afford evidence of the violation of any provision of the *ITA* or a regulation). She then quoted extensively from *Solvent Petroleum, supra*, in which the Federal Court of Appeal held that the "plain view" seizure permitted by the *ITA* met the test of reasonableness and therefore of validity. Reed J. held that decision to be binding on her.

The next issue was whether it was sufficient to require only "reasonable grounds to believe" (s. 231.3(3)) instead of "reasonable and probable grounds". Reed J. referred extensively to the British Columbia Court of Appeal's decision in *Kourteassis, supra*, which held that "reasonable" in the context of s. 231.3(3) satisfied the "more-probable-than-not test" required by *Hunter, supra*. She then referred to *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 523, which stated the *Hunter* test to be "reasonable and probable grounds", and juxtaposed that with the conclusion reached in *Solvent Petroleum, supra* (adopting Lysyk J.'s conclusion in *Kourteassis, supra*), that the absence of a statutory requirement for probable as well as reasonable grounds for belief was not constitutionally fatal since the only explicit requirement in s. 8 is that of reasonableness which comprehended a requirement of probability.

tionnaire de refuser de le décerner lorsqu'il serait abusif de le faire, puisque, à son avis, il n'y a pas eu en l'espèce de perquisition ou de saisie abusive en violation de l'art. 8 de la *Charte* et que l'argument n'était pas fondé sur des faits (p. 275).

Elle a ensuite abordé la question des perquisitions et des saisies générales aux termes du par. 231.3(5). Le juge Reed a mentionné l'exigence générale de l'autorisation préalable énoncée dans l'arrêt *Hunter*, précité, et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535, qui a annulé, pour le motif qu'il était trop large et trop général, le pouvoir de perquisition que conférait la disposition qui a précédé l'art. 231.3 (le par. 231(4) qui permettait la saisie de toutes choses pouvant servir de preuve de la violation de toute disposition de la *LIR* ou d'un règlement). Elle a ensuite cité de longs extraits de l'arrêt *Solvent Petroleum*, précité, dans lequel la Cour d'appel fédérale a conclu que la saisie «d'objets bien en vue» autorisée par la *LIR* satisfaisait au critère du caractère raisonnable et donc de la validité. Le juge Reed a conclu qu'elle était liée par cet arrêt.

La question suivante était de savoir s'il était suffisant de n'exiger que des «motifs raisonnables de croire» (par. 231.3(3)) plutôt que des «motifs raisonnables et probables». Le juge Reed a cité largement l'arrêt *Kourteassis*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où on a conclu que le terme «raisonnable», dans le contexte du par. 231.3(3), respecte la «norme de la probabilité plus grande que l'improbabilité» prescrite par l'arrêt *Hunter*, précité. Elle a ensuite mentionné l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, où on a dit, à la p. 523, que le critère de l'arrêt *Hunter* est l'existence de «motifs raisonnables et probables» et on l'a juxtaposé à la conclusion tirée dans l'arrêt *Solvent Petroleum*, précité (qui a adopté la conclusion du juge Lysyk dans l'arrêt *Kourteassis*, précité), que l'absence d'une exigence légale de motifs probables aussi bien que raisonnables de croire n'était pas fatale du point de vue constitutionnel étant donné que la seule exigence explicite de l'art. 8 est celle du caractère raisonnable qui comprend une exigence de probabilité.

Reed J. then went on to reject the respondents' s. 15 argument and their arguments based on solicitor-client or accountant-client privilege. She dismissed the application with one set of costs.

B. Federal Court of Appeal (Hugessen J.A., Pratte and Marceau J.J.A., concurring)

Hugessen J.A. wrote the reasons for the court's decision. He started by considering the characterization of the search and seizure provisions of the *ITA* for the purposes of determining the taxpayer's reasonable expectation of privacy under s. 8 of the *Charter*. He rejected the contention that the procedures constituted an administrative enforcement mechanism as described in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, holding instead that they were concerned with the detection and prosecution of crime. No easing of *Charter* standards was therefore justified; on the contrary, "nothing less than the full panoply of Charter protection is appropriate" (at p. 694).

Hugessen J.A. then broached the substantive issues. On the first question of judicial discretion and the use of the words "shall issue" in s. 231.3(3), he held that any text which specifically excludes the residual discretion to refuse to issue a warrant where the circumstances do not justify an invasion of privacy "will, for that reason alone, run afoul of sections 7 and 8 of the Charter as authorizing an unreasonable search and seizure and one that is in breach of the principles of fundamental justice" (at pp. 694-95). He rejected the trial judge's suggestion that s. 231.3(3) could be "read down" to preserve a residual discretion and held that the context of s. 231.3 and the fact that the section's use of "shall" is unique in Canadian search warrant legislation show that the word was intended to be mandatory, and imperative. He referred to but rejected the British Columbia Court of Appeal's holding in *Kourtesis*, *supra*, that the judge's discretion to determine whether the statutory criteria are met satisfies the *Hunter* standard and that in any event the issuing judge may attach

Le juge Reed a ensuite rejeté l'argument des intimés fondé sur l'art. 15 et leurs arguments fondés sur le secret professionnel de l'avocat ou du comptable. Elle a rejeté la demande en n'accordant qu'un seul mémoire de frais.

B. Cour d'appel fédérale (le juge Hugessen, à l'avis duquel ont souscrit les juges Pratte et Marceau)

Le juge Hugessen a rédigé les motifs de jugement de la cour. Il a d'abord examiné la caractérisation des dispositions de la *LIR* en matière de perquisitions et de saisies afin de déterminer quelles sont les attentes raisonnables du contribuable en matière de vie privée aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. Il a rejeté l'argument selon lequel les procédures constituaient le mécanisme administratif d'application décrit dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, concluant plutôt que ces procédures portaient sur la détection du crime et la poursuite des coupables. Aucun adoucissement des normes de la *Charte* n'était donc justifié; au contraire, «rien de moins que la pleine protection offerte par la Charte serait convenable» (à la p. 694).

Le juge Hugessen a ensuite abordé les questions de fond. Quant à la première question du pouvoir discrétionnaire judiciaire et de l'emploi de l'indicatif présent (l'expression «*shall issue*» dans le texte anglais) au par. 231.3(3), il a conclu que tout texte qui exclut expressément le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de décerner un mandat lorsque les circonstances ne justifient pas une atteinte à la vie privée «contrevient, pour ce seul motif, aux articles 7 et 8 de la Charte, puisqu'il permet des fouilles, perquisitions ou saisies abusives et qu'il constitue une violation des principes de justice fondamentale» (à la p. 695). Il a rejeté la proposition du juge de première instance qu'il pourrait y avoir «interprétation atténuée» du par. 231.3(3) afin de préserver un pouvoir discrétionnaire résiduel et il a conclu que le contexte de l'art. 231.3 et le fait que l'emploi de l'indicatif présent dans l'article soit unique dans la législation canadienne sur les mandats de perquisition indiquent que cette expression était destinée à être obligatoire et impérative. Il a mentionné, tout en la

conditions to the warrant. He placed considerable emphasis on this Court's decision in *Descôteaux v. Mierzewski*, [1982] 1 S.C.R. 860, deriving from that case the proposition that the existence of judicial discretion is a prerequisite to the reasonableness of a search and to our notions of fundamental justice. Moreover, in his view, *Descôteaux* establishes that any legislative attempt to define exhaustively when a search will be reasonable is impossible. He concluded that the ultimate protection for the citizen against unreasonable searches resides in the power to refuse to issue a warrant even when all the conditions prescribed by Parliament are met.

Hugessen J.A. went on to consider the other grounds of appeal. He cited, *inter alia*, Dickson J.'s (as he then was) statement in *Hunter, supra*, at p. 167, that the standards in s. 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ("reasonable ground") and the U.S. Fourth Amendment ("probable cause") are identical. From this he held at p. 707 that the words "reasonable grounds" in s. 231.3(3) met the "more likely than not" standard of probability required for a search to be reasonable. Next, he held at p. 708 that s. 231.3(3)(b) did not pass constitutional muster, since by using the words "may afford evidence" it failed to meet the standard of *Hunter, supra* that there be reasonable grounds to believe that evidence will be found. Finally, he held that there was no reason to interfere with the court's previous holding in *Solvent Petroleum, supra*, that s. 231.3(5) does not authorize unreasonable "wholesale" searches and seizures. As a result, the appeals were allowed, s. 231.3 was declared of no force or effect and the search warrants were quashed.

rejetant, la conclusion de l'arrêt *Kourtesis*, précité, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du juge de déterminer si les critères établis par la Loi sont respectés satisfait à la norme de l'arrêt *Hunter* et que, de toute façon, le juge qui décerne le mandat peut l'assortir de conditions. Il a accordé beaucoup d'importance à l'arrêt de notre Cour *Descôteaux c. Mierzewski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et en a déduit que l'existence du pouvoir discrétionnaire judiciaire est une condition préalable au caractère raisonnable d'une perquisition et à nos principes de justice fondamentale. De plus, à son avis, l'arrêt *Descôteaux* établit que toute tentative du législateur de définir de façon exhaustive à quel moment une perquisition sera raisonnable est vouée à l'échec. Il a conclu que c'est le pouvoir de refuser de décerner un mandat, même lorsque toutes les conditions prescrites par le Parlement sont remplies, qui protège ultimement le citoyen contre les perquisitions abusives.

Le juge Hugessen a ensuite examiné les autres moyens d'appel. Il a notamment cité la déclaration du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter*, précité, à la p. 167, que les critères de l'art. 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 («motif raisonnable») et le Quatrième amendement des États-Unis («motif plausible») sont identiques. Il en a conclu à la p. 707 que les termes «motifs raisonnables», au par. 231.3(3), respectent la norme de la probabilité «plus probable qu'improbable» requise pour qu'une perquisition soit raisonnable. Ensuite, il a conclu à la p. 708 que l'al. 231.3(3)(b) n'était pas acceptable sur le plan constitutionnel car, en raison de l'emploi des termes «peuvent constituer des éléments de preuve», il ne respecte pas la norme de l'arrêt *Hunter*, précité, selon laquelle il doit y avoir des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve seront découverts. Finalement, il a conclu qu'il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion précédente de la cour, dans *Solvent Petroleum*, précité, que le par. 231.3(5) n'autorise pas les perquisitions et les saisies «générales» abusives. Par conséquent, les appels ont été accueillis, l'art. 231.3 a été déclaré inopérant et les mandats de perquisition ont été annulés.

VI. Analysis: The Constitutional Validity of s. 231.3

A. *Legislative History*

Section 231.3 was enacted by Parliament in 1986 in response to a number of appellate court decisions finding that the previous search warrant provisions of the *ITA* violate s. 8 of the *Charter*. The predecessor to s. 231.3 read as follows:

231. ...

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation has been committed or is likely to be committed, he may, with the approval of a judge of a superior or county court, which approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings.

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

In *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, *supra*, s. 231(4) was held to contravene s. 8 of the *Charter* in that it gave the Minister, when he or she believed one offence to have been committed, the power to authorize a general search and seizure relating to the violation of any of the provisions of the *ITA* or its regulations. The Ontario Court of Appeal agreed with this holding in *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, leave to appeal refused [1985] 2 S.C.R. x, and found additional reasons that the section violated s. 8 (at p. 396):

VI. Analyse: la constitutionnalité de l'art. 231.3

A. *Historique législatif*

L'article 231.3 a été adopté par le Parlement en 1986 à la suite d'un certain nombre d'arrêts de cours d'appel qui ont conclu que les dispositions précédentes de la *LIR* en matière de mandats de perquisition violaient l'art. 8 de la *Charte*. Voici le texte de l'article qui a précédé l'art. 231.3:

231. ...

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à cette loi ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, agrément que le juge est investi par ce paragraphe du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, précité, on a conclu que le par. 231(4) contrevenait à l'art. 8 de la *Charte* parce qu'il donnait au Ministre, lorsqu'il croyait qu'une infraction avait été commise, le pouvoir d'autoriser une perquisition et une saisie générales relativement à une infraction à toute disposition de la *LIR* ou de son règlement d'application. La Cour d'appel de l'Ontario a fait sienne cette conclusion dans l'arrêt *Re Print Three Inc. and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392, autorisation de pourvoi refusée [1985] 2 R.C.S. x, et a trouvé des motifs supplémentaires pour lesquels l'article violait l'art. 8 (à la p. 396):

In our view, there are additional reasons to those relied upon by the Federal Court of Appeal for holding the subsection to be in breach of s. 8. It is clear that to meet the standards of reasonableness there must first be an independent arbiter (judge) who is satisfied that there are reasonable grounds for believing that an offence has been committed (see *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*). In s. 231(4) and (5), it is the Minister who has to have the reasonable and probable grounds and there is no standard or conditions precedent set out for the judge on which to base his assessment of whether the Minister's belief is properly founded. Mr. Kelly argued that the only reasonable construction of s-s. 5 is that facts must be laid before the judge so he can be satisfied that the Minister has reasonable and probable grounds. Even if the subsection could be so construed, there are, as we have noted, additional flaws in s. 231(4) and (5). There is no requirement that the Minister have grounds to believe that evidence is likely to be found at the place of the search and there is no requirement that he present such grounds to the judge. There is, equally, no direction as to what is to be issued by the judge in granting his "approval". It is the Minister who issues what is, in essence, the warrant. Finally, the Minister is not required in the authorization to specify the things to be searched for.

The new version addresses these defects. Subsection 231.3(3) now makes it clear that prior to the issuance of a search warrant under the ITA a judge must be satisfied that there are reasonable grounds to believe that a particular offence has been committed under the ITA and that a document or thing that may afford evidence of the commission of that offence is likely to be found in the building, receptacle or place specified in the application. Moreover, s. 231.3(4) requires particulars to be stated within the warrant as to what may be searched for and seized.

The constitutionality of s. 231.3 of the ITA has been considered in a number of lower court and appellate court decisions. The majority of these have upheld s. 231.3: see for example *Kohli v. Moose* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15 (Q.B.), *aff'd* on other grounds (1989), 55 D.L.R. (4th) 740 (N.B.C.A.), *Solvent Petroleum*, *supra*, and

[TRANSLATION] À notre avis, il existe des motifs qui s'ajoutent à ceux invoqués par la Cour d'appel fédérale pour statuer que le paragraphe contrevient à l'art. 8. Il est clair que pour respecter les normes du caractère raisonnable, il doit y avoir tout d'abord un arbitre indépendant (juge) qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise (voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité). Dans les paragraphes 231(4) et (5), c'est le Ministre qui doit avoir les motifs raisonnables et probables et il n'existe pas de précédent quant aux normes ou conditions sur lequel le juge peut fonder son appréciation de la question de savoir si la croyance du Ministre est bien fondée. Monsieur Kelly soutient que la seule interprétation raisonnable du par. 5 réside dans ce que les faits doivent être présentés au juge afin qu'il puisse être convaincu que le Ministre a des motifs raisonnables et probables. Même si le paragraphe peut être ainsi interprété, il existe, ainsi que nous l'avons souligné, des vices qui entachent les par. 231(4) et (5). Il n'est pas nécessaire que le Ministre ait des motifs de croire qu'un élément de preuve est susceptible d'être découvert au lieu où la perquisition a été effectuée, et il n'est pas nécessaire qu'il présente ces motifs au juge. De même, il n'existe aucune directive sur ce que le juge doit décerner en accordant son «agrément». C'est le Ministre qui décerne ce qui est essentiellement le mandat. En dernier lieu, le Ministre n'est pas tenu d'indiquer dans son autorisation les choses qui doivent faire l'objet de la perquisition.

La nouvelle version corrige ces défauts. Le paragraphe 231.3(3) prévoit maintenant clairement qu'avant de décerner un mandat de perquisition en vertu de la LIR, un juge doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction particulière à la LIR a été commise et qu'un document ou une chose qui peut constituer un élément de preuve de la perpétration de cette infraction est susceptible d'être découvert dans le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la demande. De plus, le par. 231.3(4) exige que le mandat précise ce qui peut faire l'objet de la perquisition et de la saisie.

La constitutionnalité de l'art. 231.3 de la LIR a été examinée dans un certain nombre de décisions des cours d'instance inférieure et des cours d'appel. La majorité de celles-ci ont maintenu l'art. 231.3: voir, par exemple, *Kohli c. Moose* (1987), 86 N.B.R. (2d) 15 (B.R.), *conf.* pour d'autres motifs par (1989), 55 D.L.R. (4th) 740

Kourtesis, supra. In my view, however, the amended legislation is still inadequate.

B. Applying Section 8 of the Charter

(1) Denial of Residual Discretion: Subs. (3)

This issue requires a decision as to whether legislation which authorizes a search or seizure must provide for a residual discretion in the judicial officer who issues the warrant. It is contended by the respondents and the Federal Court of Appeal so held that legislation that fails to do so violates s. 8 of the *Charter*. Reliance is placed on this Court's decision in *Hunter, supra*, and cases that have followed it. The appellants contend that this was not one of the conditions laid down by *Hunter*, that if it was it does not apply here and in any event the impugned section does provide a discretion that satisfies the dictates of s. 8.

In my view, an analysis of the principles on which *Hunter* was based shows that the exercise of a judicial discretion in the decision to grant or withhold authorization for a warrant of search was fundamental to the scheme of prior authorization which Dickson J. prescribed as an indispensable requirement for compliance with s. 8 in that case. The judgment makes very clear that the decision to grant or withhold the warrant requires the balancing of two interests: that of the individual to be free of intrusions of the state and that of the state to intrude on the privacy of the individual for the purpose of law enforcement. At pages 158-60 of the judgment, Dickson J. stated:

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a

(C.A.N.-B.), *Solvent Petroleum et Kourtesis*, précités. Toutefois, j'estime que la loi modifiée est toujours inadéquate.

a B. Application de l'article 8 de la Charte

(1) Le refus d'accorder un pouvoir discrétionnaire résiduel: par. (3)

Pour trancher cette question, il faut déterminer si le texte législatif qui autorise une perquisition ou une saisie doit prévoir un pouvoir discrétionnaire résiduel pour l'officier de justice qui décerne le mandat. Les intimés soutiennent, et c'est ce que la Cour d'appel fédérale a conclu, que le texte législatif qui ne le prévoit pas viole l'art. 8 de la *Charte*. On se fonde sur l'arrêt *Hunter*, précité, de notre Cour et sur les décisions qui l'ont suivi. Les appelants soutiennent qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une des conditions énoncées par l'arrêt *Hunter*, que, si c'était le cas, elle ne s'appliquerait pas en l'espèce et que, de toute façon, la disposition contestée prévoit un pouvoir discrétionnaire qui respecte les exigences de l'art. 8.

À mon avis, il ressort d'une analyse des principes sur lesquels l'arrêt *Hunter* était fondé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire de décider d'accorder ou de refuser l'autorisation d'un mandat de perquisition était essentiel au régime d'autorisation préalable qui, selon le juge Dickson, constituait une condition indispensable du respect de l'art. 8 dans cette affaire. Il ressort très clairement de cet arrêt que la décision d'accorder ou de refuser le mandat exige de soupeser deux droits: celui du particulier d'être libre de toute ingérence de l'État et celui de l'État de s'immiscer dans la vie privée du particulier en vue d'appliquer la loi. Aux pages 158 à 160 de l'arrêt, le juge Dickson affirme:

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable

broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

The circumstances in which these conflicting interests must be balanced will vary greatly. The strength of the interests will be affected by matters such as the nature of the offence alleged, the nature of the intrusion sought including the place to be searched, the time of the search and the person or persons who are the subjects of the search. The variability of the factors affecting the decision of the authorizing judge was stressed by Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux v. Mierzwinski*, *supra*. This was a pre-*Charter* case in which this Court held that s. 443 (now s. 487) provided for a discretion when a warrant is sought before a justice under the *Criminal Code*. At page 889 Lamer J. said:

I come down on the side of the discretion, as it allows more effective judicial control of the police. Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled. It goes without saying that the justice may sometimes be in a poor position to assess the need for the search in advance. After all,

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Les circonstances dans lesquelles ces droits opposés doivent être soupesés varient beaucoup. Des questions comme la nature de l'infraction alléguée, la nature de l'ingérence demandée y compris l'endroit devant faire l'objet de la perquisition, le moment de la perquisition et la ou les personnes visées par la perquisition influenceront sur la force de ces droits. Le caractère variable des facteurs qui influent sur la décision du juge qui accorde l'autorisation a été souligné par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité. Il s'agit d'une affaire antérieure à la *Charte*, dans laquelle notre Cour a conclu que l'art. 443 (maintenant l'art. 487) prévoyait un pouvoir discrétionnaire lorsqu'un mandat était demandé à un juge aux termes du *Code criminel*. À la page 889, le juge Lamer dit:

J'opte en faveur de la discrétion, car elle permet un contrôle judiciaire plus efficace des forces de l'ordre. La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement. Il va de soi que le juge de paix peut être parfois mal placé pour juger d'avance du besoin de perquisitionner. Après

searches, while constituting a means of gathering evidence, are also an investigative tool. It will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed. Be that as it may, there are places for which authorization to search should generally be granted only with reticence and, where necessary, with more conditions attached than for other places. One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office. One does not search the premises of a third party who is not alleged to have participated in the commission of a crime in the same way as those of someone who is the subject of such an allegation.

In order to take account of the various factors affecting the balancing of the two interests, the authorizing judge must be empowered to consider all the circumstances. No set of criteria will always be determinative or sufficient to override the right of the individual to privacy. It is imperative, therefore, that a sufficient degree of flexibility be accorded to the authorizing officer in order that justice be done to the respective interests involved.

In *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, this Court considered the factors that should be taken into consideration by a justice of the peace when determining whether to issue a warrant for the search of the premises of a media organization pursuant to s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. It was submitted that two requirements were constitutionally entrenched, namely that the Justice of the Peace must be satisfied that there was no investigative alternative for obtaining the material and, if one existed, that it had been pursued. In the course of rejecting the constitutional entrenchment of these two requirements, a majority of this Court stressed the importance of evaluating the reasonableness of a search in light of all the surrounding factors. Cory J. stated in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at p. 475:

Any search of premises is certain to be disquieting and upsetting. The invasion of privacy rights which a

tout, la perquisition, tout en étant un véhicule de preuve, est aussi un instrument d'enquête. Il sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière. Quoi qu'il en soit, il y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec reticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat. On ne perquisitionne pas chez le tiers qu'on n'allègue pas avoir participé à la commission du crime comme chez celui qui fait l'objet d'une telle allégation.

Pour tenir compte des divers facteurs qui influent sur l'appréciation des deux droits, le juge qui donne l'autorisation doit être habilité à examiner toutes les circonstances. Aucune série de critères ne sera toujours déterminante ou suffisante pour l'emporter sur le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée. Il est donc impérieux que l'officier qui donne l'autorisation jouisse d'une latitude suffisante pour que justice soit rendue à l'égard des droits respectifs visés.

Dans les arrêts *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, notre Cour a examiné les facteurs dont devrait tenir compte un juge de paix au moment de déterminer s'il doit décerner un mandat de perquisition visant les locaux d'un média conformément à l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. On a soutenu que deux exigences étaient enchâssées dans la Constitution, savoir que le juge de paix doit être convaincu qu'il n'y avait pas d'autre moyen d'enquêter pour obtenir les documents et que, s'il y en avait un, on y avait eu recours. Lors du rejet de l'enchâssement de ces deux exigences dans la Constitution, notre Cour, à la majorité, a souligné l'importance d'évaluer le caractère raisonnable d'une perquisition compte tenu de tous les facteurs qui l'entourent. Le juge Cory a dit dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, à la p. 475:

Il est certain que toute perquisition dans des locaux entraîne des ennuis et des désagréments. L'atteinte au

search entails is an important concern for all members of a democratic society. Some searches are obviously more intrusive and upsetting than others. For example, the search of a residence is likely to have graver consequences than a search of commercial premises which may be subject to statutory regulation and inspection. Because of its intrusive nature, a warrant to search any premises must only be issued when a justice of the peace is satisfied that all the statutory requirements have been met. In those situations where all the statutory prerequisites have been established, the justice of the peace should still consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant. It is not a step that can be taken lightly. This is particularly true when a warrant is sought to search the offices of a news media organization, where the consequences are likely to be disruptive of the media's role of gathering and publishing news. [Emphasis added.]

Moreover, in response to the argument that these two requirements are constitutionally entrenched prerequisites to the search of media offices, Cory J. commented at p. 478:

In my view, the assessment of the reasonableness of a search cannot be said to rest only upon these two factors. Rather all factors should be evaluated in light of the particular factual situation presented. The factors which may be vital in assessing the reasonableness of one search may be irrelevant in another. Simply stated, it is impossible to isolate two factors from the numerous considerations which bear on assessment of the reasonableness of a search and label them as conditional prerequisites. The essential question can be put in this way: taking into account all the circumstances and viewing them fairly and objectively can it be said that the search was a reasonable one?

It is the overall reasonableness of a search which is protected by s. 8 of the *Charter*. Certainly the potentially damaging effect of a search and seizure upon the freedom and the functioning of the press is highly relevant to the assessment of the reasonableness of the search. Yet neither s. 2(b) nor s. 8 of the *Charter* requires that the two factors set out in *Pacific Press [Re Pacific Press Ltd. and The Queen]* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.) must always be met in order for a search to be permissible and constitutionally valid. It is

droit à la vie privée qu'une perquisition entraîne constitue une préoccupation importante pour tous les membres d'une société démocratique. Certaines perquisitions sont de toute évidence plus envahissantes et désagréables que d'autres. Par exemple, la perquisition dans une résidence est susceptible d'avoir des conséquences plus graves qu'une perquisition dans des locaux commerciaux qui peuvent être assujettis à une réglementation et à une inspection prévue par la loi. En raison de sa nature envahissante, un mandat de perquisition dans quelque endroit que ce soit ne doit être décerné que lorsqu'un juge de paix est convaincu que toutes les exigences de la loi ont été respectées. Dans de telles situations, lorsque tous les préalables prévus par la loi ont été établis, le juge de paix doit encore examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat. Ce n'est pas une mesure qui doit être prise à la légère. C'est particulièrement vrai lorsque la perquisition doit être effectuée dans les bureaux d'un média et que les conséquences sont susceptibles de gêner son rôle, qui consiste à réunir et à publier des informations. [Je souligne.]

De plus, en réponse à l'argument selon lequel ces deux exigences constituent des conditions préalables à la perquisition visant les locaux d'un média, qui sont enchâssées dans la Constitution, le juge Cory a fait l'observation suivante, à la p. 478:

À mon avis, on ne peut pas dire que l'évaluation du caractère non abusif d'une perquisition repose uniquement sur ces deux facteurs. On doit plutôt évaluer tous les facteurs en tenant compte de la situation de fait particulière qui est présentée. Les facteurs qui peuvent être importants pour évaluer si une perquisition est abusive peuvent ne pas être pertinents à l'égard d'une autre. Simplement, il est impossible d'isoler deux facteurs des nombreux éléments qui ont une incidence sur cette évaluation et de les identifier comme des préalables. La question essentielle peut être formulée de la manière suivante: si on a tenu compte de toutes les circonstances et si on les a examinées avec justesse et objectivité, peut-on dire que la perquisition n'était pas abusive?

L'article 8 de la *Charte* garantit le caractère non abusif global d'une perquisition. De toute évidence, la possibilité que la perquisition et la saisie aient des effets préjudiciables sur la liberté et le fonctionnement de la presse est très pertinente dans l'évaluation du caractère non abusif de la perquisition. Toutefois, ni l'al. 2b) ni l'art. 8 de la *Charte* n'exigent qu'on ait toujours satisfait aux deux exigences établies dans l'arrêt *Pacific Press [Re Pacific Press Ltd. and The Queen]* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.) pour qu'une perquisition soit per-

essential that flexibility in the balancing process be preserved so that all the factors relevant to the individual case may be taken into consideration and properly weighed. [Emphasis added.]

In some situations this discretion will only be exercised subject to specified conditions being met and subject to restrictions and conditions with respect to the execution of the warrant that are specified in the authorization. This would apply, for example, in the case of the prospective search of a private dwelling. I referred to this in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, in connection with authorizations to wiretap in a dwelling. The authorizing judge must consider imposing conditions. The importance of the power to impose conditions and restrictions was emphasized by Lamer J. in *Descôteaux* at p. 891, the exercise of which was dependent on the existence of a residual discretion.

Not only is the existence of a discretion indispensable to the balancing of interests which *Hunter* envisaged but the requirement that the officer authorizing the seizure be independent and capable of acting judicially is inconsistent with the notion that the state can dictate to him or her the precise circumstances under which the right of the individual can be overborne. I agree with the statement of Morden J.A. in *Minister of National Revenue v. Paroian*, [1980] C.T.C. 131, at p. 138 that "[t]he function of the judge is the most important safeguard. It is implicit in the provision that the judge is not to act as a rubber stamp." This statement was quoted with approval in *Selye v. Quebec*, [1982] R.D.F.Q. 173, at p. 176. This statement, which was made in a pre-*Charter* case, would apply with greater force in the era of the *Charter*. The concept of a rubber stamp role would be completely inconsistent with the role assigned to the judiciary as expressed by Dickson J. in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 72:

mise et valide sur le plan constitutionnel. Il est essentiel que le processus de pondération conserve une certaine souplesse de manière que tous les facteurs pertinents relativement à l'affaire donnée soient pris en compte et convenablement évalués. [Je souligne.]

Dans certaines situations, ce pouvoir discrétionnaire ne sera exercé que si certaines conditions précises sont remplies et sous réserve des restrictions et des conditions relatives à l'exécution du mandat qui sont précisées dans l'autorisation. Par exemple, ce serait le cas pour la perquisition éventuelle dans une habitation privée. J'ai mentionné cette situation dans *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, relativement aux autorisations de faire de l'écoute électronique dans une habitation. Le juge qui donne l'autorisation doit examiner la possibilité d'imposer des conditions. Le juge Lamer a, dans l'arrêt *Descôteaux*, souligné l'importance du pouvoir d'imposer des conditions et des restrictions, dont l'exercice dépendait de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel (p. 891).

Non seulement l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est-elle indispensable à l'appréciation des droits envisagés dans l'arrêt *Hunter*, mais l'exigence que l'officier qui autorise la saisie soit indépendant et ait la capacité d'agir judiciairement est incompatible avec la notion que l'État peut lui dicter les circonstances précises dans lesquelles le droit du particulier peut être ignoré. Je fais mienne la déclaration du juge Morden, dans l'arrêt *Minister of National Revenue c. Paroian*, [1980] C.T.C. 131, à la p. 138, que [TRADUCTION] «[l]a fonction du juge est la plus importante garantie. Il ressort implicitement de la disposition que le juge ne doit pas approuver sans discussion.» Cette déclaration a été citée et approuvée dans la décision *Selye c. Québec*, [1982] R.D.F.Q. 173, à la p. 176. Cette déclaration, qui a été faite dans une affaire antérieure à la *Charte*, s'appliquerait avec plus de force à l'époque de la *Charte*. Le concept d'un rôle d'approbation sans discussion serait complètement incompatible avec le rôle conféré à la magistrature comme l'a exprimé le juge Dickson dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 72:

Secondly, the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (although admittedly not relevant to this case because of its date of origin) conferred on the courts another truly crucial role: the defense of basic individual liberties and human rights against intrusions by all levels and branches of government. Once again, in order to play this deeply constitutional role, judicial independence is essential.

Having found that a residual discretion is a constitutional requirement, the next question is whether s. 231.3(3) removes or impermissibly restricts this discretion. It is clear to me that the answer is yes. I would adopt the reasoning of the Federal Court of Appeal on this point, in preference to that of the British Columbia Court of Appeal in *Kourtesis*, *supra*. Section 231.3(1) states that, on an *ex parte* application, a judge "may" issue a warrant for the search of premises. However, s. 231.3(3) provides that a judge "shall" issue the warrant once satisfied that the three statutory conditions set out therein have been satisfied. As Hugessen J.A. pointed out, the word "shall" is normally to be construed as imperative. This rule of construction is embodied in s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. 1-21. The plain effect of the use of the word in s. 231.3(3) is as the Federal Court of Appeal held in *Solvent Petroleum*, *supra*, at p. 24 (excerpted in *Baron* at p. 695):

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

Deuxièmement, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (bien que, de toute évidence, elle ne soit pas pertinente en l'espèce à cause de sa date d'entrée en vigueur) a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l'indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel.

Après avoir conclu qu'un pouvoir discrétionnaire résiduel est une exigence constitutionnelle, il faut ensuite se demander si le par. 231.3(3) retire ce pouvoir discrétionnaire ou le restreint d'une manière inacceptable. À mon avis, il est clair qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. Je suis d'avis d'adopter le raisonnement de la Cour d'appel fédérale sur ce point, de préférence à celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Kourtesis*, précité. Le paragraphe 231.3(1) prévoit que, sur requête *ex parte*, un juge «peut» décerner un mandat de perquisition. Toutefois, le par. 231.3(3) prévoit que le juge «décerne» le mandat s'il est convaincu que les trois conditions qui y sont énoncées sont remplies. Comme l'a souligné le juge Hugessen, le terme «shall» doit normalement s'interpréter comme exprimant une obligation. Cette règle d'interprétation est contenue à l'art. 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. 1-21. Le terme employé au par. 231.3(3) a clairement l'effet mentionné par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Solvent Petroleum*, précité, à la p. 24 (cité dans l'arrêt *Baron*, à la p. 695):

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

As this Court said in *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 737, the presumption that the word "shall" is intended to be mandatory should be followed unless:

... such an interpretation of the word "shall" would be utterly inconsistent with the context in which it has been used and would render the sections irrational or meaningless.

Hugessen J.A. found no reason to depart from the presumption, and I would adopt what he said in this regard, at p. 697:

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

Furthermore, the whole of section 231.3 represents a change from the previous law [s. 231(4)] which was couched in terms that were clearly permissive and left a discretion in the hands of the judge authorizing the seizure. Also, as noted above, the text of subsection 231.3(3) is unique and differs remarkably from all other Canadian search warrant provisions [which are invariably permissive]. I cannot view such a change from both previous and current practice as being anything but intentional.

I also agree with Hugessen J.A. that the existence of a discretion is indispensable to the imposition of conditions to the issue of the warrant. As he states, this conclusion follows from what was said by Lamer J. in *Descôteaux*, *supra*. Although I would not go so far as to hold that Parliament had, in the absence of express language, removed the power to specify the terms upon which the warrant is executed, I agree that the power to attach pre-conditions to the issue of the warrant cannot be

Comme notre Cour l'a dit dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 737, il convient de présumer que le terme anglais «shall» est obligatoire à moins que:

... cette interprétation du terme «shall» ne soit absolument incompatible avec le contexte dans lequel il a été employé et ne rende les articles irrationnels ou vides de sens.

Le juge Hugessen a conclu qu'il n'y avait aucune raison de déroger à cette présomption et je souscris à ce qu'il a dit à cet égard, à la p. 697:

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

De plus, l'ensemble de l'article 231.3 constitue une modification d'un texte législatif antérieur [par. 231(4)], qui était formulé dans des termes clairement permissifs et qui laissait un pouvoir discrétionnaire au juge devant autoriser la saisie. Au surplus, comme il a été mentionné auparavant, le texte du paragraphe 231.3(3) est unique et diffère substantiellement de toutes les dispositions législatives canadiennes concernant les mandats de perquisition [qui sont toutes permissives]. Je ne peux considérer pareil changement tant à la pratique antérieure qu'à celle qui existe à l'heure actuelle comme n'étant pas vraiment voulu.

Je conviens également avec le juge Hugessen que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est indispensable pour imposer des conditions à la délivrance du mandat. Comme il le dit, cette conclusion découle de ce que le juge Lamer a dit dans l'arrêt *Descôteaux*, précité. Bien que je n'irais pas jusqu'à conclure que le Parlement, en l'absence de termes exprès, a retiré le pouvoir de préciser les modalités d'exécution du mandat, je conviens que le pouvoir d'assortir de conditions préalables la

exercised once the statutory criteria for the issue of the warrant have been met.

Moreover, I do not accept the position taken by Reed J. at trial and adopted by the appellants that a judge's inherent power to prevent an abuse of the court's process or a violation of a constitutional right continues to confer on an issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant in those circumstances. As Hugessen J.A. concluded, at p. 698, if the conditions set out in the subsection are exhaustive of all the conditions precedent of a reasonable search, "an application which meets all of those conditions cannot be an abuse of the process".

Finally, I observe that the British Columbia Court of Appeal held in *Kourteassis*, *supra*, that s. 231.3(3) preserved the crucial "balance wheel" function of the issuing judge, and the removal of the discretion to refuse to issue a warrant when all statutory criteria are met is of no consequence. I agree with Hugessen J.A. in rejecting this line of reasoning. As I have already indicated, in order to fulfil properly the "balance wheel" role required by s. 8 of the *Charter*, a judge must be able to weigh all the surrounding circumstances to determine whether in each case the interests of the state are superior to the individual's right to privacy. By restricting the factors that a judge may consider, Parliament has improperly restricted a judge's ability to assess the reasonableness of a search. For example, as Reed J. noted, s. 231.3(3) precludes a judge from taking into consideration whether reasonable alternative sources for obtaining information sought from the search of a lawyer's office exist, notwithstanding the requirement in *Descôteaux*, *supra*, that this factor be considered before a search warrant under what is now s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is issued.

délivrance du mandat ne saurait être exercé lorsque les critères fixés par la Loi relativement à la délivrance du mandat ont été respectés.

De plus, je n'accepte pas la position adoptée par le juge Reed en première instance et par les appelants, selon laquelle le pouvoir inhérent d'un juge d'empêcher un recours abusif aux procédures de la cour ou la violation d'un droit constitutionnel continue de conférer au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner dans ces circonstances. Comme l'a conclu le juge Hugessen, à la p. 698, si les conditions énoncées dans le paragraphe comprennent toutes les conditions préalables à une perquisition raisonnable, «une requête qui satisfait à ces conditions ne peut être considérée comme abusive».

Finalement, je remarque que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu dans l'arrêt *Kourteassis*, précité, que le par. 231.3(3) préservait la fonction cruciale de pondération du juge qui décerne le mandat et que le retrait du pouvoir discrétionnaire de refuser de décerner un mandat lorsque tous les critères fixés par la Loi sont respectés est sans conséquence. Je suis d'accord avec le juge Hugessen qu'il faut rejeter ce raisonnement. Comme je l'ai déjà indiqué, afin de remplir convenablement le rôle de «pondération» qu'exige l'art. 8 de la *Charte*, un juge doit être en mesure d'apprécier toutes les circonstances pour déterminer si, dans chaque cas, les intérêts de l'État sont supérieurs au droit du particulier à la protection de sa vie privée. Lorsqu'il a limité les facteurs qu'un juge peut examiner, le Parlement a limité à tort la capacité d'un juge d'évaluer le caractère raisonnable d'une perquisition. Par exemple, comme l'a fait remarquer le juge Reed, le par. 231.3(3) empêche un juge d'examiner s'il existe d'autres sources raisonnables pour obtenir les renseignements recherchés dans le cadre de la perquisition effectuée dans un cabinet d'avocat, malgré l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Descôteaux*, précité, que ce facteur soit examiné avant qu'un mandat de perquisition puisse être décerné en application de ce qui est maintenant l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Bearing all this in mind, I conclude that s. 231.3(3), by using the words "shall issue", denies the issuing judge the discretion to refuse to issue a warrant where in all the circumstances a search or seizure would be unreasonable. In fact, the subsection makes it possible for a judge to be statutorily bound to authorize an unreasonable search or seizure. For this reason the use of the word "shall" brings s. 231.3(3) into conflict with s. 8 of the *Charter*.

It was submitted, however, that the above conclusion, while it might be correct in a *Hunter v. Southam Inc.* situation, has no application to the *ITA* because it is a regulatory statute and the criteria of *Hunter* must be relaxed. I accept that the majority characterized the *ITA* as a regulatory statute in *McKinlay Transport Ltd. v. The Queen*, *supra*. In my opinion, however, in the very different circumstances of this case, while that classification may affect the exercise of discretion by the authorizing judge, it is not a basis for reading the requirement for a residual discretion out of s. 8. The distinction between the nature of the state intrusion in *McKinlay* and this case was clearly drawn by Wilson J. in her majority reasons. At pages 649-50, she states:

In my opinion, s. 231(3) [*sic*] provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. It involves no invasion of a taxpayer's home or business premises. It simply calls for the production of records which may be relevant to the filing of an income tax return.

At page 649, Wilson J. recognized that relaxation of the *Hunter* standards with respect to the demand provisions by reason of the characterization of the statutory provision as regulatory would not validate all forms of searches and seizures under the *ITA*. She continued:

Ayant tout cela à l'esprit, je conclus que le par. 231.3(3), par l'utilisation de l'indicatif présent «décerne», enlève au juge appelé à décerner le mandat le pouvoir discrétionnaire de refuser de le décerner lorsque, selon toutes les circonstances, une perquisition ou une saisie serait abusive. En fait, le paragraphe permet qu'un juge soit tenu par la Loi d'autoriser une perquisition ou une saisie abusive. Pour ce motif, l'emploi de l'indicatif présent crée un conflit entre le par. 231.3(3) et l'art. 8 de la *Charte*.

Toutefois, on a soutenu que la conclusion qui précède, bien qu'elle puisse convenir dans une situation comme celle de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, ne s'applique pas à la *LIR* parce qu'il s'agit d'une mesure de réglementation et que le critère établi dans l'arrêt *Hunter* doit être assoupli. Je reconnais que la Cour, à la majorité, a qualifié la *LIR* de mesure de réglementation dans l'arrêt *McKinlay Transport Ltd. c. La Reine*, précité. À mon avis, toutefois, dans les circonstances très différentes de l'espèce, bien qu'elle puisse influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui donne l'autorisation, cette qualification ne permet pas d'interpréter l'art. 8 comme prescrivant un pouvoir discrétionnaire résiduel. Le juge Wilson, dans ses motifs majoritaires, a clairement établi la distinction qui existe entre la nature de l'ingérence de l'État dans l'arrêt *McKinlay* et l'espèce. Aux pages 649 et 650, elle dit:

À mon sens, le par. 231(3) (*sic*) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu.

À la page 649, le juge Wilson a reconnu que l'adoucissement des normes de l'arrêt *Hunter* relativement aux dispositions concernant la demande, en raison de la qualification de la disposition législative comme mesure de réglementation, ne validerait pas toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *LIR*. Elle a poursuivi:

The state interest in monitoring compliance with the legislation must be weighed against an individual's privacy interest. The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. [Emphasis added.]

The point is that the characterization of certain offences and statutory schemes as "regulatory" or "criminal", although a useful factor, is not the last word for the purpose of *Charter* analysis. In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, a case in which the false/misleading advertising offence in the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, was attacked under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, La Forest J. said at p. 209 that "what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context", and held that the potential five-year prison term upon conviction of the offence was a deprivation of liberty requiring much greater safeguards to conform with s. 7 or 11(d) than the provisions at issue in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

This logic, in my view, applies in the present case. Section 231.3 contemplates and authorizes the physical entry and search, against the will of the occupant, of private premises, even those occupied by innocent third parties against whom no allegation of impropriety is levelled. The purpose of the search is to provide evidence to be used in the prosecution of *ITA* offences. Physical search of private premises (I mean private in the sense of private property, regardless of whether the public is permitted to enter the premises to do business) is the greatest intrusion of privacy short of a viola-

L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée. Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. [Je souligne.]

Il convient de dire que la qualification de certaines infractions et de certains régimes législatifs comme étant des «mesures de réglementation» ou des «mesures pénales», bien qu'il s'agisse d'un facteur utile, n'est pas décisive aux fins de l'analyse fondée sur la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, où l'infraction de publicité fautive ou trompeuse prévue dans la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23 et ses modifications, a été contestée sur le fondement de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, le juge La Forest a dit, à la p. 209, que «ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier», et il a conclu que la possibilité d'une peine d'emprisonnement de cinq ans à la suite d'une déclaration de culpabilité est une privation de liberté qui nécessite des garanties beaucoup plus importantes que les dispositions visées dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, pour respecter l'art. 7 ou l'al. 11d).

À mon avis, cette logique s'applique en l'espèce. L'article 231.3 prévoit et autorise l'entrée et la perquisition, contre le gré de l'occupant, dans des locaux privés, même ceux occupés par des tiers innocents à l'égard desquels il n'y a aucune allégation d'infraction. La perquisition a pour but de fournir des éléments de preuve qui seront utilisés dans les poursuites relatives à des infractions à la *LIR*. La perquisition dans des locaux privés (je veux dire privés au sens de propriété privée peu importe si le public y a accès pour faire des affaires) constitue la plus grave atteinte à la vie

tion of bodily integrity. It is quite distinct from compelling a person to appear for examination under oath and to bring with them certain documents, under a *subpoena duces tecum* (*Thomson Newspapers, supra*), or to produce documents on demand (*McKinlay Transport, supra*). Both La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. acknowledged in *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 520 and 594, respectively, that the power to search premises is more intrusive of an individual's privacy than the mere power to order the production of documents.

The intrusive nature of a physical search has been acknowledged by this Court on various occasions: see for example *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*. Warrants for the search of any premises constitute a significant intrusion on the privacy of an individual that is both upsetting and disruptive. Confidences, unrelated to the offence being investigated, may be subject to scrutiny by strangers. One should not lose sight of the fact that s. 231.3 allows for the search not only of business premises but also of the homes of the taxpayers as well as the premises of innocent third parties. Moreover, the premises of individuals whose relationship with the impugned taxpayer may be subject to professional privileges and whose offices may also contain confidential information regarding other individuals might also be subject to a search.

Given the intrusive nature of searches and the corresponding purpose of such a search to gather evidence for the prosecution of a taxpayer, I see no reason for a radical departure from the guidelines and principles expressed in *Hunter, supra*. The effect of any lessened expectation of privacy by reason of the character of the ITA will no doubt affect the exercise of discretion by an authorizing judge but cannot justify elimination of it.

privée, abstraction faite de l'atteinte à l'intégrité physique. Cela est tout à fait différent que d'obliger une personne à comparaître lors d'un interrogatoire sous serment et à apporter avec elle certains documents, en vertu d'un *subpoena duces tecum* (*Thomson Newspapers*, précité) ou à produire des documents sur demande (*McKinlay Transport*, précité). Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont tous deux reconnu dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 520 et 594 respectivement, que le pouvoir d'effectuer une perquisition dans un endroit porte plus atteinte à la vie privée d'un particulier que le simple pouvoir d'ordonner la production de documents.

La nature envahissante d'une perquisition a été reconnue par notre Cour à diverses occasions: voir, par exemple, *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité. Les mandats de perquisition constituent une atteinte importante à la vie privée d'un particulier qui est à la fois contrariante et perturbatrice. Des documents confidentiels qui n'ont rien à voir avec l'infraction qui fait l'objet de l'enquête, peuvent être examinés par des étrangers. Il ne faudrait pas oublier que l'art. 231.3 permet les perquisitions non seulement dans les locaux commerciaux mais également dans les foyers des contribuables ainsi que dans les locaux de tiers innocents. En outre, les locaux de particuliers dont les rapports avec le contribuable visé peuvent être assujettis au secret professionnel et dont les bureaux peuvent également contenir des renseignements confidentiels relatifs à d'autres personnes pourraient également faire l'objet d'une perquisition.

Compte tenu de la nature envahissante des perquisitions et de leur objet correspondant qui est de recueillir des éléments de preuve afin de poursuivre un contribuable, je ne vois aucune raison de s'écarter de façon radicale des lignes directrices et des principes exposés dans l'arrêt *Hunter*, précité. Toute réduction des attentes en matière de protection de la vie privée en raison de la nature de la LIR influera sans doute sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge appelé à donner l'autorisation, mais ne saurait en justifier l'élimination.

This is enough to dispose of the appeal. I will go on, however, to consider the other grounds on which the section was attacked and defended, as these were fully argued. The resolution of these additional grounds could affect the remedy which is appropriate.

(2) “Reasonable Grounds” to Believe: Subs. (3)

The second argument raised by the taxpayers in these two appeals revolves around a distinction between “reasonable grounds” and “reasonable and probable grounds”. The argument is that the requirement in s. 231.3(3) of “reasonable grounds” to believe the statutory criteria are met is constitutionally insufficient, since it is a lower standard than “reasonable and probable grounds”, and only the latter will satisfy s. 8. The argument owes its (precarious) existence in part to passages in *Hunter, supra*, which are invoked by both sides. On the one hand, Dickson J. said, at p. 168, that “reasonable and probable grounds, . . . constitutes the minimum standard”. On the other, he said, at p. 167, that the phrases “reasonable grounds to believe” in s. 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487) and “probable cause” in the American Fourth Constitutional Amendment were identical.

In my view nothing turns on the omission of the word “probable” from s. 231.3(3). The standard that the subsection sets out is one of credibly based probability, which is the standard required by s. 8 of the *Charter*. I respectfully disagree with Locke J.A.’s holding in *Kourtessis, supra*, that “reasonable” is not the same as “reasonable and probable”, and I find that his use of an interpretative “gloss” on the word to make it conform to constitutional requirements is an unnecessary strain on the meaning of the word. I prefer the reasoning of Lysyk J. in the British Columbia Supreme Court on this point. Lysyk J. noted that *Hunter, supra*, cast no doubt on the formulation “reasonable grounds” in s. 443 (now s. 487) of the *Criminal Code*, which is identical in that respect to s. 231.3(3) of the *ITA*. He held that the distinction relied on by the tax-

Cela est suffisant pour trancher le pourvoi. Toutefois, j’examinerai les autres moyens invoqués pour contester ou défendre la disposition car ils ont été discutés à fond. La façon de statuer sur ces moyens additionnels pourrait influencer sur la réparation qui convient.

(2) Les «motifs raisonnables» de croire: par. (3)

Le deuxième argument soulevé par les contribuables dans ces deux pourvois porte sur la distinction entre «motifs raisonnables» et «motifs raisonnables et probables». On soutient que l’exigence, au par. 231.3(3), de «motifs raisonnables» de croire qu’il y a respect des critères établis par la Loi n’est pas suffisante du point de vue constitutionnel car il s’agit d’une norme inférieure à celle des «motifs raisonnables et probables» et que seule cette dernière satisfera aux exigences de l’art. 8. Cet argument doit son existence (précaire) en partie à des passages de l’arrêt *Hunter*, précité, qui sont invoqués par les deux parties. D’une part, le juge Dickson affirme, à la p. 168, que «l’existence de motifs raisonnables et probables [. . .] constitue le critère minimal». D’autre part, il dit, à la p. 167, que les expressions «un motif raisonnable pour croire» à l’art. 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487) et «un motif plausible» dans le Quatrième amendement de la Constitution américaine sont identiques.

À mon avis, l’omission du terme «probable» au par. 231.3(3) est sans conséquence. La norme que ce paragraphe établit est celle de la probabilité fondée sur la crédibilité, qui est la norme prescrite par l’art. 8 de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec la conclusion du juge Locke dans l’arrêt *Kourtessis*, précité, que le terme «raisonnable» ne correspond pas à l’expression «raisonnable et probable», et je suis d’avis que son recours à une façon d’interpréter le terme de manière à le rendre conforme aux exigences de la Constitution revient à en forcer inutilement le sens. Je préfère le raisonnement du juge Lysyk de la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur ce point. Le juge Lysyk a souligné que l’arrêt *Hunter*, précité, ne sème aucun doute quant à la formulation «motifs raisonnables» qu’on trouve à

payers was a “refined distinction” of the type found in American jurisprudence under the Fourth Amendment, with its “probable cause” warrant clause, to be avoided in the interpretation of s. 8 of the *Charter*: *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix.

To my mind, *Hunter, supra*, does not give rise to legitimate controversy on this point. That decision required reasonable “and probable” grounds and simultaneously established that the two words import the same standard. “Reasonableness” comprehends a requirement of probability. As Wilson J. said in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1166, aff’g (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), at p. 219, the standard to be met in order to establish reasonable grounds for a search is “reasonable probability”. It appears that the normal statutory phrase in Canada is “reasonable grounds”, and that some of the remaining exceptions requiring “reasonable and probable grounds” have been amended in recent years, one imagines for the sake of uniformity, by deleting “and probable”: see Locke J.A.’s reasons in *Kourtesis, supra*, at pp. 24-25. This use of “reasonable grounds” as the basis for the issuance of search warrants is not constitutionally fatal. Rather, it meets the requirements of s. 8.

(3) Standard for the Discovery of Evidence:
Para. (3)(b)

The next point raised by the taxpayers is that s. 231.3(3)(b) waters down the minimum constitutional standard for the probability that the search will unearth evidence. This argument was accepted by the Federal Court of Appeal. The taxpayers rely on the following passage from the reasons of Dickson J. in *Hunter*, at p. 167:

l’art. 443 (maintenant l’art. 487) du *Code criminel*, qui est identique à cet égard au par. 231.3(3) de la *LIR*. Il a conclu que la distinction invoquée par les contribuables était une [TRADUCTION] «distinction subtile» du genre qu’on trouve dans la jurisprudence américaine relative au Quatrième amendement, avec sa clause sur les mandats qui parle d’un «motif plausible», et qui doit être évitée dans l’interprétation de l’art. 8 de la *Charte*: *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix.

À mon sens, l’arrêt *Hunter*, précité, ne soulève pas une controverse légitime sur ce point. Cet arrêt exigeait des motifs raisonnables «et probables» et établissait en même temps que les deux termes faisaient intervenir la même norme. Le «caractère raisonnable» comprend une exigence de probabilité. Comme le juge Wilson l’a dit dans l’arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1166, conf. (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), à la p. 219, la norme applicable pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables d’effectuer une perquisition est la «probabilité raisonnable». Il semblerait que l’expression législative normale au Canada soit «motifs raisonnables» et que, par souci d’uniformité pourrait-on penser, certaines des exceptions restantes qui exigent des «motifs raisonnables et probables» aient été modifiées au cours des dernières années, par l’abandon des termes «et probables»: voir les motifs du juge Locke dans l’arrêt *Kourtesis*, aux pp. 24 et 25. Cet emploi de l’expression «motifs raisonnables» pour justifier la délivrance des mandats de perquisition n’est pas fatal du point de vue constitutionnel. Il satisfait plutôt aux exigences de l’art. 8.

(3) La norme applicable à la communication de la preuve: al. (3)(b)

L’autre point que soulèvent les contribuables est que l’al. 231.3(3)(b) édulcore la norme constitutionnelle minimale relative à la probabilité que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve. La Cour d’appel fédérale a retenu cet argument. Les contribuables se fondent sur le passage suivant des motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Hunter*, à la p. 167:

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

This passage underscores the need to protect individuals against unreasonable searches in the form of "fishing expeditions" by the state. This Court established in *Hunter* that a standard of credibly based probability rather than mere suspicion should be applied in determining when an individual's interest in privacy is subordinate to the needs of law enforcement.

In my view, the taxpayers' argument and Hugessen J.A.'s holding that s. 231.3(3)(b) fails to meet this criterion is based on a misreading of the paragraph. There are important differences between the statutory language at issue here and in *Hunter*. The impugned section in *Hunter* provided that where the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch believed there "may be evidence" relevant to an inquiry, officers may search for and seize anything that "may afford . . . evidence": *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10(1). The provision at issue in the present litigation requires reasonable grounds to believe, *inter alia*, that something that "may afford evidence" is "likely to be found". This for-

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

Cet extrait souligne la nécessité de protéger les particuliers contre les perquisitions abusives sous forme de «recherches à l'aveuglette» effectuées par l'État. Notre Cour a établi dans l'arrêt *Hunter* que c'est la norme de la probabilité fondée sur la crédibilité plutôt que la norme du simple soupçon qui devrait être appliquée pour déterminer quand le droit d'un particulier à la protection de sa vie privée est subordonné aux besoins en matière d'application de la loi.

À mon avis, l'argument des contribuables et la conclusion du juge Hugessen que l'al. 231.3(3)b) ne satisfait pas à ce critère reposent sur une interprétation erronée de l'alinéa. Il existe des différences importantes entre le texte législatif visé en l'espèce et celui dont il est question dans l'arrêt *Hunter*. L'article contesté dans l'arrêt *Hunter* prévoyait que lorsque le directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions croit qu'il «peut exister des preuves» se rapportant à une enquête, les fonctionnaires peuvent effectuer une perquisition et saisir tout ce qui est «susceptible de fournir une preuve»: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, par. 10(1). La disposition attaquée en

mulation does not make the standard the “possibility of finding evidence”, which was rejected as too low in *Hunter* (at p. 167; emphasis in original). Rather, it meets the “credibly based probability” standard required by s. 8. The paragraph, by using the word “likely” in respect of the chance of finding the thing sought, imports the criterion of probability. The legislation in *Hunter*, *supra*, employed the lower threshold of “may” in respect of the chance of finding the thing sought, which was held to be unacceptable. When Dickson J. stated that at a minimum there must be reasonable and probable grounds to believe there is evidence to be found at the place of search (at p. 168), it must be remembered that he was addressing himself to the legislative requirement that “evidence may be found”, which made mere possibility of finding evidence the criterion. Dickson J.’s reasons in *Hunter* make it clear that the controlling standard is credibly based probability, not mere possibility. The word “likely” meets this standard. Its use in s. 231.3(3)(b) is reinforced by the explicit terms of s. 231.3(3)(c).

The word “may” is used in a different sense in s. 231.3(3)(b), namely regarding the evidential value of the thing sought. The use of the word “may” regarding the use of the thing found as evidence in a prosecution does not detract from the standard of probability of finding the thing sought; rather, it recognizes the nature of the investigative process. The concern in *Hunter* was with the probability of finding the things sought, not with the certitude that the things found will be used as evidence. The taxpayers do not restrict their argument to *Hunter*, however. They also refer to decisions striking down s. 111(1) of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), which employed the words “there may be found”: see, for example, *Goguen v. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45

l’espèce exige des motifs raisonnables de croire, notamment, qu’il est vraisemblable de trouver des choses qui «peuvent constituer des éléments de preuve». Cette formulation ne respecte pas la norme de la «possibilité de découvrir des éléments de preuve», qui a été rejetée parce qu’elle était trop faible dans l’arrêt *Hunter* (à la p. 167; souligné dans l’original). Elle respecte plutôt la norme de la «probabilité fondée sur la crédibilité» que prescrit l’art. 8. L’alinéa, par l’utilisation du terme «vraisemblable» relativement aux chances de découvrir la chose recherchée, fait intervenir le critère de la probabilité. La disposition législative dans l’arrêt *Hunter*, précité, recourait au seuil moins élevé du terme «peut» relativement aux chances de découvrir la chose recherchée, ce qui a été jugé inacceptable. Il faut se rappeler que, lorsque le juge Dickson a dit qu’il devait y avoir au moins des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition (p. 168), qu’il examinait l’exigence législative que «des éléments de preuve [puissent] être découverts», qui établissait comme critère la simple possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il ressort clairement des motifs du juge Dickson dans l’arrêt *Hunter* que la norme déterminante est la probabilité fondée sur la crédibilité et non pas la simple possibilité. Le terme «vraisemblable» respecte cette norme. L’emploi de ce terme à l’al. 231.3(3)(b) est renforcé par les termes explicites de l’al. 231.3(3)(c).

Le terme «peuvent» est utilisé dans un sens différent à l’al. 231.3(3)(b), c’est-à-dire en ce qui concerne la valeur probante de la chose recherchée. L’emploi du terme «peut» ou «peuvent» en ce qui concerne l’utilisation des choses découvertes comme éléments de preuve dans une poursuite ne déroge pas à la norme de la probabilité de découvrir la chose recherchée; il reconnaît plutôt la nature du processus d’enquête. Dans l’arrêt *Hunter*, on se préoccupait de la probabilité de découvrir les choses recherchées et non pas de la certitude que les choses découvertes seraient utilisées en preuve. Toutefois, les contribuables ne limitent pas leur argumentation à l’arrêt *Hunter*. Ils mentionnent également des décisions qui ont déclaré invalide le par. 111(1) de la *Loi sur les*

(N.B.C.A.); *Nima v. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419 (B.C.S.C. in Chambers). Their reliance on these decisions is misplaced, however. The objectionable language in the *Customs Act* had to do with the standard for finding the things sought, not for affording evidence of the offence.

The use of the word “may” regarding the use of the thing found as evidence in a prosecution simply reflects one of the simple realities of the investigation of offences. It is impossible to know with certainty at an early stage in any investigation what particular items will provide evidence in a trial. I concede that in some police or other official investigations there will be some items the evidential value of which is known beforehand and of which it can be said with confidence that “this thing will probably be found and if found, will be used as evidence at trial”. But this standard cannot be expected of every item that may be relevant to the commission of the offence. Moreover, even in what appear to be the clear cases, it is often impossible to know with certainty the evidential value of the things sought. That will often depend on further investigation and analysis after the search warrant is executed. Accordingly, to exact a higher standard would unduly restrict investigation and could not have been intended as a prerequisite to a valid search and seizure.

I conclude, therefore, that the standard “may afford evidence”, when coupled with a requirement of credibly based probability that the things sought are likely to be found, passes constitutional muster. I find support for this conclusion in the fact that, at common law, “may afford evidence” was considered a sufficient test for the issue of a warrant. As one judge put it in a fraud case:

douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), qui utilisait les termes «à la présence»; voir, par exemple, *Goguen c. Shannon* (1989), 50 C.C.C. (3d) 45 (C.A.N.-B.); *Nima c. McInnes* (1988), 45 C.C.C. (3d) 419 (C.S.C.-B. en chambre). Toutefois, ils se fondent à tort sur ces décisions. Le texte contestable de la *Loi sur les douanes* concernait la norme applicable pour découvrir les choses recherchées et non pour permettre de prouver l'infraction.

L'emploi du terme «peut» concernant l'utilisation de la chose découverte comme élément de preuve dans une poursuite reflète simplement l'une des réalités élémentaires de la procédure d'enquête relative aux infractions. Il est impossible de savoir avec certitude au début d'une enquête quels articles particuliers constitueront des éléments de preuve lors d'un procès. J'admets que, dans certaines enquêtes policières ou d'autres enquêtes officielles, il y a certains éléments dont la valeur probante est connue au préalable et dont on peut dire en toute confiance que «cet élément sera probablement découvert et, servira le cas échéant, d'élément de preuve au procès». Toutefois, on ne peut s'attendre à ce que cette norme s'applique à chaque élément qui peut être pertinent relativement à la perpétration de l'infraction. De plus, même dans ce qui semble être un cas évident, il est souvent impossible de connaître avec certitude la valeur probante des choses recherchées. Cela dépendra souvent d'une enquête et d'une analyse additionnelles après l'exécution du mandat de perquisition. En conséquence, exiger un critère plus strict limiterait indûment l'enquête et on ne peut avoir voulu qu'il constitue une condition préalable à une perquisition et à une saisie valides.

Par conséquent, je conclus que la norme «peuvent constituer des éléments de preuve», lorsqu'elle est conjuguée à l'exigence d'une probabilité, fondée sur la crédibilité, que les choses recherchées seront vraisemblablement découvertes est acceptable du point de vue constitutionnel. J'appuie cette conclusion sur le fait qu'en common law l'expression «peuvent constituer des éléments de preuve» a été considérée comme un critère suffisant pour décerner un mandat. Comme un juge l'a dit dans une affaire de fraude:

It is not necessary for the magistrate to satisfy himself that the documents sought to be searched in the case before this Court can prove the fraud alleged to have been committed. He need not adjudicate upon the question whether the offence was committed at the time he issued the search warrant, nor does he need to adjudicate on the question whether the documents sought can in fact assist in establishing the commission of the offence. He need only satisfy himself that there were reasonable grounds for believing that such documents could be of assistance in establishing the commission of the offence and that they were in the premises in respect of which the search warrant is sought. [Emphasis added.]

(*Wiens v. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341 (Man. Q.B.), at p. 347.)

Although counsel for the Attorney General of Canada is right in conceding, as he does in his factum, that the common law standard cannot dictate the constitutional standard, I agree with his submission that the logic of the common law decisions applies with added force to the complex commercial fraud and tax evasion cases of the modern era. As Hartt J. said in *R. v. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227 (Ont. H.C.), at pp. 238-39:

Where the alleged misconduct is of a complex nature in which funds are allegedly funnelled through a number of interrelated companies with a view to hiding their disposition, it seems to me that the number of documents that may afford evidence of such a violation may well be very great indeed. In such a case, an entire class of documents may in fact be necessary to trace the transactions. Granted, many documents in a file may not, in the final analysis, be relevant to any tax violation. However, it may be impossible to preclude their relevance without a detailed examination of all the documents seized.

And, in *Re Print Three Inc.*, *supra*, at p. 397, McKinnon A.C.J.O. for the court (Martin and Thorson J.J.A. concurring) stated:

... because of the extent and complexity of business affairs, made possible by modern technology and merchandising methods, it is impossible to define with exact

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que le magistrat soit convaincu que les documents dont la recherche est demandée en l'espèce puissent démontrer la fraude qui aurait été commise. Il n'a pas à trancher la question de savoir si l'infraction a été commise au moment où il a décerné le mandat de perquisition, ni celle de savoir si les documents recherchés peuvent en fait aider à établir la perpétration de l'infraction. Il suffit qu'il soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables de croire que ces documents pourraient aider à établir la perpétration de l'infraction et qu'ils se trouvaient dans les lieux à l'égard desquels le mandat de perquisition est demandé. [Je souligne.]

(*Wiens c. The Queen* (1973), 24 C.R.N.S. 341 (B.R. Man.), à la p. 347.)

Bien que l'avocat du procureur général du Canada ait raison d'admettre, comme il l'a fait dans son mémoire, que la norme de common law ne saurait dicter la norme constitutionnelle, je souscris à son argument selon lequel la logique des décisions fondées sur la common law s'applique avec une force accrue aux affaires complexes de fraude commerciale et d'évasion fiscale de l'époque moderne. Comme le juge Hartt l'a affirmé dans la décision *R. c. Burnett*, [1985] 2 C.T.C. 227 (H.C. Ont.), aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] Lorsqu'on allègue l'existence d'une inconduite de nature complexe en vertu de laquelle des fonds seraient détournés par l'entremise d'un certain nombre de sociétés intimement liées afin de dissimuler leur aliénation, il me semble que le nombre de documents susceptibles de constituer des éléments de preuve d'une telle violation puisse être effectivement très élevé. Dans un tel cas, toute une catégorie de documents peut en fait être nécessaire pour retracer les opérations. Il va de soi qu'il se peut, en dernière analyse, que bien des documents dans un dossier ne soient pas pertinents en ce qui concerne une fraude fiscale. Toutefois, il est impossible d'en écarter la pertinence sans un examen détaillé de tous les documents saisis.

De plus, dans l'arrêt *Re Print Three Inc.*, précité, à la p. 397, le juge en chef adjoint McKinnon de l'Ontario affirme, au nom de la cour (avec l'appui des juges Martin et Thorson):

[TRADUCTION] ... en raison de l'étendue et de la complexité des affaires commerciales, à cause de la technologie et des méthodes commerciales modernes, il est

precision the documents sought in cases involving fraud or tax evasion.

Given the inherent problems in specifying the particular items sought to be seized and determining how they fit into a complex pattern of economic activity, the appropriateness of the "may afford evidence" standard in the context of income tax investigations is apparent.

I therefore respectfully disagree with Hugessen J.A.'s accession to the taxpayers' argument on this point (at p. 708), and hold that the language of s. 231.3(3)(b) is consistent with the right to be secure against unreasonable search or seizure in s. 8 of the *Charter*.

(4) Wholesale Search And Seizure: Subs. (5)

Finally, s. 231.3(5) is attacked for allowing the same kind of "wholesale search and seizures" without prior authorization found under the predecessor legislation to violate s. 8 of the *Charter*. The Attorney General of Canada and the interveners argued that given the nature of the documents involved the provision is a reasonable extension if not a reflection of the "plain view" doctrine permitting the seizure of articles in plain view. The taxpayers submit that s. 231.3(5) goes beyond plain view seizures since it will rarely be apparent whether a particular document constitutes evidence of a violation of the *ITA*. The difficulty in dealing with this question is that we face it in a factual vacuum since there is no indication that documents were seized in reliance on this provision. We are always loathe to adjudicate constitutional issues in the absence of a factual foundation: *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361 and 366; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 762 and 767-68. I think the issue should be left to be resolved until such time as this Court is presented with a situation in which the provision was relied upon to seize documents. In view of the remedy which I

impossible de définir avec précision les documents qui sont recherchés dans les affaires de fraude ou d'évasion fiscale.

Étant donné les difficultés qu'il y a à préciser les éléments particuliers qu'on demande à saisir, et à déterminer de quelle façon ils s'inscrivent dans un ensemble complexe d'activité économique, la justesse du critère «peuvent constituer des éléments de preuve» est évidente dans le contexte des enquêtes en matière d'impôt sur le revenu.

En toute déférence, je suis par conséquent en désaccord avec l'acceptation par le juge Hugessen de l'argument des contribuables sur ce point (à la p. 708), et je conclus que le texte de l'al. 231.3(3)(b) est conforme au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que garantit l'art. 8 de la *Charte*.

(4) Les perquisitions et les saisies générales: par. (5)

Enfin, le par. 231.3(5) est contesté parce qu'il permet le même genre de «perquisitions et de saisies générales» sans l'autorisation préalable qui, sous le régime de la disposition législative précédente, a été jugée contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Le procureur général du Canada et les intervenants ont fait valoir que, compte tenu de la nature des documents visés, la disposition constitue un élargissement raisonnable voire un reflet de la théorie des «objets bien en vue» qui permet la saisie des objets bien en vue. Les contribuables soutiennent que le par. 231.3(5) va plus loin que les saisies d'objets bien en vue parce qu'il sera rarement évident qu'un document particulier constitue un élément de preuve de la violation de la *LIR*. Le problème que soulève cette question est qu'elle se pose dans l'abstrait car il n'y a aucune indication que des documents ont été saisis sur le fondement de cette disposition. Nous n'aimons jamais trancher des questions constitutionnelles en l'absence de fondement factuel: *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 366; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 762, 767 et 768. Je crois que la question devrait être tranchée lorsque notre Cour

have adopted, s. 231.3 will have to be re-enacted and therefore the terms of this subsection may warrant reconsideration. Moreover, I believe that the provision is couched in language that is susceptible to interpretation so as to confine it within constitutional limits on the basis outlined by Lamer J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. On this basis, the authority to seize might be limited to documents that could be seized on the basis of the "plain view" doctrine with appropriate refinements to comport with the special circumstance of income tax investigation.

C. Section 1

As I said at the outset of my reasons, I do not intend to engage in any s. 1 analysis since neither the appellants nor the interveners in this appeal, nor, indeed, the respondent or the interveners in *Kourtessis*, have made any submissions or directed us to any evidence capable of demonstrating that s. 231.3, if unreasonable for the purposes of s. 8, is yet reasonable and demonstrably justified for the purposes of s. 1. The burden was on the government to establish that the law constituted a reasonable limit, and it has made no attempt to do so. As observed by Dickson J. in *Hunter*, it is problematic as to "what further balancing of interests, if any, may be contemplated by s. 1, beyond that envisaged by s. 8" (at pp. 169-70). Presumably for the same reason, other cases in this Court which have considered s. 8 of the *Charter* have not addressed s. 1.

D. Remedy

The Federal Court of Appeal by its formal order quashed the search warrants and declared and ordered the return of the documents seized under the authority of the warrant. The reasons, however, include "a declaration that s. 231.3 of the *Income Tax Act* is of no force or effect". This declaration is

aura à se prononcer sur une situation dans laquelle on se sera fondé sur la disposition pour saisir des documents. Compte tenu de la réparation que j'ai adoptée, l'art. 231.3 devra être adopté de nouveau et, par conséquent, il pourra être justifié de revoir le texte de cet article. De plus, je crois que la disposition est rédigée en des termes susceptibles d'être interprétés de manière conforme aux limites constitutionnelles établies par le juge Lamer dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Pour ce motif, le pouvoir de saisie pourrait être limité aux documents susceptibles d'être saisis selon la théorie des «objets bien en vue» en effectuant les adaptations qui s'imposent en raison des circonstances spéciales d'une enquête en matière d'impôt sur le revenu.

a C. L'article premier

Comme je l'ai dit au début de mes motifs, je n'ai pas l'intention de m'engager dans une analyse fondée sur l'article premier étant donné que ni les appelants ni les intervenants en l'espèce, ni même l'intimé ou les intervenants dans l'arrêt *Kourtessis* ne nous ont présenté d'arguments ou d'éléments de preuve susceptibles de démontrer que l'art. 231.3, s'il est abusif aux fins de l'art. 8, est toutefois raisonnable et que sa justification peut se démontrer aux fins de l'article premier. Il incombait au gouvernement de démontrer que la loi constituait une limite raisonnable et il n'a pas tenté de le faire. Comme le juge Dickson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Hunter*, la question de savoir «quelle autre prépondérance des droits, s'il y a lieu, peut être envisagée par l'art. 1 outre celle qu'envisage l'art. 8» (à la p. 170) pose un problème. C'est vraisemblablement pour la même raison que notre Cour n'a pas abordé l'article premier dans d'autres arrêts qui ont porté sur l'art. 8 de la *Charte*.

D. Réparation

La Cour d'appel fédérale a, par son ordonnance formelle, annulé les mandats de perquisition et ordonné la remise des documents saisis en vertu des mandats. Toutefois, les motifs contiennent [TRADUCTION] «une déclaration que l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est inopérant».

omitted from the formal judgment but I assume this was an oversight. No submissions were made by the appellants to the effect that, if the appeal failed, the relief granted by the Court of Appeal should be varied. The order sought in the appellants' factum is that "the appeal be allowed, with costs, and the application to set aside the search warrant be dismissed". The Attorney General of Canada also submits that the constitutional question be answered in the negative. Technically, therefore, the issue of a remedy other than that which was granted by the Court of Appeal is not properly before us.

Furthermore, there is no question that striking out s. 231.3 is an appropriate, if not the most appropriate remedy. The subsection I have found constitutionally inadequate is the one prescribing the conditions precedent for the issuance of a warrant. Issuing the warrant is the linchpin of the whole scheme, and all the other parts of the section depend for their relevance upon, and are inextricably caught up with, the valid issuance of a search warrant. Without the power to issue a warrant, the rest of the section is meaningless. "Reading down" by amending the clear intent of a statutory provision may be appropriate in some cases. The decision to do so requires a determination that this remedy will constitute the lesser intrusion into the role of the legislature consistent with upholding the values and objectives of the *Charter*. See *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707. This is a determination that I am not prepared to make in the absence of submissions by the Attorney General of Canada on behalf of the Government of Canada that reading down will constitute a lesser intrusion.

VII. Disposition

I would dismiss the appeal with costs. The judgment of the Court of Appeal is restored but its for-

Cette déclaration est omise dans l'arrêt formel mais je présume qu'il s'agit là d'un oubli. Les appelants n'ont présenté aucun argument selon lequel, en cas de rejet du pourvoi, la réparation accordée par la Cour d'appel devrait être modifiée. L'ordonnance demandée dans le mémoire des appelants est que [TRADUCTION] «le pourvoi soit accueilli avec dépens et que la demande d'annulation du mandat de perquisition soit rejetée». Le procureur général du Canada soutient également qu'il convient de répondre à la question constitutionnelle par la négative. Donc, techniquement, nous ne sommes pas régulièrement saisis de la question d'une réparation autre que celle qui a été accordée par la Cour d'appel.

En outre, il est évident que l'annulation de l'art. 231.3 constitue une réparation appropriée, voire la réparation la plus appropriée. Le paragraphe qui, à mon avis, est inadéquat du point de vue constitutionnel est celui qui prescrit les conditions préalables à la délivrance d'un mandat. Tout le régime est fondé sur la délivrance du mandat et toutes les autres parties de l'article dépendent, pour ce qui est de leur pertinence, de la délivrance valide d'un mandat de perquisition et sont inextricablement liées à celle-ci. En l'absence du pouvoir de décerner un mandat, le reste de l'article est dépourvu de sens. Dans certains cas, il peut être à propos de donner une «interprétation atténuée» en modifiant l'intention manifeste d'une disposition législative. Une telle décision exige qu'on détermine que cette réparation constituera l'ingérence la moins importante dans le rôle du législateur qui correspond au maintien des valeurs et des objectifs de la *Charte*. Voir l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104, et l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 707. Il s'agit d'une décision que je ne suis pas prêt à prendre en l'absence d'arguments, avancés par le procureur général du Canada pour le compte du gouvernement du Canada, selon lesquels l'interprétation atténuée constituera une ingérence moins importante.

VII. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. L'arrêt de la Cour d'appel est rétabli mais il y a

mal order should be amended to include the declaration with respect to the invalidity of s. 231.3. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Whether s. 231.3 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended by S.C. 1986, c. 6, limits the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11, and is consequently of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

Answer: Yes, in that s. 231.3(3) violates s. 8.

Appeal dismissed with costs. Section 231.3(3) of the Income Tax Act violates s. 8 of the Charter and is of no force or effect.

Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Phillips & Vineberg, Montreal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Montreal.

lieu de modifier son ordonnance formelle de manière à inclure le jugement déclaratoire relatif à l'invalidité de l'art. 231.3. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la manière suivante:

Question: L'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifié par S.C. 1986, ch. 6, limite-t-il les droits et libertés garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, et est-il, par conséquent, inopérant conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

Réponse: Oui, du fait que le par. 231.3(3) viole l'art. 8.

Pourvoi rejeté avec dépens. Le paragraphe 231.3(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu viole l'art. 8 de la Charte et est inopérant.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs des intimés: Phillips & Vineberg, Montréal.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Montréal.