

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Lavallee, Rackel & Heintz, Barristers and Solicitors, and Andrew Brent Polo** *Respondents*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Alberta, the Law Society of Alberta and the Federation of Law Societies of Canada** *Interveners*

and between

**White, Ottenheimer & Baker** *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

**The Attorney General of Canada** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Alberta and the Federation of Law Societies of Canada** *Interveners*

and between

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Jeffrey Fink** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney**

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Lavallee, Rackel & Heintz, avocats, et Andrew Brent Polo** *Intimés*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de l'Alberta, la Law Society of Alberta et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada** *Intervenants*

et entre

**White, Ottenheimer & Baker** *Appellants/ Intimés au pourvoi incident*

c.

**Le procureur général du Canada** *Intimé/ Appelant au pourvoi incident*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de l'Alberta et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada** *Intervenants*

et entre

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Jeffrey Fink** *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur**

**General for Alberta and the Canadian Bar Association** *Interveners*

**INDEXED AS: LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); R. v. FINK**

**Neutral citation: 2002 SCC 61.**

File Nos.: 27852, 28144, 28385.

2001: December 13; 2002: September 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.*

*Criminal law — Procedure — Solicitor-client privilege — Police seizing documents from law offices under warrants — Criminal Code procedure to protect solicitor-client privilege followed — Whether procedure infringes right against unreasonable search or seizure — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.*

These appeals bring into question whether s. 488.1 of the *Criminal Code*, which sets out a procedure for determining a claim of solicitor-client privilege in relation to documents seized from a law office under a warrant, infringes s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the infringement is justified

**général de l'Alberta et l'Association du Barreau canadien** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : LAVALLEE, RACKEL & HEINTZ c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL); WHITE, OTTENHEIMER & BAKER c. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL); R. c. FINK**

**Référence neutre : 2002 CSC 61.**

N<sup>os</sup> du greffe : 27852, 28144, 28385.

2001 : 13 décembre; 2002 : 12 septembre.

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Documents de cabinets d'avocats saisis par la police en vertu d'un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.*

*Droit criminel — Procédure — Secret professionnel — Documents de cabinets d'avocats saisis par la police en vertu d'un mandat — Application de la procédure du Code criminel visant à protéger le privilège des communications entre client et avocat — La procédure porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1.*

La question soumise à la Cour dans les présents pourvois est celle de savoir si l'art. 488.1 du *Code criminel*, qui établit une procédure permettant de décider si le secret professionnel de l'avocat s'applique aux documents saisis dans un bureau d'avocat en vertu d'un mandat, porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne*

under s. 1. This procedure mandates that the material be sealed at the time of the search, that the solicitor make application within strict time lines for a determination that the material is indeed protected by privilege, and that, with the permission of the court, the Crown may be permitted to examine the material in order to assist in a determination on the issue of the existence of privilege.

The issue is brought before the Court by way of three separate appeals from the provinces of Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*), Newfoundland and Labrador (*White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*) and Ontario (*R. v. Fink*). In all three cases, materials were seized by the police from law offices pursuant to warrants, the procedures prescribed by s. 488.1 for the protection of materials possibly protected by solicitor-client privilege were followed and claims of solicitor-client privilege were made by the law firms on their clients' behalf. In *Lavallee*, a motion to quash the warrant on constitutional grounds was dismissed but the Court of Queen's Bench struck down s. 488.1 as unconstitutional and the Court of Appeal affirmed that decision. In *White*, the Supreme Court of Newfoundland dismissed an application for a declaration that s. 488.1 of the *Code* and s. 232 of the *Income Tax Act* were contrary to s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the appeal in part, resorting to the remedial techniques of severance and reading-in to salvage the impugned section of the *Code*. In *Fink*, an application for an order declaring s. 488.1 of the *Code* to be inconsistent with s. 8 of the *Charter* was dismissed by the Superior Court of Justice but that decision was reversed by the Court of Appeal.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal in *Lavallee* should be dismissed. The appeal in *White* should be allowed and the cross-appeal dismissed. The appeal in *Fink* should be dismissed. Section 488.1 of the *Criminal Code* is unconstitutional.

*Per* McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: Since s. 8 of the *Charter* only protects against unreasonable searches and seizures, the issue is whether the procedure set out by s. 488.1 results in a reasonable search and seizure of potentially privileged documents in the possession of a lawyer. Section 488.1 permits solicitor-client privilege to fall through the interstices of its inadequate procedure. This possible automatic loss of solicitor-client privilege through the normal operation of the law is not reasonable.

*des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée en vertu de l'article premier. Cette procédure exige que les documents soient scellés lors de la perquisition, que l'avocat demande dans des délais stricts qu'il soit statué sur la question de savoir si les documents sont effectivement protégés par le privilège et que, avec l'autorisation de la cour, le ministère public puisse examiner tous les documents afin d'aider celle-ci à trancher la question de l'existence du privilège.

La question est soumise à la Cour dans trois pourvois distincts provenant de l'Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*), de Terre-Neuve-et-Labrador (*White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*) et de l'Ontario (*R. c. Fink*). Dans ces trois affaires, la police a saisi des documents dans des cabinets d'avocats en vertu d'un mandat, les procédures prévues par l'art. 488.1 pour la protection de documents susceptibles d'être protégés par le privilège des communications entre client et avocat ont été suivies et les cabinets d'avocats ont invoqué le secret professionnel au nom de leurs clients. Dans *Lavallee*, la requête en annulation du mandat pour inconstitutionnalité est rejetée, mais la Cour du Banc de la Reine annule l'art. 488.1, le déclarant inconstitutionnel, et la Cour d'appel confirme cette décision. Dans *White*, la Cour suprême de Terre-Neuve rejette la demande d'un jugement déclaratoire selon lequel les art. 488.1 du *Code* et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vont à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel accueille l'appel en partie, recourant aux techniques réparatrices de la dissociation et de l'interprétation large pour justifier la disposition contestée du *Code*. Dans *Fink*, la Cour supérieure de justice rejette la demande d'une ordonnance déclarant l'art. 488.1 du *Code* incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*, mais la Cour d'appel infirme cette décision.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie) : Le pourvoi dans l'arrêt *Lavallee* est rejeté. Le pourvoi dans l'arrêt *White* est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le pourvoi dans l'arrêt *Fink* est rejeté. L'article 488.1 du *Code criminel* est inconstitutionnel.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Étant donné que l'art. 8 de la *Charte* ne protège que contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, il s'agit de déterminer si la procédure prévue à l'art. 488.1 donne lieu à une perquisition abusive et à la saisie abusive de documents en la possession d'un avocat, y compris les documents susceptibles d'être privilégiés. L'article 488.1 entraîne la disparition du privilège en raison des failles de la procédure prescrite. La perte automatique possible du privilège par l'application normale de la loi ne peut pas être raisonnable.

Where the interest at stake is solicitor-client privilege, which is a principle of fundamental justice and a civil right of supreme importance in Canadian law, the usual exercise of balancing privacy interests and the exigencies of law enforcement is not particularly helpful because the privilege is a positive feature of law enforcement, not an impediment to it. Given that solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible to retain its relevance, the Court must adopt stringent norms to ensure its protection. The procedure set out in s. 488.1 must minimally impair solicitor-client privilege to pass *Charter* scrutiny.

Section 488.1 more than minimally impairs solicitor-client privilege and amounts to an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. Its constitutional failings can result from: (1) the absence or inaction of the solicitor; (2) the naming of clients; (3) the fact that notice is not given to the client; (4) its strict time limits; (5) an absence of discretion on the part of the judge determining the existence of solicitor-client privilege; and (6) the possibility of the Attorney General's access prior to that judicial determination. The one principal, fatal feature shared by them is the potential breach of solicitor-client privilege without the client's knowledge, let alone consent. The fact that competent counsel will attempt to ascertain the whereabouts of their clients and will likely assert blanket privilege at the outset does not obviate the state's duty to ensure sufficient protection of the rights of the privilege holder. Privilege does not come into being by an assertion of a privilege claim; it exists independently. Section 488.1 provides that reasonable opportunity to ensure that the privileged information remains so must be given to the privilege keeper, but not to the privilege holder. It cannot be assumed that the lawyer is the *alter ego* of the client. Section 488.1(8), which provides that no examination may be carried out without affording a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made, cannot raise this entire procedural scheme to a standard of constitutional reasonableness given this failure to address directly the client's entitlement to ensure the adequate protection of his or her rights.

The absence of judicial discretion in the determination of the validity of an asserted claim of privilege is the second fatal flaw in the statutory scheme. A residual discretion cannot be read in s. 488.1(6), which confers an entitlement on the Crown to access the seized documents

Lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel de l'avocat — principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien — l'habituel exercice d'établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et les exigences de l'application de la loi n'est pas particulièrement utile. En effet, le privilège est une caractéristique positive de l'application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci. Étant donné que le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence, la Cour est tenue d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection. La procédure prévue à l'art. 488.1 ne peut résister à l'examen de la *Charte* que si elle donne lieu à une atteinte minimale au secret professionnel de l'avocat.

L'article 488.1 porte atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l'avocat et équivaut donc à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Ses lacunes constitutionnelles peuvent être attribuables aux facteurs suivants : (1) l'absence ou l'inaction de l'avocat; (2) l'obligation de désigner nommément les clients; (3) l'absence d'avis au client; (4) les délais stricts; (5) l'absence de pouvoir discrétionnaire de la part du juge pour décider s'il existe un privilège avocat-client; et (6) l'accès du procureur général avant qu'une décision judiciaire soit rendue. La caractéristique dominante fatale qu'elles ont toutes en commun est la violation potentielle du secret professionnel de l'avocat sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti. Même si l'avocat compétent essaiera de joindre son client et qu'il invoquera vraisemblablement le privilège général dès le départ, l'État a l'obligation de veiller à ce que les droits du détenteur du privilège demeurent suffisamment protégés. Le privilège ne prend pas effet seulement au moment où il est invoqué; il existe indépendamment de sa revendication. Selon l'article 488.1, le gardien du privilège, mais pas son détenteur, doit avoir une occasion raisonnable de préserver la confidentialité des renseignements privilégiés. On ne peut pas simplement tenir pour acquis que l'avocat est l'*alter ego* du client. Le paragraphe 488.1(8), qui dispose que nul ne peut examiner un document sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat, ne peut rendre l'ensemble de ce régime raisonnable du point de vue constitutionnel alors qu'il ne traite pas directement du droit que le client devrait avoir pour veiller à la protection adéquate de ses droits.

La seconde lacune fatale du régime législatif est l'absence de pouvoir discrétionnaire du juge qui statue sur la validité de l'objection fondée sur le privilège. On ne peut pas déceler un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge au par. 488.1(6), qui confère au ministère public un

if an application has not been made, or has not been proceeded with, within the time limits imposed by subss. (2) and (3). This mandatory disclosure of potentially privileged information, in a case where the court has been alerted to the possibility of privilege by the fact that the documents were sealed at the point of search, cannot be said to impair the privilege minimally. Reasonableness dictates that courts must retain a discretion to decide whether materials seized in a lawyer's office should remain inaccessible to the State as privileged information if and when, in the circumstances, it is in the interest of justice to do so.

The provision in s. 488.1(4)(b) which permits the Attorney General to inspect the seized documents where the applications judge is of the opinion that it would materially assist him or her in deciding whether the document is privileged is also an unjustifiable impairment of the privilege. Granting the Crown access to confidential solicitor-client communications would diminish the public's faith in the administration of justice and create a potential for abuse. This provision is unduly intrusive upon the privilege and of limited usefulness in determining its existence.

Section 488.1 cannot be infused with reasonableness, in a constitutional sense, on the basis of an assumption that the prosecution will behave honourably. Nor can it be saved by s. 1: while effective police investigations are a pressing and substantive concern, s. 488.1 does not establish proportional means to achieve that objective. The provision should be struck down. The process for seizing documents in the possession of a lawyer is a delicate matter which presents some procedural options that are best left to Parliament.

The following guidelines reflect present-day constitutional imperatives for the protection of solicitor-client privilege and apply to law office searches until new legislation is in place. (1) A search warrant should not issue for documents known to be protected by solicitor-client privilege. (2) As well, they should not issue if other reasonable alternatives to the law office search exist. (3) The issuing justice must be rigorously demanding with respect to solicitor-client privilege. (4) Unless otherwise authorized by the warrant, all documents in a lawyer's possession must be sealed before being examined or seized. (5) Every effort must be made to contact the lawyer and the client when the search warrant is executed and, where the lawyer or the client cannot be contacted, a representative of the Bar should oversee the sealing and seizure of documents. (6) The investigating officer

droit d'accès aux documents saisis si on n'a fait aucune demande, ou si on n'a pas donné suite à celle-ci, avec la célérité requise par les par. (2) et (3). On ne peut pas dire que cette communication obligatoire de renseignements potentiellement privilégiés porte atteinte le moins possible au privilège dans un cas où la cour a été mise au courant de la possibilité de l'existence de celui-ci par la mise sous scellés des documents au moment de la perquisition. La norme du caractère raisonnable dicte que les tribunaux doivent conserver le pouvoir discrétionnaire de décider si les documents saisis dans le bureau d'un avocat doivent demeurer inaccessibles à l'État en raison de leur caractère privilégié lorsque, dans les circonstances, il est dans l'intérêt de la justice qu'ils le demeurent.

L'alinéa 488.1(4)(b) porte atteinte de façon injustifiable au privilège, car il permet au procureur général d'examiner les documents saisis lorsque le juge des demandes est d'avis que cela l'aiderait à rendre sa décision sur leur caractère privilégié. En permettant au ministère public d'avoir accès aux communications confidentielles entre client et avocat, on risquerait de diminuer la confiance du public dans l'administration de la justice et de créer des abus. Cette disposition porte indûment atteinte au privilège et a une utilité limitée pour la détermination de son existence.

On ne peut pas conférer à l'art. 488.1 un caractère raisonnable du point de vue constitutionnel en se fondant sur la présomption que la poursuite se comportera de façon honorable. On ne peut pas non plus le justifier par l'article premier : bien que l'efficacité des enquêtes policières soit une préoccupation de fond urgente, l'art. 488.1 ne prévoit pas de moyens proportionnés pour atteindre cet objectif. Cet article doit être annulé. La saisie de documents en la possession d'un avocat est une question délicate comportant des choix de procédure qu'il incombe davantage au législateur de faire.

Les lignes directrices qui suivent reflètent les impératifs constitutionnels actuels en matière de protection du secret professionnel de l'avocat et s'appliquent aux perquisitions dans des bureaux d'avocats jusqu'à la mise en œuvre de nouvelles dispositions législatives. (1) Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat. (2) Aucun mandat de perquisition dans un bureau d'avocats ne peut être décerné non plus s'il existe d'autres solutions de rechange raisonnables. (3) Le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant pour ce qui est des communications entre client et avocat. (4) Sauf autorisation contraire du mandat, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou saisis. (5) Il faut faire tous les efforts

executing the warrant should report the efforts made to contact all potential privilege holders to the justice of the peace. These privilege holders should then be given a reasonable opportunity to assert a claim of privilege and, if that claim is contested, to have the issue judicially decided. (7) If notification of potential privilege holders is not possible, the lawyer who had custody of the documents seized, or another lawyer appointed either by the Law Society or by the court, should examine the documents to determine whether a claim of privilege should be asserted, and should be given a reasonable opportunity to do so. (8) The Attorney General may make submissions on the issue of privilege but should not be permitted to inspect the documents beforehand, and the prosecuting authority can only inspect the documents if and when it is determined by a judge that the documents are not privileged. (9) Where sealed documents are found not to be privileged, they may be used in the normal course of the investigation. (10) Where documents are found to be privileged, they are to be returned immediately to the holder of the privilege, or to a person designated by the court.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. (dissenting in part): Section 488.1 of the *Criminal Code* does not infringe either s. 7 or s. 8 of the *Charter*, with the exception of s. 488.1(4), which may lead to improper and premature disclosures of confidential information and therefore violates s. 8. It aims at protecting privilege, not destroying it, and builds on jurisprudential and legislative rules governing the issuance of search warrants. The procedure includes a number of safeguards which require a proper understanding of the role of counsel in the implementation of the provisions at issue. Lawyers have obligations flowing from their rights and privileges. As long as society and courts can assume that lawyers will behave in a competent and ethical manner, s. 488.1 grants adequate protection to professional privilege and to the interests of the clients of law firms.

While the provision's 14-day time limit is short, this brevity does not render it unconstitutional. The short time limit does not appear to have been designed as a trap for overworked or careless lawyers, but as a procedural constraint designed to speed things up and move them to a quick disposition. Although s. 488.1 does not explicitly grant the power to extend the time limit, the trend of jurisprudential developments in respect of time limits and limitation periods has been to acknowledge the existence of a broad judicial power to grant relief or extend

possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition et, lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, un représentant du Barreau devrait superviser la mise sous scellés et la saisie des documents. (6) L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux. (7) S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège. (8) Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance et l'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés. (9) Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête. (10) Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel (dissidents en partie) : L'article 488.1 du *Code criminel* ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 8 de la *Charte*, à l'exception du par. 488.1(4), qui peut mener à des communications prématurées et injustifiées de renseignements confidentiels et qui porte donc atteinte à l'art. 8. Il vise à protéger le privilège et non à le supprimer. Il s'appuie sur les règles jurisprudentielles et législatives régissant la délivrance des mandats de perquisition. Le processus comporte des garanties qui exigent une bonne compréhension du rôle des avocats dans la mise en œuvre des dispositions en cause. Les avocats ont des obligations qui découlent de leurs droits et privilèges. Tant que la société et les tribunaux peuvent supposer que les avocats agiront avec compétence et selon leur code de déontologie, l'art. 488.1 accorde une protection adéquate au secret professionnel et aux droits des clients des cabinets d'avocats.

Même si le délai de 14 jours est court, sa brièveté ne le rend pas inconstitutionnel. Il ne semble pas avoir été conçu comme un piège pour les avocats débordés de travail ou négligents, mais comme une contrainte procédurale visant à accélérer les choses et à les faire régler rapidement. Bien que l'art. 488.1 ne confère pas expressément le pouvoir de proroger le délai, la tendance de la jurisprudence à l'égard des délais ordinaires et des délais de prescription a été de reconnaître l'existence d'un vaste pouvoir des tribunaux d'accorder réparation

time limits. A showing of inability or impossibility to act within the stated time has been found sufficient to grant an extension or other appropriate relief. Since the identity and whereabouts of a client are sometimes better known to lawyers, the failure to include a requirement of notice to the client does not amount to a flaw.

A requirement that the lawyer identify the client by name would breach the privilege. Naming, however, does not necessarily amount to identifying by name for the name used need not be the true or full name of an individual. The impugned provision seeks to avoid broad claims of privilege. At a subsequent stage of the proceedings, the question of the confidentiality of names and the measures necessary to protect it would fall to be decided by the court.

### Cases Cited

By Arbour J.

**Applied:** *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, aff'g (1980), 16 C.R. (3d) 188, aff'g [1978] C.S. 792; **considered:** *Festing v. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98, aff'g in part (2000), 31 C.R. (5th) 203; *R. v. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164; *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184; *Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3; *Canada (Attorney General) v. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Thorson v. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 162, 161 C.C.C. (3d) 64 (*sub nom. R. v. Charron*), leave to appeal granted, [2002] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

ou de proroger les délais. La preuve de l'incapacité ou de l'impossibilité d'agir dans le délai mentionné a été considérée comme étant suffisante pour que soit accordée une prorogation ou une autre réparation appropriée. Étant donné que l'identité du client et le lieu où il se trouve sont parfois mieux connus des avocats, le fait de ne pas avoir prévu l'obligation de donner un avis au client n'équivaut pas à un vice.

L'obligation pour l'avocat d'identifier le client par son nom porterait atteinte au privilège. Toutefois, l'identification n'équivaut pas nécessairement à identifier par le nom, car le nom utilisé peut ne pas être le véritable nom d'une personne ou son nom en entier. La disposition contestée cherche à annuler les objections générales fondées sur le privilège. Plus tard dans la procédure, il incomberait à la Cour de statuer sur la question de la confidentialité des noms et celle des mesures nécessaires pour la protéger.

### Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

**Arrêt appliqué :** *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, conf. (1980), 16 C.R. (3d) 188, conf. [1978] C.S. 792; **arrêts examinés :** *Festing c. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98, conf. en partie (2000), 31 C.R. (5th) 203; *R. c. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164; *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] C.F. 184; *Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337; *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3; *Canada (Attorney General) c. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thorson c. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Maranda c. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 162, demande d'autorisation de pourvoi accordée, [2002] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

By LeBel J. (dissenting in part)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858; *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 10(b), 11(b).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487, 488.1 [ad. c. 27 (1st Suppl.), s. 71].  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 232, 239(1)(a), (d).

### Authors Cited

Bloom, Lackland H., Jr. “The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions” (1980), 69 *Geo. L.J.* 1.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, January 22, 1985, p. 5:9.  
 Canada. Law Reform Commission. Report 24. *Search and Seizure*. Ottawa: The Commission, 1984.  
 Chasse, Kenneth L. “The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants” (1977), 36 C.R.N.S. 349.  
 Davis, John E. “Law Office Searches: The Assault on Confidentiality and the Adversary System” (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.  
 Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2002, release 1).

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858; *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 10(b), 11(b).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487, 488.1 [aj. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 71].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 232, 239(1)a), d).

### Doctrine citée

Bloom, Lackland H., Jr. « The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions » (1980), 69 *Geo. L.J.* 1.  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n<sup>o</sup> 5, 22 janvier 1985, p. 5:9.  
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Ottawa : La Commission, 1984.  
 Chasse, Kenneth L. « The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants » (1977), 36 C.R.N.S. 349.  
 Davis, John E. « Law Office Searches : The Assault on Confidentiality and the Adversary System » (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.  
 Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto : Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2002, release 1).

Kasting, Robert A. “Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege” (1978), 24 *McGill L.J.* 115.

Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Toronto: Butterworths, 1993.

Pinard, Danielle. “Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*” (1990), 35 *McGill L.J.* 305.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEAL (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*) from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 25, 255 A.R. 86, 220 W.A.C. 86, 143 C.C.C. (3d) 187, 73 C.R.R. (2d) 58, [2000] 4 W.W.R. 331, [2000] A.J. No. 159 (QL), 2000 ABCA 54, affirming a decision of the Court of Queen’s Bench (1998), 160 D.L.R. (4th) 508, 62 Alta. L.R. (3d) 306, 218 A.R. 229, 126 C.C.C. (3d) 129, 53 C.R.R. (2d) 8, [1999] 2 W.W.R. 241, [1998] A.J. No. 610 (QL), 1998 ABQB 436. Appeal dismissed, L’Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part.

APPEAL and CROSS-APPEAL (*White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*) from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (2000), 187 D.L.R. (4th) 581, 190 Nfld. & P.E.I.R. 181, 576 A.P.R. 181, 146 C.C.C. (3d) 28, 35 C.R. (5th) 222, 76 C.R.R. (2d) 1, [2000] N.J. No. 196 (QL), 2000 NFCA 36, allowing in part the appellants’ appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division. Appeal allowed, L’Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed, L’Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part.

APPEAL (*R. v. Fink*) from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 51 O.R. (3d) 577, 193 D.L.R. (4th) 51, 149 C.C.C. (3d) 321, 138 O.A.C. 142, 79 C.R.R. (2d) 121, [2000] O.J. No. 4549 (QL), setting aside a decision of the Superior Court of Justice (2000), 143 C.C.C. (3d) 566, 70 C.R.R. (2d) 181, [2000] O.J. No. 18 (QL). Appeal dismissed, L’Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting in part.

Kasting, Robert A. « Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege » (1978), 24 *R.D. McGill* 115.

Manes, Ronald D., and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Toronto : Butterworths, 1993.

Pinard, Danielle. « Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1990), 35 *R.D. McGill* 305.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

POURVOI (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*) contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (2000), 184 D.L.R. (4th) 25, 255 A.R. 86, 220 W.A.C. 86, 143 C.C.C. (3d) 187, 73 C.R.R. (2d) 58, [2000] 4 W.W.R. 331, [2000] A.J. n° 159 (QL), 2000 ABCA 54, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1998), 160 D.L.R. (4th) 508, 62 Alta. L.R. (3d) 306, 218 A.R. 229, 126 C.C.C. (3d) 129, 53 C.R.R. (2d) 8, [1999] 2 W.W.R. 241, [1998] A.J. n° 610 (QL), 1998 ABQB 436. Pourvoi rejeté, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie.

POURVOI et POURVOI INCIDENT (*White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*) contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve (2000), 187 D.L.R. (4th) 581, 190 Nfld. & P.E.I.R. 181, 576 A.P.R. 181, 146 C.C.C. (3d) 28, 35 C.R. (5th) 222, 76 C.R.R. (2d) 1, [2000] N.J. n° 196 (QL), 2000 NFCA 36, qui a accueilli en partie l’appel interjeté par les appelants contre une décision de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve. Pourvoi accueilli, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents. Pourvoi incident rejeté, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie.

POURVOI (*R. c. Fink*) contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2000), 51 O.R. (3d) 589, 193 D.L.R. (4th) 51, 149 C.C.C. (3d) 321, 138 O.A.C. 142, 79 C.R.R. (2d) 121, [2000] O.J. n° 4549 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 143 C.C.C. (3d) 566, 70 C.R.R. (2d) 181, [2000] O.J. n° 18 (QL). Pourvoi rejeté, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents en partie.

*Robert J. Frater, Peter De Freitas and David Schermbrucker*, for the appellant Her Majesty the Queen, for the respondent/appellant on cross-appeal and the intervener the Attorney General of Canada.

*David G. Butcher and Michael J. Hewitt*, for the respondents Lavallee, Rackel & Heintz.

*D. Mark Pike and Geoffrey L. Spencer*, for the appellants/respondents on cross-appeal White, Ottenheimer & Baker.

*Richard Macklin and Aaron Harnett*, for the respondent Fink.

*Michal Fairburn and Philip Downes*, for the appellant Her Majesty the Queen and the intervener the Attorney General for Ontario.

*Benoît Lauzon and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Eric Tolppanen*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Lindsay MacDonald, Q.C.*, for the intervener the Law Society of Alberta.

*Anne S. Derrick, Q.C., Joel Pink, Q.C., and Shane Parker*, for the intervener the Federation of the Law Societies of Canada.

*James L. Lebo, Q.C.*, for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

1 ARBOUR J. — These appeals bring into question the constitutionality of s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which sets out a procedure for determining a claim of solicitor-client privilege in relation to documents seized from a law office under a warrant. The issue is brought before this Court by way of three separate appeals from the provinces of Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*), Newfoundland and Labrador (*White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*) and Ontario (*R. v. Fink*).

*Robert J. Frater, Peter De Freitas et David Schermbrucker*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident et pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*David G. Butcher et Michael J. Hewitt*, pour les intimés Lavallee, Rackel & Heintz.

*D. Mark Pike et Geoffrey L. Spencer*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident White, Ottenheimer & Baker.

*Richard Macklin et Aaron Harnett*, pour l'intimé Fink.

*Michal Fairburn et Philip Downes*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine et l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Benoît Lauzon et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Eric Tolppanen*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Lindsay MacDonald, c.r.*, pour l'intervenante la Law Society of Alberta.

*Anne S. Derrick, c.r., Joel Pink, c.r., et Shane Parker*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

*James L. Lebo, c.r.*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE ARBOUR — Les présents pourvois mettent en cause la constitutionnalité de l'art. 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui établit une procédure permettant de décider si le secret professionnel de l'avocat (dans l'article en cause, « privilège des communications entre client et avocat ») s'applique aux documents saisis dans un bureau d'avocat en vertu d'un mandat. La question est soumise à la Cour dans trois pourvois distincts provenant de l'Alberta (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*), de Terre-Neuve-et-Labrador (*White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*) et de l'Ontario (*R. c. Fink*).

Section 488.1 was also recently challenged and struck down in other matters currently not before this Court: *R. v. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.); *R. v. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3 (Ont. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313 (S.C.); *Festing v. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. filed December 11, 2001 (Nos. 28936 and 28937).<sup>\*</sup> In an order dated December 11, 2001, Levine J.A. of the British Columbia Court of Appeal stayed the order of that court in *Festing* dated November 5, 2001, for a period of two weeks following the decision of this Court in the present appeals: [2001] B.C.J. No. 2666 (QL), 2001 BCCA 732.

For the reasons that follow, I am of the view that s. 488.1 is unconstitutional and must accordingly be struck down pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

#### I - Facts: The Three Appeals

The facts of these cases are not controversial, nor are they determinative. Accordingly, all three matters can be briefly summarized as follows.

In *Lavallee*, the R.C.M.P. obtained a search warrant in the regular form and wording pursuant to s. 487 of the *Criminal Code* on January 16, 1996. The search was to be executed on the following day at the law firm of Lavallee, Rackel & Heintz, in the City of Edmonton, targeting correspondence, estate files, trust records and other documents in relation to Mr. Andy Brent Polo, an individual suspected of money laundering and of being in possession of proceeds of crime. When the R.C.M.P. arrived at the law firm to execute the warrant, a solicitor who was familiar with the documents in question claimed solicitor-client privilege. The searching officers accordingly followed the procedure set out in s. 488.1 of the *Criminal Code*: the documents were sealed in envelopes, summarily identified and taken

En outre, l'article 488.1 a récemment été contesté et annulé dans d'autres affaires dont la Cour n'est pas saisie actuellement : *R. c. Claus* (2000), 149 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.); *R. c. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3 (C.A. Ont.); *Canada (Attorney General) c. Several Clients and Several Solicitors* (2000), 189 N.S.R. (2d) 313 (C.S.); *Festing c. Canada (Attorney General)* (2001), 206 D.L.R. (4th) 98 (C.A.C.-B.), demande d'autorisation d'appel à la C.S.C. déposée le 11 décembre 2001 (n<sup>os</sup> 28936 et 28937)<sup>\*</sup>. Par ordonnance du 11 décembre 2001, le juge Levine, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a suspendu pour deux semaines suivant la décision de notre Cour dans les présents pourvois l'ordonnance que la Cour d'appel avait rendue le 5 novembre 2001 dans *Festing* : [2001] B.C.J. n<sup>o</sup> 2666 (QL), 2001 BCCA 732.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'art. 488.1 est inconstitutionnel et qu'il doit donc être annulé en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

#### I - Les faits : les trois pourvois

Les faits de ces trois affaires ne sont ni controversés ni déterminants. On peut donc les résumer brièvement ainsi.

Dans *Lavallee*, la G.R.C. obtient le 16 janvier 1996 un mandat de perquisition selon la forme et le libellé prescrits par l'art. 487 du *Code criminel*. La perquisition, qui doit avoir lieu le lendemain au cabinet d'avocats Lavallee, Rackel & Heintz, à Edmonton, vise la correspondance, les dossiers de succession, les registres de fiducie et d'autres documents concernant M. Andy Brent Polo, soupçonné de blanchiment d'argent et de possession de produits de la criminalité. Lorsque les agents de la G.R.C. se présentent au cabinet d'avocats pour exécuter le mandat, un avocat connaissant bien les documents en question invoque le secret professionnel de l'avocat. Les agents chargés de la perquisition suivent donc la procédure établie à l'art. 488.1 du *Code criminel* : les documents sont scellés dans

<sup>\*</sup> Cases remanded to British Columbia Court of Appeal on October 10, 2002.

<sup>\*</sup> Affaires renvoyées à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique le 10 octobre 2002.

2

3

4

5

into police custody. The next day, January 18, 1996, counsel retained by the law firm moved in the Court of Queen's Bench to fix a date and place for a judicial determination of privilege in reference to the seized documents in accordance with s. 488.1(3). In April 1996, the law firm gave notice of a constitutional question, alleging the unconstitutionality of s. 488.1 of the *Criminal Code*. The law firm and Mr. Polo also moved to quash the warrant but the application was denied in part by Dea J.: (1997), 199 A.R. 21 (Q.B.). In 1998, Veit J. struck down s. 488.1 as unconstitutional: (1998), 126 C.C.C. (3d) 129 (Alta. Q.B.). The appeal from that order was dismissed unanimously by the Court of Appeal for Alberta: (2000), 143 C.C.C. (3d) 187.

des enveloppes, identifiés sommairement et confiés à la garde de la police. Le lendemain, le 18 janvier 1996, l'avocat représentant le cabinet présente devant la Cour du Banc de la Reine une requête sollicitant la fixation d'une date et d'un lieu où la cour déciderait s'il existe un privilège relatif aux documents saisis, conformément au par. 488.1(3). En avril 1996, le cabinet d'avocats donne avis d'une question constitutionnelle, alléguant l'inconstitutionnalité de l'art. 488.1 du *Code criminel*. Le cabinet et M. Polo présentent également une requête en annulation du mandat, mais le juge Dea la rejette en partie : (1997), 199 A.R. 21 (B.R.). En 1998, le juge Veit annule l'art. 488.1, le déclarant inconstitutionnel : (1998), 126 C.C.C. (3d) 129 (B.R. Alb.). La Cour d'appel de l'Alberta rejette à l'unanimité l'appel interjeté contre cette ordonnance : (2000), 143 C.C.C. (3d) 187.

6

In *White*, a search warrant was obtained to search the law offices of Raymond P. Whelan, including all storage facilities occupied by him at the law firm of White, Ottenheimer & Baker, in the City of St. John's, Newfoundland. The warrant authorized officers of Revenue Canada to search the premises for documents relating to Daley Brothers Ltd. and Mr. Terry Daley who were suspected of the offences described in s. 239(1)(a) and (d) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). When the search was executed on June 30, 1998, a partner in the appellant law firm claimed solicitor-client privilege with respect to the targeted documents and, as a result, pursuant to s. 488.1 of the *Criminal Code* and s. 232 of the *Income Tax Act*, the documents were sealed and taken into police custody. On July 9, 1998, the law firm moved to set a date and time for the determination of privilege under both s. 488.1(3) of the *Criminal Code* and s. 232(4) of the *Income Tax Act*. On January 29, 1999, the appellants applied for a declaration that s. 488.1 of the *Criminal Code* and s. 232 of the *Income Tax Act* are contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Halley J. of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, dismissed the application. The Court of Appeal allowed the appeal in part, resorting to the remedial techniques of severance and reading-in to salvage the

Dans *White*, il y a délivrance d'un mandat de perquisition visant le cabinet de Raymond P. Whelan, y compris les installations d'entreposage qu'il occupe au cabinet d'avocats White, Ottenheimer & Baker, à St. John's (Terre-Neuve). Le mandat autorise les agents de Revenu Canada à perquisitionner dans les lieux pour chercher des documents concernant Daley Brothers Ltd. et M. Terry Daley, soupçonnés d'avoir commis les infractions visées aux al. 239(1)a) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.). Lors de l'exécution du mandat le 30 juin 1998, un associé du cabinet appelant invoque le secret professionnel de l'avocat relativement aux documents visés et, de ce fait, ceux-ci sont scellés et confiés à la garde de la police conformément aux art. 488.1 du *Code criminel* et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le 9 juillet 1998, le cabinet d'avocats présente une requête en fixation de date et de lieu d'une audience pour que soit décidé s'il existe un privilège en vertu des par. 488.1(3) du *Code criminel* et 232(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le 29 janvier 1999, les appelants sollicitent un jugement déclaratoire selon lequel les art. 488.1 du *Code criminel* et 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vont à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Halley, de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve, rejette la demande. La Cour d'appel accueille l'appel en partie, recourant aux

impugned section of the *Criminal Code*: (2000), 146 C.C.C. (3d) 28.

In *Fink*, a search warrant was executed at the law firm of Turkstra, Mazza Associates on February 8, 1999, in the City of Toronto, targeting documents relating to the appellant Jeffrey Fink who was suspected of various counts of fraud over \$5,000. As result of the claim of solicitor-client privilege made on behalf of the appellant by counsel, the search was carried out according to the procedure set out in s. 488.1 of the *Criminal Code* and the documents were taken into police custody. On November 11, 1999, the appellant applied to the Ontario Superior Court of Justice for an order declaring s. 488.1 to be inconsistent with s. 8 of the *Charter*. Dambrot J. dismissed the application: (2000), 143 C.C.C. (3d) 566. Goudge J.A., for a unanimous court, allowed the appeal and declared s. 488.1 to be unconstitutional and of no force and effect: (2000), 51 O.R. (3d) 577.

## II - The Impugned Provisions

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

**488.1** (1) In this section,

“custodian” means a person in whose custody a package is placed pursuant to subsection (2);

“document”, for the purposes of this section, has the same meaning as in section 321;

“judge” means a judge of a superior court of criminal jurisdiction of the province where the seizure was made;

“lawyer” means, in the Province of Quebec, an advocate, lawyer or notary and, in any other province, a barrister or solicitor;

“officer” means a peace officer or public officer.

(2) Where an officer acting under the authority of this or any other Act of Parliament is about to examine, copy or seize a document in the possession of a lawyer who claims that a named client of his has a solicitor-client privilege in respect of that document, the officer

techniques réparatrices de la dissociation et de l’interprétation large pour justifier la disposition contestée du *Code criminel* : (2000), 146 C.C.C. (3d) 28.

Dans *Fink*, il y a exécution d’un mandat de perquisition au cabinet d’avocats Turkstra, Mazza Associates le 8 février 1999, à Toronto, visant des documents concernant l’appellant Jeffrey Fink, soupçonné de culpabilité relativement à divers chefs d’accusation de fraude d’un montant supérieur à 5 000 \$. L’avocat ayant invoqué au nom de l’appellant le secret professionnel, la perquisition est effectuée conformément à la procédure prévue à l’art. 488.1 du *Code criminel* et les documents sont confiés à la garde de la police. Le 11 novembre 1999, l’appellant sollicite auprès de la Cour supérieure de justice de l’Ontario une ordonnance déclarant l’art. 488.1 incompatible avec l’art. 8 de la *Charte*. Le juge Dambrot rejette la demande : (2000), 143 C.C.C. (3d) 566. Au nom de la Cour d’appel à l’unanimité, le juge Goudge accueille l’appel et déclare l’art. 488.1 inconstitutionnel et inopérant : (2000), 51 O.R. (3d) 589.

## II - Les dispositions législatives contestées

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**488.1** (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« avocat » Dans la province de Québec, un avocat ou un notaire, et dans les autres provinces, un *barrister* ou un *solicitor*.

« document » Pour l’application du présent article, s’entend au sens de l’article 321.

« fonctionnaire » Agent de la paix ou fonctionnaire public.

« gardien » Personne à qui la garde d’un paquet est confiée conformément au paragraphe (2).

« juge » Juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle de la province où la saisie a été faite.

(2) Lorsqu’un fonctionnaire agissant sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi fédérale est sur le point d’examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d’un avocat qui prétend qu’un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des

shall, without examining or making copies of the document,

(a) seize the document and place it in a package and suitably seal and identify the package; and

(b) place the package in the custody of the sheriff of the district or county in which the seizure was made or, if there is agreement in writing that a specified person act as custodian, in the custody of that person.

(3) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (2), the Attorney General or the client or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within fourteen days from the day the document was so placed in custody, apply, on two days notice of motion to all other persons entitled to make application, to a judge for an order

(i) appointing a place and a day, not later than twenty-one days after the date of the order, for the determination of the question whether the document should be disclosed, and

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

(b) serve a copy of the order on all other persons entitled to make application and on the custodian within six days of the date on which it was made; and

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

(4) On an application under paragraph (3)(c), the judge

(a) may, if the judge considers it necessary to determine the question whether the document should be disclosed, inspect the document;

(b) where the judge is of the opinion that it would materially assist him in deciding whether or not the document is privileged, may allow the Attorney General to inspect the document;

(c) shall allow the Attorney General and the person who objects to the disclosure of the document to make representations; and

(d) shall determine the question summarily and,

(i) if the judge is of the opinion that the document should not be disclosed, ensure that it is repackaged and resealed and order the custodian to deliver the document to the lawyer who

communications entre client et avocat en ce qui concerne ce document, le fonctionnaire doit, sans examiner le document ni le copier :

a) le saisir et en faire un paquet qu'il doit convenablement sceller et identifier;

b) confier le paquet à la garde du shérif du district ou du comté où la saisie a été effectuée ou, s'il existe une entente écrite désignant une personne qui agira en qualité de gardien, à la garde de cette dernière.

(3) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde en vertu du paragraphe (2), le procureur général, le client ou l'avocat au nom de son client, peut :

a) dans un délai de quatorze jours à compter de la date où le document a été placé sous garde, demander à un juge, moyennant un avis de présentation de deux jours adressé à toute autre personne qui pourrait faire une demande, de rendre une ordonnance :

(i) fixant une date, au plus tard vingt et un jours après la date de l'ordonnance, et un endroit, où sera décidée la question de savoir si le document doit être communiqué,

(ii) en outre, exigeant du gardien qu'il présente le document au juge au moment et au lieu fixés;

b) faire signifier une copie de l'ordonnance à toute personne qui pourrait faire une demande et au gardien dans les six jours de la date où elle est rendue;

c) s'il a procédé ainsi que l'alinéa b) l'autorise, demander, au moment et au lieu fixés, une ordonnance qui tranche la question.

(4) Suite à une demande prévue à l'alinéa (3)c), le juge :

a) peut examiner le document, s'il l'estime nécessaire, pour établir si le document doit être communiqué;

b) peut, s'il est d'avis que cela l'aidera à rendre sa décision sur le caractère privilégié du document, permettre au procureur général d'examiner le document;

c) doit permettre au procureur général et à toute personne qui s'oppose à la communication du document de lui présenter leurs observations;

d) doit trancher la question de façon sommaire et :

(i) s'il est d'avis que le document ne doit pas être communiqué, s'assurer que celui-ci est emballé et scellé à nouveau et ordonner au gardien de le remettre à l'avocat qui a allégué le privilège des

claimed the solicitor-client privilege or to the client, or

(ii) if the judge is of the opinion that the document should be disclosed, order the custodian to deliver the document to the officer who seized the document or some other person designated by the Attorney General, subject to such restrictions or conditions as the judge deems appropriate,

and shall, at the same time, deliver concise reasons for the determination in which the nature of the document is described without divulging the details thereof.

(5) Where the judge determines pursuant to paragraph (4)(d) that a solicitor-client privilege exists in respect of a document, whether or not the judge has, pursuant to paragraph (4)(b), allowed the Attorney General to inspect the document, the document remains privileged and inadmissible as evidence unless the client consents to its admission in evidence or the privilege is otherwise lost.

(6) Where a document has been seized and placed in custody under subsection (2) and a judge, on the application of the Attorney General, is satisfied that no application has been made under paragraph (3)(a) or that following such an application no further application has been made under paragraph (3)(c), the judge shall order the custodian to deliver the document to the officer who seized the document or to some other person designated by the Attorney General.

(7) Where the judge to whom an application has been made under paragraph (3)(c) cannot act or continue to act under this section for any reason, subsequent applications under that paragraph may be made to another judge.

(8) No officer shall examine, make copies of or seize any document without affording a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made under subsection (2).

(9) At any time while a document is in the custody of a custodian under this section, a judge may, on an *ex parte* application of a person claiming a solicitor-client privilege under this section, authorize that person to examine the document or make a copy of it in the presence of the custodian or the judge, but any such authorization shall contain provisions to ensure that the document is repackaged and the package is resealed without alteration or damage.

(10) An application under paragraph (3)(c) shall be heard in private.

communications entre client et avocat ou à son client,

(ii) s'il est d'avis que le document doit être communiqué, ordonner au gardien de remettre celui-ci au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général, sous réserve des restrictions et conditions qu'il estime appropriées.

Le juge motive brièvement sa décision en décrivant la nature du document sans toutefois en révéler les détails.

(5) Lorsque le juge décide, conformément à l'alinéa (4)d), qu'un privilège des communications entre client et avocat existe en ce qui concerne un document, ce document demeure privilégié et inadmissible en preuve, que le juge ait permis ou non au procureur général de l'examiner, conformément à l'alinéa (4)b), à moins que le client n'y consente ou que le privilège ne soit autrement perdu.

(6) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (2) et qu'un juge, sur la demande du procureur général, est convaincu qu'aucune demande prévue à l'alinéa (3)a) n'a été faite, ou, si elle l'a été, qu'elle n'a pas été suivie d'une autre demande prévue à l'alinéa (3)c), il doit ordonner au gardien de remettre le document au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général.

(7) Lorsque, pour quelque motif, le juge à qui une demande a été faite selon l'alinéa (3)c) ne peut agir ni continuer d'agir en vertu du présent article, des demandes subséquentes faites en vertu de cet alinéa peuvent être faites à un autre juge.

(8) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document ou en faire des copies sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat en vertu du paragraphe (2).

(9) En tout temps, lorsqu'un document est entre les mains d'un gardien selon le présent article, un juge peut, sur une demande *ex parte* de la personne qui s'oppose à la divulgation du document alléguant le privilège des communications entre client et avocat, autoriser cette dernière à examiner le document ou à en faire une copie en présence du gardien ou du juge; cependant une telle autorisation doit contenir les dispositions nécessaires pour que le document soit emballé et le paquet scellé à nouveau sans modification ni dommage.

(10) La demande visée à l'alinéa (3)c) est entendue à huis clos.

(11) This section does not apply in circumstances where a claim of solicitor-client privilege may be made under the *Income Tax Act*.

### III - The Issues

9 These appeals give rise to the following constitutional questions:

1. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

### IV - Analysis

#### A. *Law Office Searches*

10 Before the 1970s, law office searches were seldom employed in the course of criminal investigations. But since that time, there has been an observable trend in Canada and the United States towards more aggressive investigatory methods which include the issuing of warrants to search law offices for evidence of crime. See generally L. H. Bloom, Jr., "The Law Office Search: An Emerging Problem and Some Suggested Solutions" (1980), 69 *Geo. L.J.* 1, wherein the author partially attributes "the sudden and recent emergence of the law office search" (p. 7) in the United States to the Watergate scandal, which he claims lowered the public esteem of lawyers in general. See also J. E. Davis, "Law Office Searches: The Assault on Confidentiality and the Adversary System" (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.

11 In Canada, the enactment of s. 488.1 of the *Criminal Code* (originally s. 444.1) in 1985 was in fact the legislative response to a line of cases culminating in this Court's decision *Descôteaux*

(11) Le présent article ne s'applique pas lorsque le privilège des communications entre client et avocat peut être invoqué en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

### III - Les questions en litige

Les présents pourvois soulèvent les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?
3. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

### IV - Analyse

#### A. *Les perquisitions dans les bureaux d'avocats*

Avant les années 70, il y avait rarement des perquisitions dans les bureaux d'avocats au cours d'enquêtes criminelles. Mais, depuis, on a assisté au Canada et aux États-Unis à la tendance consistant à employer des méthodes d'enquête plus agressives, dont la délivrance de mandats autorisant la perquisition dans des bureaux d'avocats pour chercher des éléments de preuve de crimes. Voir de façon générale L. H. Bloom, Jr., « The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions » (1980), 69 *Geo. L.J.* 1, ouvrage dans lequel l'auteur attribue en partie [TRADUCTION] « l'émergence soudaine et récente de la perquisition dans des bureaux d'avocats » (p. 7) aux États-Unis au scandale du Watergate, qui, selon lui, a diminué l'estime du public à l'endroit des avocats en général. Voir également J. E. Davis, « Law Office Searches : The Assault on Confidentiality and the Adversary System » (1996), 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1251.

Au Canada, par l'adoption de l'art. 488.1 du *Code criminel* (initialement l'art. 444.1) en 1985, le législateur réagissait en fait à la jurisprudence ayant abouti à l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982]

*v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, that set out guidelines for the issuing of search warrants for law offices. From the outset, Canadian courts expressed serious concerns about the dangers of law office searches in light of solicitor-client privilege, and urged Parliament to create protective measures akin to those found in the *Income Tax Act*. Section 488.1 was designed to address these concerns and, in the words of the Minister of Justice, “establish a sealing procedure with respect to seized documents that will ensure protection of solicitor-client privilege” (House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, January 22, 1985, at p. 5:9). As it will be explained further in these reasons, s. 488.1 of the *Criminal Code* falls short of providing the protection it promised and, indeed, unconstitutionally jeopardizes solicitor-client privilege. Before turning to the shortcomings of s. 488.1, it is perhaps worthwhile to review the jurisprudence that led to its enactment in order to better understand the concerns that s. 488.1 was meant to address.

#### B. *The Pre-Descôteaux Decisions*

In *R. v. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (Ont. H.C.), an application was brought to quash a warrant issued by a justice of the peace authorizing police officers to enter a law firm and to search for various articles, namely, letters, correspondence, contracts and agreements which, it was alleged, would disclose evidence that the accused had committed an offence. Though he quashed the warrant on the basis that the issuing justice of the peace should not have been satisfied that the documents would afford any evidence, Osler J. also discussed the incidence of law office searches on solicitor-client privilege. He said at p. 13:

Finally, the question of solicitor-client privilege is, in this connection, a troublesome one. On the one hand, no authority should be given *carte blanche* to search through the files in a solicitor’s office in hopes of discovering material prepared for the purpose of advising the client in

1 R.C.S. 860, où la Cour a établi des lignes directrices pour la délivrance de mandats de perquisition visant les bureaux d’avocats. Dès le départ, les tribunaux canadiens, en raison du secret professionnel de l’avocat, ont exprimé de sérieuses craintes au sujet des dangers des perquisitions dans des bureaux d’avocats et ont incité le législateur à établir des mesures de protection semblables à celles figurant dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’article 488.1 a été conçu pour dissiper ces craintes et, comme l’a dit le ministre de la Justice, pour « instaure[r] une procédure permettant de faire sceller des documents saisis afin d’assurer la protection du caractère confidentiel des communications entre avocats et clients » (Chambre des communes, Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 5, le 22 janvier 1985, p. 5:9). Comme je l’expliquerai davantage plus loin dans les présents motifs, l’art. 488.1 du *Code criminel* est loin de fournir la protection promise et, en fait, met en péril de façon inconstitutionnelle le secret professionnel de l’avocat. Avant d’aborder les lacunes de l’art. 488.1, il est peut-être utile d’examiner la jurisprudence qui a mené à son adoption afin de mieux comprendre les craintes qu’il visait à dissiper.

#### B. *Les décisions antérieures à l’arrêt Descôteaux*

Dans *R. c. Colvin, Ex parte Merrick* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (H.C. Ont.), on a sollicité l’annulation du mandat par lequel le juge de paix avait autorisé les policiers à pénétrer dans un bureau d’avocats pour y chercher divers documents, à savoir des lettres, des contrats et des ententes qui, selon les allégations, recelaient des éléments de preuve indiquant que l’accusé avait commis une infraction. Bien qu’il ait annulé le mandat au motif que le juge de paix n’aurait pas dû conclure que les documents fourniraient des éléments de preuve, le juge Osler a aussi analysé l’effet des perquisitions dans des bureaux d’avocats sur le secret professionnel de l’avocat, disant à la p. 13 :

[TRADUCTION] Enfin, la question du secret professionnel de l’avocat est épineuse à cet égard. D’une part, aucune autorité ne devrait avoir carte blanche pour fouiller dans les dossiers d’un cabinet d’avocat dans l’espoir d’y découvrir des documents préparés en vue de

the normal and legitimate course of professional practice. The privilege, however, is exclusively that of the client and does not extend to correspondence, memoranda or documents prepared for the purpose of assisting a client to commit a crime nor to material in no way related to the giving of proper advice but stored with the solicitor purely for the purpose of avoiding seizure in the hands of the client.

At that time, solicitor-client privilege was only a rule of evidence and had not yet evolved into a substantive principle. Accordingly, Osler J. went on to state at p. 13:

. . . it must be remembered that the rule is a rule of evidence, not a rule of property. I would not be prepared, therefore, to quash a warrant respecting material which there were reasonable grounds to believe might afford evidence with respect to the commission of an offence simply because the possibility existed that such material might be covered by the solicitor-client privilege. The only way, as I see it, in which the privilege can be asserted is by way of objection to the introduction of any allegedly privileged material in evidence at the appropriate time.

13 In *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164 (H.C.), Osler J. had the opportunity to revise his previous dictum in light of a Federal Court of Appeal decision rendered earlier that year. Indeed, in *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184, the Director of Investigation and Research applied before a five-judge panel of the Federal Court of Appeal to set aside a decision of the court below limiting his statutory search powers. Pursuant to s. 10(1) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (now the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34) the Director had the power to enter any premises and copy any document which he believed was evidence relating to a matter under investigation. The court was of the view that the powers conferred on the Director did not abrogate the principle of solicitor-client privilege, which the court recognized as a fundamental principle of our legal system. Concurring, Thurlow J.A. emphasized that the principle of solicitor-client privilege may be asserted any time client confidentiality is threatened by legal authorities. He stated at p. 195:

conseiller le client dans l'exercice normal et légitime de la profession. Il s'agit toutefois d'un privilège exclusif au client qui ne s'étend pas aux lettres, notes ou documents préparés dans le but d'aider un client à commettre un crime, ni aux documents qui n'ont aucun rapport avec le fait de donner un conseil judicieux mais qui sont confiés à l'avocat uniquement dans le but d'éviter une saisie entre les mains du client.

À cette époque, le secret professionnel de l'avocat était uniquement une règle de preuve et n'était pas encore devenu une règle de fond. En conséquence, le juge Osler a ajouté à la p. 13 :

[TRADUCTION] . . . il faut se rappeler qu'il s'agit d'une règle de preuve et non d'une règle de propriété. Par conséquent, je ne serais pas disposé à annuler un mandat visant des documents dont on a des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient fournir une preuve concernant la perpétration d'une infraction, du seul fait qu'il est possible que ces documents soient protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client. Selon moi, l'unique façon de faire valoir ce privilège est de s'opposer en temps opportun au dépôt en preuve de tout document qui bénéficierait du privilège.

Dans l'affaire *Re Presswood and International Chemalloy Corp.* (1975), 11 O.R. (2d) 164 (H.C.), le juge Osler avait la possibilité de réviser sa remarque incidente antérieure à la lumière d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale rendu plus tôt cette année-là. En effet, dans *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] C.F. 184, le directeur des enquêtes et recherches avait demandé à une formation de cinq juges de la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision par laquelle une cour d'instance inférieure avait restreint les pouvoirs d'enquête que lui conférait la loi. En vertu du par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (maintenant la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34), le Directeur avait le pouvoir de pénétrer en tous lieux et de copier les documents qui, à son avis, constituaient des éléments de preuve relatifs à une affaire faisant l'objet d'une enquête. La cour était d'avis que les pouvoirs conférés au Directeur n'écartaient pas le principe du secret professionnel de l'avocat, qu'elle a reconnu comme un principe fondamental de notre système judiciaire. Dans ses motifs concordants, le juge Thurlow a souligné, à la p. 195, que le principe du secret professionnel de l'avocat pouvait être invoqué chaque fois que les autorités menacent la confidentialité des communications entre client et avocat :

... the confidential character of such communications, whether oral or in writing, comes into existence at the time when the communications are made. As the right to protection for the confidence, commonly referred to as legal professional privilege, is not dependent on there being litigation in progress or even in contemplation at the time the communications take place, it seems to me that the right to have the communications protected must also arise at that time and be capable of being asserted on any later occasion when the confidence may be in jeopardy at the hands of anyone purporting to exercise the authority of the law.

Relying on the authority of *Shell Canada, supra*, Osler J. held in *Presswood, supra*, that the discovery provisions of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53, did not override the common law solicitor-client privilege.

*Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.) is, in my view, the leading pre-*Descôteaux* judicial consideration of the relationship between solicitor-client privilege and search warrants under the *Criminal Code*. This was an appeal from an order of Southey J. quashing a search warrant issued under s. 443 of the *Criminal Code* to search the offices of Borden & Elliot, the solicitors of a man suspected of fraud. Southey J. (whose reasons are reported immediately prior to Arnup J.A.'s oral reasons) contemplated whether search warrants could be attacked for lack of jurisdiction on the part of the issuing justice when the targeted documents are privileged. Relying on the authority of *Shell Canada, supra*, Southey J. concluded that solicitor-client privilege could be asserted to challenge the issuance of search warrants, holding at p. 343:

If the privilege could not be invoked to prevent the seizure and examination of documents under a search warrant, the Crown would be free in any case to seize and examine the files and brief of defence counsel in a criminal prosecution. It would be small comfort indeed to the accused and to his counsel to discover that his only protection in such a case was to prevent the introduction into evidence of the documents that had been seized and examined. Such a result, in my view, would be absurd.

... le caractère confidentiel de ces communications, qu'elles soient orales ou écrites, prend naissance au moment de l'échange des communications. Puisque le droit à la protection du secret, communément appelé secret professionnel, n'est pas subordonné à l'existence d'un procès en cours ou même prévu au moment où les communications sont faites, il me semble que le droit à la protection des communications doit également exister à cette époque et pouvoir être invoqué en toute autre occasion, lorsque le secret peut être menacé par quiconque prétend exercer l'autorité de la Loi.

Se fondant sur l'arrêt *Shell Canada*, précité, le juge Osler a conclu dans l'affaire *Presswood*, précitée, que les dispositions sur l'interrogatoire préalable de la *Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, ch. 53, n'écartaient pas le privilège de common law que constitue le secret professionnel de l'avocat.

À mon avis, l'arrêt *Re Borden & Elliot and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), constitue l'arrêt clé antérieur à *Descôteaux* qui traite de la relation entre le secret professionnel de l'avocat et les mandats de perquisition décernés en vertu du *Code criminel*. Il s'agit d'un appel formé contre une ordonnance par laquelle le juge Southey a annulé un mandat de perquisition décerné en vertu de l'art. 443 du *Code criminel* et autorisant la perquisition dans les bureaux de Borden & Elliot, les avocats d'un homme soupçonné de fraude. Le juge Southey (dont les motifs sont publiés juste avant les motifs oraux du juge Arnup) s'est demandé si on pouvait contester un mandat de perquisition pour absence de compétence du juge l'ayant délivré lorsque les documents visés sont privilégiés. Se fondant sur l'arrêt *Shell Canada*, précité, le juge Southey a conclu qu'on pouvait invoquer le secret professionnel pour contester la délivrance d'un mandat de perquisition, disant à la p. 343 :

[TRADUCTION] Si l'on ne pouvait invoquer le privilège pour empêcher la saisie et l'examen de documents en vertu d'un mandat de perquisition, la poursuite aurait toujours le loisir de saisir et d'examiner les dossiers et le mémoire de l'avocat de la défense dans une poursuite criminelle. Ce serait vraiment une mince consolation pour l'accusé et son avocat de savoir que la seule protection dont il jouirait en l'instance serait que les pièces saisies et examinées ne peuvent être produites en preuve. Selon moi, un tel résultat serait absurde.

Southey J. also found the information on which the warrant was based to be vague and ambiguous. The Court of Appeal for Ontario upheld the order on this last basis, carefully disassociating itself with the views expressed by Southey J. However, Arnup J.A., for the court, acknowledged the “difficult questions of solicitor-and-client privilege” as it relates to search warrants, indicating that the *Criminal Code* provided no guidance in terms of the limitations that might be ordered in issuing the warrant in order to protect possible claims of solicitor-client privilege. Moreover, the court observed that the *Criminal Code* was silent as to the procedures to be followed by lawyers who asserted solicitor-client privilege on behalf of their clients; at that time, their remedies were limited to bringing a motion to quash the search warrant. “The need for considering possible legislation is abundantly apparent”, opined Arnup J.A., at p. 348.

Le juge Southey a également considéré comme vagues et ambigus les renseignements sur lesquels le mandat était fondé. La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé l’ordonnance pour ce dernier motif, prenant bien soin de se dissocier des opinions du juge Southey. Toutefois, au nom de la cour, le juge Arnup a reconnu [TRADUCTION] « les difficiles questions du secret professionnel de l’avocat » en ce qui a trait aux mandats de perquisition, indiquant que le *Code criminel* ne fournissait aucune indication sur les restrictions dont on pourrait assortir le mandat pour protéger les revendications possibles fondées sur le secret professionnel de l’avocat. De plus, la cour a fait remarquer que le *Code criminel* ne prévoyait aucune procédure à suivre pour les avocats invoquant le secret professionnel au nom de leurs clients; à cette époque, les recours de ces derniers se limitaient à la présentation d’une requête en annulation du mandat de perquisition. [TRADUCTION] « Il est très clair qu’il faut envisager la possibilité d’adopter de nouvelles dispositions législatives », a affirmé le juge Arnup à la p. 348.

15 A few months later, in *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (B.C.C.A.), Bull J.A. held on the authority of *Shell Canada, supra*, and *Borden & Elliot, supra*, that search warrants issued pursuant to s. 443 of the *Criminal Code* could be quashed where the targeted documents are plainly subject to solicitor-client privilege. As properly observed by the authors S. C. Hutchison, J. C. Morton and M. P. Bury, in *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at p. 10-17: “In making this statement, Mr. Justice Bull, became the first Canadian Court of Appeal judge to suggest that the solicitor-client privilege might override the warrant provisions of the Criminal Code.”

Quelques mois plus tard, dans *Re B.X. Development Inc. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (C.A.C.-B.), le juge Bull s’est fondé sur *Shell Canada* et *Borden & Elliot*, précités, pour conclure que les mandats de perquisition délivrés en vertu de l’art. 443 du *Code criminel* pouvaient être annulés lorsque les documents visés bénéficiaient clairement de la protection du secret professionnel de l’avocat. Comme l’ont fait remarquer à juste titre les auteurs S. C. Hutchison, J. C. Morton et M. P. Bury, dans *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 10-17 : [TRADUCTION] « En faisant cette déclaration, le juge Bull est devenu le premier juge d’une cour d’appel canadienne à laisser entendre que le secret professionnel de l’avocat est susceptible de l’emporter sur les dispositions du Code criminel sur les mandats de perquisition ».

16 Dickson J. (as he then was) commented on this expansion of solicitor-client privilege in his reasons for judgment in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. In that case, the appellant Solosky, imprisoned at Millhaven Institution, invoked solicitor-client privilege to prevent the Director of the penitentiary from censoring his correspondence with

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) commente cette expansion du privilège entre avocat et client dans ses motifs dans l’affaire *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Dans cette affaire, l’appelant Solosky, détenu à l’institution de Millhaven, a invoqué le privilège entre avocat et client pour empêcher le directeur du pénitencier de censurer

his lawyer, a power conferred to the Director under the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6. In dismissing the appeal, Dickson J. stated that while solicitor-client privilege had undergone a significant expansion in recent years, it had still not become a rule of property and could not operate to prevent the censorship order. Indeed, an inmate's mail is opened, not with a view of obtaining evidence for a subsequent proceeding, but by reason of the exigencies of institutional security. In short, solicitor-client privilege did not apply to the appellant's case. Nevertheless, Dickson J. clearly stated that solicitor-client privilege had become a "fundamental civil and legal right" (*Solosky, supra*, at p. 839); see also *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at p. 383; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, wherein Major J., for the Court, described solicitor-client privilege as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* (at pp. 453-60), and *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32. The *Solosky* decision remains an important restatement by this Court of the historical development of the privilege. See particularly pp. 834-38. For a general discussion of the jurisprudential expansion of solicitor-client privilege discussed above see also K. L. Chasse, "The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants" (1977), 36 C.R.N.S. 349; R. A. Kasting, "Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege" (1978), 24 *McGill L.J.* 115.

### C. *Descôteaux v. Mierzwinski*

This case involved the search of a legal aid bureau for evidence that an applicant for legal aid had illegally reported a lower income in order to be eligible for such services. The search was conducted in the presence of the syndic of the Bar and the police officers agreed to receive the documents in sealed envelopes pending the judicial determination of solicitor-client privilege. The legal aid bureau and Mr. Descôteaux brought a motion before the Superior Court in Montreal to quash the warrant on the grounds that the documents were protected

sa correspondance avec son avocat, pouvoir qui est conféré au directeur par la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6. En rejetant le pourvoi, le juge Dickson a affirmé que même si le privilège entre avocat et client avait connu une expansion importante au cours des dernières années, il n'était pas devenu une règle de propriété et ne pouvait pas s'appliquer de manière à empêcher d'ordonner la censure. En effet, on ouvre le courrier du détenu, non pas en vue d'obtenir des éléments de preuve devant servir dans une instance ultérieure, mais en raison des exigences de sécurité institutionnelle. Bref, le privilège entre avocat et client ne s'appliquait pas dans le cas de l'appelant. Le juge Dickson a néanmoins affirmé clairement que ce privilège était devenu un « droit civil fondamental » (*Solosky*, précité, p. 839); voir également *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 383; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, où le juge Major, au nom de la Cour, a affirmé que le secret professionnel de l'avocat était un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (p. 453-460), et *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32. L'arrêt *Solosky* demeure une importante formulation par la Cour de l'historique du privilège. Voir en particulier les p. 834-838. Pour une analyse générale de l'expansion jurisprudentielle susmentionnée du secret professionnel de l'avocat, voir également K. L. Chasse, « The Solicitor-Client Privilege and Search Warrants » (1977), 36 C.R.N.S. 349; R. A. Kasting, « Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege » (1978), 24 *R.D. McGill* 115.

### C. *L'arrêt Descôteaux c. Mierzwinski*

Dans cette affaire, on a perquisitionné dans un bureau d'aide juridique pour chercher des éléments de preuve établissant qu'un demandeur d'aide juridique avait illégalement déclaré un revenu inférieur à son revenu réel pour avoir droit à l'aide juridique. La perquisition a eu lieu en présence du syndic du Barreau et les policiers ont accepté de recevoir les documents saisis sous enveloppes scellées et de les garder jusqu'à ce qu'un juge décide s'il existe un privilège avocat-client à leur égard. Le bureau d'aide juridique et M. Descôteaux ont présenté

by solicitor-client privilege. The Superior Court dismissed the motion and held that the documents were not privileged since they had been prepared before the solicitor-client relationship came into existence, [1978] C.S. 792. The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal, adopting the conclusions of the Superior Court and stating further that solicitor-client privilege could not apply if the communication was made in furtherance of a criminal act or to facilitate the commission of a crime: (1980), 16 C.R. (3d) 188.

18

Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) dismissed the appeal. After briefly tracing the historical development of solicitor-client privilege as a rule of evidence, Lamer J. confirmed that solicitor-client privilege had evolved into a substantive principle, referring to this Court's decision in *Solosky*, *supra*. He stated at p. 875:

It is quite apparent that the Court in that case [*Solosky*] applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

Lamer J. went on to formulate the elements of the substantive rule concisely in the following terms (at p. 875), elements which, in my view, largely govern the outcome of the appeals presently before the Court:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential,

à la Cour supérieure de Montréal une requête en annulation du mandat au motif que les documents étaient protégés par le privilège avocat-client. La Cour supérieure a rejeté la requête et a conclu que les documents n'étaient pas visés par le privilège puisqu'ils avaient été préparés avant la naissance de la relation avocat-client, [1978] C.S. 792. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel, adoptant les conclusions de la Cour supérieure et ajoutant que le privilège avocat-client ne pouvait pas s'appliquer si la communication avait été faite en vue de la perpétration d'un acte criminel ou pour la faciliter : (1980), 16 C.R. (3d) 188.

Au nom de la Cour, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a rejeté le pourvoi. Après avoir exposé brièvement l'historique du privilège avocat-client en tant que règle de preuve, le juge Lamer a confirmé que ce privilège était devenu un principe de fond, se référant à la décision que la Cour a rendue dans *Solosky*, précité. Il affirme à la p. 875 :

De toute évidence la Cour, dans cette cause [*Solosky*], appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Le juge Lamer a ensuite formulé de façon concise et dans les termes suivants (à la p. 875) les éléments de la règle de fond, lesquels, d'après moi, déterminent en grande partie l'issue des pourvois dont la Cour est actuellement saisie :

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le

the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

See also *Jones, supra*, at para. 49.

After discussing issues regarding the moment at which the solicitor-client relationship crystallizes (at pp. 876-82), Lamer J. considered the effect of solicitor-client privilege on searches authorized under s. 443 of the *Criminal Code* (now s. 487). First, he held that the evidential rule of solicitor-client privilege could be invoked to prevent the issuance of a search warrant where the targeted documents are privileged and therefore inadmissible in evidence. Citing with approval Southey J.'s jurisprudential analysis in *Borden & Elliot, supra*, Lamer J. added: "that the justice of the peace should raise the question himself and, where necessary, find that he has no jurisdiction to authorize the search" (p. 887).

Second, Lamer J. considered the interplay between the state's search power and the substantive rule of solicitor-client privilege. He stated, at pp. 889 and 891:

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. . . . [T]here 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.

conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Voir également l'arrêt *Jones, précité*, par. 49.

Après avoir traité des questions relatives au moment de la cristallisation de la relation avocat-client (p. 876-882), le juge Lamer a examiné l'effet du secret professionnel de l'avocat sur les perquisitions autorisées en vertu de l'art. 443 du *Code criminel* (maintenant l'art. 487). Premièrement, il a conclu qu'on pouvait invoquer la règle de preuve que constitue le secret professionnel de l'avocat pour empêcher la délivrance d'un mandat de perquisition lorsque les documents ciblés sont protégés et, par conséquent, inadmissibles en preuve. Citant avec approbation l'analyse de la jurisprudence à laquelle s'est livré le juge Southey dans *Borden & Elliot, précité*, le juge Lamer a ajouté : « il incombe au juge de paix de soulever la question *proprio motu* et, le cas échéant, de se reconnaître sans compétence pour autoriser la perquisition » (p. 887).

Deuxièmement, le juge Lamer a examiné l'interaction entre le pouvoir de perquisitionner de l'État et la règle de fond que constitue le secret professionnel de l'avocat. Il a affirmé, aux p. 889 et 891 :

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. [ . . . ] [I]l y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec réticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat.

19

20

Generally speaking, where the search is to be made of a lawyer's office, in order to search for things provided for under para. (a), (b) or (c) of s. 443(1), the justice of the peace should be particularly demanding. Where it is a question of evidence (443(1)(b)), although satisfied that there is such evidence on the premises, he should only allow a lawyer's office to be searched if in addition he is satisfied that there is no reasonable alternative to a search. It will sometimes be desirable, as soon as the informant initiates proceedings, for the justice of the peace to see that the district Crown attorney is notified, if he is not aware of such proceedings, as well as the Bar authorities. With their assistance he should normally be more easily able to decide with the police on search procedures acceptable to everyone that respect the law firm's clients' right to confidentiality without depriving the police of their right to search for evidence of the alleged crime. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

I think it important to emphasize, as did Lamer J. at p. 891, that even if the necessary conditions precedent are met, "the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right [solicitor-client privilege] is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what is strictly inevitable" (emphasis in original). In other words, solicitor-client privilege must only be impaired if necessary and, even then, minimally.

De façon générale, lorsqu'il s'agit de perquisitionner chez un avocat, que ce soit pour y chercher des choses prévues aux al. a), b) ou c) de l'art. 443(1), le juge de paix devrait se montrer particulièrement exigeant. Lorsqu'il s'agit de preuves (443(1)(b)), quoique satisfait de la présence sur les lieux de ces preuves, il ne doit permettre la fouille d'un bureau d'avocat que si, en plus, il est convaincu qu'il n'y a pas d'autre alternative raisonnable à la perquisition. Il sera parfois souhaitable que, dès les premières démarches du dénonciateur, le juge de paix voie à ce que le procureur de la Couronne du district soit avisé, si ces démarches sont faites à son insu, ainsi que les autorités du Barreau. Assisté de ceux-ci, il devrait normalement pouvoir plus facilement arrêter de concert avec les forces de l'ordre des modalités de perquisition acceptables à tous et qui respecteraient le droit à la confidentialité des clients du bureau de l'avocat sans frustrer la police de son droit de rechercher les preuves du crime allégué. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

J'estime qu'il est important de souligner, comme l'a fait le juge Lamer à la p. 891, que même si les conditions nécessaires préalables sont respectées, « le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit [le privilège des communications entre avocat et client] avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement inévitable l'atteinte au droit fondamental » (souligné dans l'original). En d'autres termes, on ne doit porter atteinte au secret professionnel de l'avocat que si cela est nécessaire et, même dans un tel cas, on doit le faire de la façon la moins attentatoire possible.

21

Lamer J. gave incidental approval to the procedure set out in s. 232 of the *Income Tax Act*, suggesting that the issuing justice should take guidance from these provisions (p. 892). Section 444.1 (now s. 488.1) of the *Criminal Code* was explicitly modelled after s. 232 of the *Income Tax Act* and, in proceedings before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, was said to conform with the spirit of this Court's decision in *Descôteaux*, *supra*. Obviously, the fact that s. 488.1 of the *Criminal Code* mirrors s. 232 of the *Income Tax Act* does not insulate it from *Charter* scrutiny, despite the comments of this Court on the desirability of *Income Tax Act*-style safeguards. This is especially so given that

Le juge Lamer a accessoirement approuvé la procédure prévue à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, indiquant que le juge saisi de la demande de mandat devait s'inspirer de cette disposition (p. 892). L'article 444.1 (maintenant l'art. 488.1) du *Code criminel* a été expressément calqué sur l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, dans les audiences tenues devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, on a dit que cette disposition était conforme à l'esprit de la décision que la Cour a rendue dans *Descôteaux*, précité. Manifestement, le fait que l'art. 488.1 du *Code criminel* soit semblable à l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne met pas cette disposition à l'abri

s. 232 of the *Income Tax Act* was enacted in 1956, long before the constitutional entrenchment of the protection against unreasonable search and seizure and other fundamental rights and freedoms. Moreover, it is important to recall that *Descôteaux* was not decided on the basis of the *Charter* (the *Charter* was two months old when judgment was rendered), but rather on the strength of common law principles. Accordingly, for the purpose of these appeals, the constitutionality of s. 488.1 must be determined in light of present-day constitutional norms, which include the status of solicitor-client privilege as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* (*McClure, supra*) and the constitutional protection against unreasonable searches and seizures as guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

#### D. Introduction to Section 488.1

It seems clear from this background that s. 488.1 of the *Code* was enacted in an effort to address the specificity of the searches of lawyers' business premises and, in particular, to ensure that privileged communications made to a lawyer were properly exempted from the reach of that investigative technique. At the same time, to the extent that s. 488.1 only applies "[w]here an officer acting under the authority of [the Criminal Code] or any other Act of Parliament is about to examine, copy, or seize a document in the possession of a lawyer" (emphasis added), it is clear that the provision was never intended to supersede the common law principles pertaining to the issuance of a warrant in the law office context, as discussed by Lamer J. in *Descôteaux, supra*. That is, s. 488.1 does not attempt to deal with the process for authorizing the search of law offices but merely with the manner in which they are carried out. The question before us is whether this attempt reached the constitutional mark. Not all communications between a solicitor and a client are covered by privilege (*Solosky, supra*, at p. 829). In the context of civil litigation,

d'un examen fondé sur la *Charte*, malgré les observations de la Cour sur le caractère souhaitable de mesures de protection de la nature de celles prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela est particulièrement vrai étant donné que l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été adopté en 1956, bien avant la constitutionnalisation de la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ainsi que d'autres droits et libertés fondamentaux. De plus, il est important de se rappeler que l'arrêt *Descôteaux* n'était pas fondé sur la *Charte* (celle-ci a été adoptée deux mois avant que la Cour rende cet arrêt), mais plutôt sur la force des principes de common law. En conséquence, pour les fins des présents pourvois, il faut statuer sur la constitutionnalité de l'art. 488.1 d'après les normes constitutionnelles actuelles, lesquelles comprennent le statut du secret professionnel de l'avocat comme principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (*McClure, précité*) et la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte*.

#### D. Introduction à l'art. 488.1

Il ressort de cet historique qu'on a adopté l'art. 488.1 du *Code* pour essayer de tenir compte du caractère particulier de la perquisition dans les lieux d'affaires des avocats et, notamment, de veiller à ce que les communications privilégiées faites à un avocat ne soient pas assujetties à cette méthode d'enquête. Or, dans la mesure où l'art. 488.1 s'applique seulement « [l]orsqu'un fonctionnaire agissant sous le régime [du Code criminel] ou de toute autre loi fédérale est sur le point d'examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d'un avocat » (je souligne), il est clair que la disposition n'a jamais eu pour objet de remplacer les principes de common law concernant la délivrance de mandats dans le cas des bureaux d'avocats, comme l'a mentionné le juge Lamer dans *Descôteaux, précité*. L'article 488.1 ne tente pas de réglementer l'autorisation de la perquisition dans les bureaux d'avocats, mais simplement la façon dont s'effectue la perquisition. La question dont nous sommes saisis est de savoir si cette tentative résiste à l'examen de la constitutionnalité. Ce ne sont pas toutes les communications entre avocat et client qui sont protégées (*Solosky, précité*, p. 829).

for example, affidavits of documents are produced, identifying documents that would otherwise be discoverable, but that are claimed as privileged and thus exempt from disclosure.

23 In the context of a criminal investigation, the privilege acquires an additional dimension. The individual privilege holder is facing the state as a “singular antagonist” and for that reason requires an arsenal of constitutionally guaranteed rights (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994). It is particularly when a person is the target of a criminal investigation that the need for the full protection of the privilege is activated. It is then not an abstract proposition but a live issue of ensuring that the privilege delivers on the promise of confidentiality that it holds.

24 It is critical to emphasize here that all information protected by the solicitor-client privilege is out of reach for the state. It cannot be forcibly discovered or disclosed and it is inadmissible in court. It is the privilege of the client and the lawyer acts as a gatekeeper, ethically bound to protect the privileged information that belongs to his or her client. Therefore, any privileged information acquired by the state without the consent of the privilege holder is information that the state is not entitled to as a rule of fundamental justice.

25 It is in that context that we must ask whether Parliament has taken all required steps to ensure that there is no deliberate or accidental access to information that is, as a matter of constitutional law, out of reach in a criminal investigation.

E. *The Constitutional Failings of Section 488.1 Identified in the Proceedings Below*

26 As stated above, the appellate courts of Alberta, British Columbia, Newfoundland, Nova Scotia and Ontario all held that the procedure set out in s. 488.1 unconstitutionally offended to the rights enshrined in s. 8 of the *Charter*. In coming to that conclusion, these courts identified several problems within the

Dans les litiges civils, par exemple, on produit des affidavits mentionnant les documents susceptibles d’être découverts autrement, mais au sujet desquels on revendique le privilège et qui sont donc à soustrait à la divulgation.

Dans le cadre d’une enquête criminelle, le privilège prend une autre dimension. Le détenteur du privilège fait face à l’État, qui est son « adversaire singulier », de sorte qu’il a besoin d’une multitude de droits garantis par la Constitution (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 994). C’est surtout lorsqu’une personne est visée par une enquête criminelle que le besoin de la protection entière du privilège se fait sentir. Il ne s’agit donc pas d’un principe théorique, mais de la question réelle de veiller à ce que le privilège procure la confidentialité qu’il promet.

Il est essentiel de souligner ici que l’État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l’avocat. On ne peut pas découvrir par la force ces renseignements ni en forcer la divulgation, et ils sont inadmissibles en cour. Il s’agit du privilège du client, et l’avocat agit comme gardien, tenu par l’éthique de protéger les renseignements privilégiés appartenant à son client. Par conséquent, il y a une règle de justice fondamentale voulant que tout renseignement privilégié obtenu par l’État sans le consentement de son détenteur est un renseignement auquel l’État n’a pas droit.

C’est dans ce contexte que nous devons nous demander si le législateur a pris toutes les mesures nécessaires pour garantir qu’on n’obtienne pas volontairement ou involontairement des renseignements qui, du point de vue du droit constitutionnel, ne peuvent servir dans le cadre d’une enquête criminelle.

E. *Les lacunes constitutionnelles de l’art. 488.1 mentionnées dans les instances inférieures*

Comme je l’ai indiqué précédemment, les cours d’appel de l’Alberta, de la Colombie-Britannique, de Terre-Neuve, de la Nouvelle-Écosse et de l’Ontario ont toutes conclu que la procédure prévue à l’art. 488.1 portait atteinte de manière inconstitutionnelle aux droits consacrés par l’art. 8 de la *Charte*. En

provisions of s. 488.1 which, either directly or indirectly, compromise the integrity of solicitor-client privilege.

(1) Absence or Inaction of Solicitor

The courts below all found that privilege may be lost through the absence or the inaction of the solicitor. Pursuant to s. 488.1(2), the sealing procedure is only engaged if “a lawyer . . . claims that a named client of his has a solicitor-client privilege” (emphasis added) in respect of the documents. If the solicitor is not present at the time and place of the search, the officers conducting the search must give the lawyer a reasonable opportunity to make the claim of privilege, as directed by s. 488.1(8). If no claim is made, they may seize the documents and freely examine their contents, thus causing the privilege to be lost. Similarly, the privilege may also be lost if the solicitor is present but fails to claim the privilege for whatever reason (incompetence, sickness or out of sheer nervousness arising out of having his or her office searched). See *Lavallee, supra*, at paras. 28 and 37; *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 34; and, *Festing, supra*, at para. 17.

(2) The Naming of Clients

Courts have also identified another offensive aspect of s. 488.1(2) in the requirement that the lawyer name the client whose privilege is being threatened in order to engage the sealing procedure with respect to that client’s documents. The name of the client may very well be protected by solicitor-client privilege, although this is not always the case. See *Thorson v. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312 (B.C.S.C.); R. D. Manes and M. P. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (1993), at p. 141. Where the name of the client is indeed privileged information, s. 488.1(2) compels the lawyer to choose between two different privileged items: the name of the client or the confidential documents targeted by the search. In these situations, s. 488.1(2) requires that one privilege be sacrificed so that the other may be salvaged. See *Lavallee, supra*, at para. 50; *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para.

tirant cette conclusion, ces cours ont relevé plusieurs problèmes dans l’art. 488.1 qui, directement ou indirectement, compromettent l’intégrité du secret professionnel de l’avocat.

(1) L’absence ou l’inaction de l’avocat

Les cours d’instance inférieure ont toutes conclu que l’absence ou l’inaction de l’avocat pouvait entraîner la perte du privilège. Selon le par. 488.1(2), la mise sous scellés ne s’applique que si « un avocat [. . .] prétend qu’un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat » (je souligne) en ce qui concerne les documents. Si l’avocat n’est pas présent au moment et au lieu de la perquisition, les agents l’effectuant doivent lui donner une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège, conformément au par. 488.1(8). En l’absence d’objection, ils peuvent saisir les documents et en examiner le contenu, ce qui entraîne la perte du privilège. De même, il peut également y avoir perte du privilège si l’avocat est présent mais qu’il n’invoque pas le privilège pour quelque raison que ce soit (incompétence, maladie ou pure nervosité résultant de la perquisition dans son bureau). Voir les arrêts précités suivants : *Lavallee*, par. 28 et 37; *White*, par. 21; *Fink*, par. 34; et *Festing*, par. 17.

(2) Le nom des clients

Les tribunaux ont également relevé un autre aspect attentatoire du par. 488.1(2), soit l’exigence que l’avocat nomme le client dont le privilège est menacé pour que soit enclenchée la mise sous scellés des documents de ce client. Le nom de celui-ci peut fort bien être protégé par le secret professionnel de l’avocat, bien que cela ne soit pas toujours le cas. Voir la décision *Thorson c. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312 (C.S.C.-B.), et R. D. Manes et M. P. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (1993), p. 141. Lorsque le nom du client constitue effectivement un renseignement privilégié, le par. 488.1(2) oblige l’avocat à choisir entre deux éléments privilégiés : le nom du client et les documents confidentiels visés par la perquisition. Dans de tels cas, le par. 488.1(2) exige qu’un privilège soit sacrifié pour que l’autre puisse être préservé. Voir les arrêts précités suivants : *Lavallee*, par. 50; *White*, par. 21;

27

28

39; *Festing, supra*, at para. 17, and *Several Clients, supra*, at para. 38.

(3) No Notice Given to Client

29

The courts below also criticized the fact that s. 488.1 fails to ensure that all interested clients are notified when their documents are about to be turned over to the investigators. Indeed, the procedure does not provide for the mandatory notification of privilege holders. This absence of notice is particularly striking when, as described above, the solicitor is absent or fails to act, thus irremediably depriving the client of the opportunity to assert his or her solicitor-client privilege. The absence of notice is the first step in a series of consequences which can be fatal to maintaining the confidentiality of privileged documents. See *Lavallee, supra*, at paras. 28-39; *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 42; *Festing, supra*, at para. 17, and *Several Clients, supra*, at para. 38.

(4) Strict Time Limits

30

If the privilege is not asserted at the time of the search, for whatever reason, the seized documents may be examined by the investigating officers and prosecutors. Even if solicitor-client privilege is asserted at the time of the search, it may still be lost if the client or solicitor fails to move for “a place and a day . . . for the determination of the question whether the document should be disclosed” within 14 days of the search and seizure, as provided by s. 488.1(3)(a)(i) of the *Criminal Code*. In *Lavallee*, Côté J.A. further observed at para. 41: “The looming ‘14-day time’ limit under s. 488.1(3) is really only 10 to 11 days, because the subsection says that 2 days’ notice must be given. In view of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 27(2), that will eat up at least 3 days. Since the lawyer needs authority to move in court, and since only the client owns the privilege and can move, the 10 or 14 days might well be missed.” This time limit was held to be unreasonably strict and unworkable by the courts below. This procedural rigidity is exacerbated by the fact that no time extension can be granted without the consent of the Crown. See also *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 34; *Festing,*

*Fink*, par. 39; *Festing*, par. 17, et *Several Clients*, par. 38.

(3) L’absence d’avis au client

Les cours d’instance inférieure ont également critiqué le fait que l’art. 488.1 ne garantit pas que tous les clients intéressés sont avisés lorsque leurs documents vont être remis aux enquêteurs. En effet, la procédure ne prévoit pas l’obligation d’aviser les détenteurs du privilège. Cette absence d’avis est particulièrement dramatique lorsque, comme je l’ai mentionné précédemment, l’avocat est absent ou n’intervient pas, ce qui prive irrémédiablement le client de la possibilité de faire valoir son privilège. L’absence d’avis constitue la première étape d’une série de conséquences susceptibles de mener à la perte de la confidentialité des documents privilégiés. Voir les arrêts précités suivants : *Lavallee*, par. 28-39; *White*, par. 21; *Fink*, par. 42; *Festing*, par. 17, et *Several Clients*, par. 38.

(4) Les délais stricts

Si on ne fait pas valoir le privilège au moment de la perquisition, pour quelque raison que ce soit, les enquêteurs et les poursuivants peuvent examiner les documents saisis. Même si le privilège des communications entre client et avocat est invoqué au moment de la perquisition, il peut encore être perdu si le client ou l’avocat omet de présenter une requête demandant que soient « fix[és] une date [ . . . ] et un endroit, où sera décidée la question de savoir si le document doit être communiqué » dans un délai de 14 jours de la fouille, de la perquisition et de la saisie, comme le prévoit le sous-al. 488.1(3)a)(i) du *Code criminel*. Dans *Lavallee*, le juge Côté a en outre fait remarquer au par. 41 que : [TRADUCTION] « Le délai apparent “de 14 jours” fixé au par. 488.1(3) est en réalité de seulement 10 ou 11 jours parce que cette disposition prévoit un avis de présentation de deux jours. Compte tenu du par. 27(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, cet avis aura pour effet d’éliminer au moins trois jours. Comme l’avocat doit avoir une autorisation pour présenter une requête à la cour et que seul le client détient le privilège et peut présenter une telle requête, il se pourrait bien que le délai de 10 ou 14 jours ne soit pas respecté. » Les cours

*supra*, at para. 17, and *Several Clients, supra*, at para. 38.

(5) Absence of Discretion

Even in cases where the privilege has been asserted at the first opportunity, if the strict procedures outlined above are not followed, the *Code* provides that the court has no remedial discretion to relieve the privilege holder from his or her default and maintain the confidentiality of the information claimed to be privileged. This means that if an application is not made within 14 days of the search for a judicial determination of the validity of the claim of privilege, and if the consent of the Attorney General cannot be obtained for an extension of time, the judge has no discretion under the *Code* and must order that the documents seized and held under seal be turned over to the prosecution. Pursuant to s. 488.1(6), “the judge shall order” (emphasis added) that the documents be delivered to the prosecuting authorities. See *White, supra*, at para. 21; *Fink, supra*, at para. 35. The courts in *Festing, supra*, and *Several Clients, supra*, also found this aspect to be particularly offensive.

(6) Access of the Attorney General Prior to Judicial Determination

Finally, some appellate courts took issue with the fact that, pursuant to s. 488.1(4)(b), the Attorney General may be allowed to inspect the documents where the judge is of the opinion that it would materially assist the court in determining the question of privilege. Several courts held that this subsection effectively nullifies solicitor-client privilege before it is even determined that such privilege exists. The courts were of the view that the Crown does not need to inspect the documents in order to make meaningful submissions with regards to the seized documents and that the issue of privilege could be determined without allowing the Attorney General

d’instance inférieure ont conclu que ce délai était déraisonnablement strict et impossible à respecter. Cette rigidité procédurale est exacerbée par le fait que le délai ne peut être prorogé sans le consentement du ministère public. Voir également les arrêts précités suivants : *White*, par. 21; *Fink*, par. 34; *Festing*, par. 17, et *Several Clients*, par. 38.

(5) L’absence de pouvoir discrétionnaire

Même dans les cas où on fait valoir le privilège à la première occasion, le *Code* prévoit que, si les procédures strictes exposées précédemment ne sont pas suivies, la cour n’a pas le pouvoir discrétionnaire curatif de relever le détenteur du privilège de son défaut afin de préserver la confidentialité des renseignements qu’on prétend être privilégiés. Cela signifie que si, dans un délai de 14 jours de la perquisition, on ne demande pas au tribunal de statuer sur la validité de l’objection fondée sur le privilège et si on ne peut pas obtenir le consentement du procureur général à ce que le délai soit prorogé, le juge n’a aucun pouvoir discrétionnaire en vertu du *Code* et il doit ordonner que les documents saisis et conservés sous scellés soient remis à la poursuite. En vertu du par. 488.1(6), le « juge [. . .] doit ordonner » (je souligne) que les documents soient remis aux autorités chargées des poursuites. Voir les arrêts précités suivants : *White*, par. 21, et *Fink*, par. 35. Les cours ont également conclu, dans *Festing* et *Several Clients*, précités, que cet élément était particulièrement attentatoire.

(6) L’accès du procureur général avant qu’une décision judiciaire soit rendue

Enfin, certaines cours d’appel ont réprouvé le fait qu’en vertu de l’al. 488.1(4)b), le juge peut, s’il est d’avis que cela aidera la cour à rendre sa décision sur la question du privilège, permettre au procureur général d’examiner les documents. Plusieurs tribunaux ont conclu que cette disposition avait pour effet de supprimer le privilège avant même qu’une décision ne soit rendue quant à son existence. Les tribunaux étaient d’avis que le ministère public n’avait pas besoin d’examiner les documents saisis pour présenter des observations utiles à leur égard et qu’on pouvait statuer sur la question du privilège sans permettre au procureur général d’avoir accès

31

32

to access the seized documents. In the first instance of *Festing*, Romilly J. opined at para. 82: “I fail to see how disclosure to the prosecuting authority for the purposes of determining privilege is a practical necessity. I appreciate that eventually someone will have to see the documents in order to decide privilege. But surely that someone does not have to be the prosecuting authority” ((2000), 31 C.R. (5th) 203). See also *Fink*, *supra*, at para. 34; *Festing* (C.A.), *supra*, at para. 19; *Several Clients*, *supra*, at para. 41.

aux documents saisis. En première instance, dans *Festing*, le juge Romilly a exprimé l’opinion suivante au par. 82 : [TRADUCTION] « je ne vois pas en quoi il est nécessaire en pratique de communiquer les documents à l’autorité poursuivante pour qu’une décision soit rendue sur le caractère privilégié. Je suis conscient du fait qu’éventuellement quelqu’un devra voir les documents pour trancher la question. Mais il n’est certainement pas nécessaire que cette personne soit l’autorité poursuivante » ((2000), 31 C.R. (5th) 203). Voir également les arrêts précités suivants : *Fink*, par. 34; *Festing* (C.A.), par. 19, et *Several Clients*, par. 41.

33 The legislative deficiencies described above were held to impair solicitor-client privilege beyond any tolerable constitutional limit by the appellate courts of British Columbia (*Festing*, *supra*), Nova Scotia (*Several Clients*, *supra*) and Ontario (*Fink*, *supra*; *Claus*, *supra*; and *Piersanti*, *supra*) who accordingly all struck down s. 488.1 of the *Criminal Code*. While it endorsed the grounds identified in *Lavallee* in finding that s. 488.1 was unconstitutional, the Court of Appeal for Newfoundland (*White*, *supra*) ultimately decided that the section could be saved in accordance with the guidelines given by this Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and by resorting to legislative severance and reading-in. More will be said on the issue of remedy further in these reasons.

Les déficiences législatives susmentionnées portent atteinte au secret professionnel de l’avocat à un point excédant toute limite constitutionnelle tolérable, d’après les cours d’appel de la Colombie-Britannique (*Festing*, précité), de la Nouvelle-Écosse (*Several Clients*, précité) et de l’Ontario (*Fink*, *Claus* et *Piersanti*, précités). Elles ont donc toutes annulé l’art. 488.1 du *Code criminel*. Bien qu’elle ait approuvé les motifs exposés dans *Lavallee*, selon lesquels l’art. 488.1 est inconstitutionnel, la Cour d’appel de Terre-Neuve (*White*, précité) a finalement décidé que cette disposition pouvait se justifier, en application des lignes directrices de la Cour dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et des techniques de la dissociation et de l’interprétation large. J’en dirai davantage sur la question de la réparation plus loin dans les présents motifs.

#### F. Section 488.1 Violates Section 8 of the Charter

#### F. L’article 488.1 viole l’art. 8 de la Charte

34 The proper approach to the constitutional issues here is under s. 8 of the *Charter*, and there is no need to undertake an independent s. 7 analysis. This was properly explained in *Fink* by Goudge J.A., at para. 15:

En l’espèce, il convient d’analyser les questions constitutionnelles selon l’art. 8 de la *Charte* et il n’y a pas lieu d’entreprendre une analyse distincte fondée sur l’art. 7. C’est ce que le juge Goudge a bien expliqué dans *Fink*, par. 15 :

While a seizure undertaken by the state in the course of a criminal investigation can be said to implicate s. 7 and while solicitor-client privilege is encompassed within the principles of fundamental justice, I think s. 8 provides a sufficient framework for analysis. If the procedure mandated by s. 488.1 results in a reasonable search and seizure of the documents in the possession of a lawyer, it surely accords with the principles of fundamental justice and vice versa.

[TRADUCTION] Bien qu’une saisie effectuée par l’État au cours d’une enquête criminelle puisse se rapporter à l’art. 7 et bien que le privilège des communications entre client et avocat fasse partie des principes de justice fondamentale, je crois que l’art. 8 prévoit un cadre d’analyse suffisant. Si la procédure prescrite par l’art. 488.1 donne lieu à une fouille, une perquisition ou une saisie raisonnable à l’égard des documents en la possession d’un avocat, elle est certainement conforme aux principes de justice fondamentale et vice versa.

If the procedure set out in s. 488.1 results in an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*, it follows that s. 488.1 cannot be said to comply with the principles of fundamental justice embodied in s. 7. See also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33, Cory J. stated that “[t]here are two distinct questions which must be answered in any s. 8 challenge. The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy.” A client has a reasonable expectation of privacy in all documents in the possession of his or her lawyer, which constitute information that the lawyer is ethically required to keep confidential, and an expectation of privacy of the highest order when such documents are protected by the solicitor-client privilege. This is not at issue in this case. I will therefore proceed immediately to the second step of the s. 8 analysis, namely the reasonableness of the statutory intrusion on the privacy interests of solicitor’s clients.

At this stage, the issue is whether the procedure set out by s. 488.1 results in a reasonable search and seizure of documents, including potentially privileged documents, in the possession of a lawyer. Indeed, s. 8 only protects against unreasonable searches and seizures: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In commenting on the fact that a reasonable search and seizure is permitted under s. 8 of the *Charter*, Dickson J. stated, at pp. 159-60:

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.

Si la procédure prévue à l’art. 488.1 donne lieu à une perquisition et à une saisie abusives, contrairement à l’art. 8 de la *Charte*, on ne peut donc pas dire que cette disposition respecte les principes de justice fondamentale consacrés à l’art. 7. Voir également *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33, le juge Cory a déclaré que « [d]ans toute attaque fondée sur l’art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes. La première est de savoir si l’accusé pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée ». Le client a une attente raisonnable au respect du caractère privé de tous les documents en la possession de son avocat, lesquels constituent des renseignements dont l’avocat est tenu, sur le plan de l’éthique, de préserver la confidentialité, et son attente est du plus haut niveau lorsque ces documents sont protégés par le privilège du secret professionnel de l’avocat. Ces principes ne sont pas contestés en l’espèce. J’aborde donc immédiatement le deuxième volet de l’analyse relative à l’art. 8, à savoir le caractère raisonnable de l’atteinte par la loi aux droits à la vie privée du client.

À ce stade-ci, il s’agit de déterminer si la procédure prévue à l’art. 488.1 donne lieu à la perquisition et à la saisie raisonnables de documents en la possession d’un avocat, y compris les documents susceptibles d’être privilégiés. En effet, l’art. 8 protège uniquement contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En commentant le fait que l’art. 8 de la *Charte* autorise les fouilles, les perquisitions et les saisies raisonnables, le juge Dickson a affirmé aux p. 159-160 :

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.

Since *Hunter*, this Court has striven to strike an appropriate balance between privacy interests on the one hand and the exigencies of law enforcement on the other. See *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83. Sometimes, however, the traditional balancing of interests involved in a s. 8 analysis is inappropriate. As it was stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 86, “the appropriateness of the balance is assessed according to the nature of the interests at stake in a particular context, and the place of these interests within our legal and political traditions”. Where the interest at stake is solicitor-client privilege — a principle of fundamental justice and civil right of supreme importance in Canadian law — the usual balancing exercise referred to above is not particularly helpful. This is so because the privilege favours not only the privacy interests of a potential accused, but also the interests of a fair, just and efficient law enforcement process. In other words, the privilege, properly understood, is a positive feature of law enforcement, not an impediment to it. This was emphasized by this Court in *McClure*, *supra*, where Major J., writing for the Court, stated, at paras. 32 and 34-35:

That solicitor-client privilege is of fundamental importance was repeated in *Jones*, *supra*, per Cory J., at para. 45:

The solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system. Well over a century ago in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), at p. 649, the importance of the rule was recognized:

The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, . . . to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence . . . that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so makes to him should be kept secret, unless with his consent (for

Depuis *Hunter*, la Cour s’est efforcée d’établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et les exigences de l’application de la loi. Voir *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 665, et *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83. Il arrive cependant parfois que l’évaluation traditionnelle des intérêts en jeu dans une analyse relative à l’art. 8 soit inappropriée. Comme il est déclaré dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 86, « [l]e caractère approprié de l’évaluation dépend [. . .] de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu’ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques ». Lorsque l’intérêt en jeu est le secret professionnel de l’avocat — principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien — l’exercice d’évaluation habituel susmentionné n’est pas particulièrement utile. En effet, le privilège favorise non seulement le droit à la vie privée d’une personne susceptible d’être accusée, mais aussi le droit à ce que le processus d’application de la loi soit équitable et efficace. En d’autres termes, bien compris, le privilège est une caractéristique positive de l’application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci. C’est ce que la Cour a souligné dans *McClure*, précité, où le juge Major, au nom de la Cour, a déclaré ceci aux par. 32 et 34-35 :

Le juge Cory réitère l’importance fondamentale du secret professionnel de l’avocat dans l’arrêt *Jones*, précité, par. 45 :

Le secret professionnel de l’avocat est considéré depuis longtemps comme étant d’une importance fondamentale pour notre système judiciaire. Cette règle a été reconnue il y a plus de cent ans, dans *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), à la p. 649 :

[TRADUCTION] L’objet et la teneur de la règle sont les suivants : comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu’un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [. . .] qu’il puisse, pour employer une expression populaire, tout avouer au professionnel qu’il consulte pour faire valoir sa demande ou pour se défendre [. . .], qu’il puisse placer toute sa confiance dans ce représentant professionnel et que les choses communiquées demeurent secrètes, sauf consentement de sa part (car il s’agit de son privilège et non de

it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute. It is subject to exceptions in certain circumstances. *Jones, supra*, examined whether the privilege should be displaced in the interest of protecting the safety of the public, *per Cory J.* at para. 51:

Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail.

However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis added.]

Indeed, solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance. Accordingly, this Court is compelled in my view to adopt stringent norms to ensure its protection. Such protection is ensured by labeling as unreasonable any legislative provision that interferes with solicitor-client privilege more than is absolutely necessary. In short, in the specific context of law office searches for documents that are potentially protected by solicitor-client privilege, the procedure set out in s. 488.1 will pass *Charter* scrutiny if it results in a “minimal impairment” of solicitor-client privilege.

Minimal impairment has long been the standard by which this Court has measured the reasonableness of state encroachments on solicitor-client privilege. Recently, in *Brown, supra*, in defining the scope of the “innocence at stake” exception to solicitor-client privilege, this Court insisted that the

celui du mandataire qui reçoit l’information confidentielle), afin qu’il soit bien préparé à mener son procès.

Malgré son importance, le secret professionnel de l’avocat n’est pas absolu. Il est assujéti à des exceptions dans certains cas. Dans l’arrêt *Jones*, précité, par. 51, le juge Cory a examiné si le privilège devait être supplanté afin d’assurer la sécurité du public :

De la même façon qu’aucun droit n’est absolu, aucun privilège ne l’est, y compris celui du secret professionnel de l’avocat qui souffre des exceptions bien définies. La décision d’exclure des éléments de preuve qui seraient à la fois pertinents et d’une grande valeur probante parce qu’ils font l’objet du secret professionnel de l’avocat constitue une décision de principe qui est fondée sur l’importance que revêt ce privilège pour notre système judiciaire en général. Dans certains cas, toutefois, d’autres valeurs sociales doivent avoir préséance.

Toutefois, le secret professionnel de l’avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Je souligne.]

En effet, le secret professionnel de l’avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence. Par conséquent, je suis d’avis que la Cour est tenue d’adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection, ce qu’elle fait en qualifiant d’abusives toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire. En résumé, dans le cadre particulier des perquisitions dans des bureaux d’avocats visant des documents susceptibles d’être protégés par le secret professionnel de l’avocat, la procédure prévue à l’art. 488.1 résistera à l’examen de la *Charte* si elle donne lieu à une « atteinte minimale » au secret professionnel de l’avocat.

L’atteinte minimale constitue depuis longtemps la norme dont se sert la Cour pour mesurer le caractère raisonnable des atteintes au secret professionnel de l’avocat par l’État. Récemment, dans *Brown*, précité, en définissant la portée de l’exception de « la démonstration de l’innocence de l’accusé »

judge order the “production of only those communications that are necessary to allow an accused, whose innocence is otherwise at stake, to raise a reasonable doubt as to his guilt” (para. 77). In *Jones, supra*, this Court held at para. 77 that even where public safety is at stake, there must be a clear and imminent risk of serious bodily harm or death to an identifiable person or group before solicitor-client privilege can be compromised. Moreover, where it is determined that these criteria are met, the majority in *Jones* held that “[t]he disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible” (para. 86). Major J., dissenting on another point, agreed at para. 28 that “solicitor-client privilege is a fundamental common law right of Canadians. . . . Anytime such a fundamental right is eroded the principle of minimal impairment must be observed”. As I noted earlier in these reasons at para. 20, the minimal impairment standard was also applied in *Descôteaux, supra*, where Lamer J. instructed justices of the peace to be “particularly demanding” when issuing warrants to search law offices, so to “limit the breach of this fundamental right [solicitor-client privilege] to what is strictly inevitable” (p. 891).

applicable au secret professionnel de l’avocat, la Cour a insisté pour que le juge ordonne « uniquement la production des communications nécessaires pour permettre à l’accusé, dont l’innocence est en jeu, de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité » (par. 77). Dans *Jones*, précité, la Cour a conclu au par. 77 que, même lorsque la sécurité publique est en jeu, une personne ou un groupe de personnes identifiables doivent être clairement exposées au danger imminent d’être gravement blessées ou d’être tuées pour qu’on puisse compromettre le secret professionnel de l’avocat. Les juges majoritaires ont de plus conclu que « [I]a divulgation des communications protégées par le privilège doit en général être aussi limitée que possible » (par. 86). Dissident sur un autre point, le juge Major a convenu au par. 28 que le « privilège du secret professionnel de l’avocat est un droit fondamental des Canadiens en common law. [. . .] Chaque fois qu’il est porté atteinte à ce droit fondamental, le principe de l’atteinte minimale doit être respecté ». Comme je l’ai souligné auparavant dans les présents motifs au par. 20, la norme de l’atteinte minimale a aussi été appliquée dans *Descôteaux*, précité, où le juge Lamer a donné instruction aux juges de paix d’être « particulièrement exigeant[s] » lorsqu’ils décernent des mandats de perquisition visant des bureaux d’avocats, de manière à « limiter à ce qui est strictement inévitable l’atteinte au droit fondamental [le secret professionnel de l’avocat] » (p. 891).

38 Does s.488.1 more than minimally impair solicitor-client privilege? It is my conclusion that it does.

L’article 488.1 porte-t-il atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l’avocat? Je conclus que tel est le cas.

39 While I think it unnecessary to revisit the numerous statements of this Court on the nature and primacy of solicitor-client privilege in Canadian law, it bears repeating that the privilege belongs to the client and can only be asserted or waived by the client or through his or her informed consent (*Solosky, supra; Descôteaux, supra; Geffen, supra; Jones, supra; McClure, supra; Benson, supra*). In my view, the failings of s.488.1 identified in numerous judicial decisions and described above all share one principal, fatal feature, namely, the potential breach of solicitor-client privilege without the client’s knowledge, let alone consent. The

Même si je considère qu’il est inutile de réexaminer les nombreuses déclarations de la Cour quant à la nature et à la primauté du secret professionnel de l’avocat en droit canadien, il est utile de répéter que le privilège appartient au client et que seul celui-ci peut l’invoquer ou y renoncer, directement ou par consentement éclairé (arrêts *Solosky, Descôteaux, Geffen, Jones, McClure* et *Benson*, précités). D’après moi, les lacunes de l’art. 488.1, mentionnées dans de nombreuses décisions judiciaires et décrites précédemment, ont toutes en commun une caractéristique dominante fatale, à savoir la violation potentielle du secret professionnel de l’avocat

fact that competent counsel will attempt to ascertain the whereabouts of their clients and will likely assert blanket privilege at the outset does not obviate the state's duty to ensure sufficient protection of the rights of the privilege holder. Privilege does not come into being by an assertion of a privilege claim; it exists independently. By the operation of s. 488.1, however, this constitutionally protected right can be violated by the mere failure of counsel to act, without instruction from or indeed communication with the client. Thus, s. 488.1 allows the solicitor-client confidentiality to be destroyed without the client's express and informed authorization, and even without the client's having an opportunity to be heard.

In that respect I note that s. 488.1(8), which requires the investigative officers to give reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made before examining, making copies or seizing any documents, is limited to a claim "to be made under subsection (2)". The claim under subs. (2) is of course the claim that the lawyer is required to make, at the time of the search, in order to trigger the further procedural protections provided for in s. 488.1. Therefore, under this statutory scheme, reasonable opportunity has to be provided to the privilege keeper, but not to the privilege holder, to ensure that the privileged information remains so. This positive obligation on counsel shifts the burden of guaranteeing the respect for *Charter* rights from the state to the lawyer. I stress here that I am making no adverse assumption about the competence, professionalism and integrity of lawyers. However, in the context of searches of law offices, it cannot simply be assumed that the lawyer is the *alter ego* of the client. The solicitor-client relationship may have been terminated long before the search. This of course does not displace the duty of loyalty owed by the solicitor to the client. But law office searches may place lawyers in a conflict of interest with their clients, or may place them in conflict regarding their ongoing duties to several present and former clients. I cannot see how s. 488.1(8), limited as it is, can raise this entire procedural scheme to a standard of constitutional reasonableness when it fails to address

sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti. Même si l'avocat compétent essaiera de joindre son client et qu'il invoquera vraisemblablement le privilège général dès le départ, l'État a l'obligation de veiller à ce que les droits du détenteur du privilège demeurent suffisamment protégés. Le privilège ne prend pas effet seulement au moment où il est invoqué; il existe indépendamment de sa revendication. Toutefois, selon l'art. 488.1, ce droit constitutionnel peut être violé du simple fait que l'avocat n'a pas agi, sans instructions en ce sens de la part de son client ou sans même qu'il y ait de communication avec lui. Ainsi, l'article 488.1 permet la perte de la confidentialité des communications entre avocat et client sans l'autorisation explicite et éclairée du client et sans même que celui-ci ait la possibilité d'être entendu.

Je souligne à cet égard que le par. 488.1(8), qui exige des enquêteurs qu'ils donnent aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat avant d'examiner ou de saisir des documents ou d'en faire des copies, prévoit seulement une objection « en vertu du paragraphe (2) ». Il s'agit évidemment de l'objection que l'avocat est tenu de formuler au moment de la perquisition pour faire entrer en jeu les protections procédurales additionnelles de l'art. 488.1. Par conséquent, en vertu de ce régime législatif, il faut fournir au gardien du privilège, mais pas à son détenteur, une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le secret professionnel de l'avocat pour préserver la confidentialité des renseignements privilégiés. Cette obligation positive qui incombe à l'avocat déplace de l'État à l'avocat le fardeau de garantir que les droits protégés par la *Charte* sont respectés. Je tiens à souligner ici que je ne fais aucune supposition négative quant à la compétence, au professionnalisme et à l'intégrité des avocats. Cependant, dans le cadre des perquisitions dans des bureaux d'avocats, on ne peut pas simplement tenir pour acquis que l'avocat est l'*alter ego* du client. La relation entre l'avocat et le client peut avoir pris fin bien avant la perquisition, ce qui, naturellement, n'écarte pas l'obligation de loyauté de l'avocat envers le client. Mais les perquisitions dans des bureaux d'avocats peuvent mettre les avocats en conflit d'intérêts avec leurs clients ou

directly the entitlement that the privilege holder, the client, should have to ensure the adequate protection of his or her rights. Indeed, because of the complete lack of notification provisions within the s. 488.1 scheme, the client may not even be aware that his or her privilege is threatened.

41 In cases where it would not be feasible to notify the potential privilege holders that they need to assert their privilege in order to bar an intrusion by the state into these protected materials, at the very least independent legal intervention, for instance in the form of notification and involvement of the Law Society, would go a long way to afford the protection that is so lacking under the present regime. Indeed, this is done routinely as a matter of practice in Quebec, and occasionally elsewhere. For a detailed description of the practice in Quebec, see *Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 162, 161 C.C.C. (3d) 64 (Que. C.A.), at paras. 34 to 38, application for leave to appeal granted May 16, 2002, [2002] 2 S.C.R. vii.

42 I stress here again that the enactment of s. 488.1 represents an attempt to respect the solicitor-client privilege. However, in order to respect the constitutional imperatives, the enactment must strive to ensure that the chances of the state's accessing, through a search warrant, privileged information to which the state has no right of access, are reduced to their reasonable minimum. In my view, since the right of the state to access this information is, in law, conditional on the consent of the privilege holder, all efforts to notify that person, or an appropriate surrogate such as the Law Society, must be put in place in order for the section to conform to s. 8 of the *Charter*.

43 Another fatal flaw in the current statutory scheme is, in my view, the absence of judicial discretion

mettre en opposition leurs obligations permanentes à l'égard de plusieurs clients actuels et de plusieurs anciens clients. Je ne peux pas voir comment, limité comme il l'est, le par. 488.1(8) peut rendre l'ensemble de ce régime raisonnable du point de vue constitutionnel alors qu'il ne traite pas directement du droit que le détenteur du privilège, le client, devrait avoir pour veiller à la protection adéquate de ses droits. En effet, vu l'absence totale de disposition prévoyant l'obligation de donner avis sous le régime de l'art. 488.1, il se peut que le client ne sache même pas que son privilège est menacé.

Dans les cas où il ne serait pas possible d'aviser les détenteurs de privilège potentiels qu'ils doivent faire valoir leur privilège pour empêcher l'État d'avoir accès à ces documents protégés, une intervention légale indépendante, par exemple sous forme d'avis et de participation du Barreau, contribuerait certainement beaucoup à l'octroi de la protection qui fait si cruellement défaut dans le régime actuel. En effet, cette intervention est de pratique courante au Québec, et parfois ailleurs. Pour une description détaillée de la pratique québécoise, voir *Maranda c. Québec (Juge de la Cour du Québec)* (2001), 47 C.R. (5th) 112 (C.A. Qué.), par. 34-38, demande d'autorisation de pourvoi accordée le 16 mai 2002, [2002] 2 R.C.S. vii.

Je souligne de nouveau ici que l'adoption de l'art. 488.1 vise à respecter le privilège des communications entre client et avocat. Toutefois, pour respecter les impératifs constitutionnels, la disposition doit faire en sorte, dans toute la mesure du possible, que soient réduites à leur minimum raisonnable les chances que l'État ait accès, au moyen d'un mandat de perquisition, à des renseignements privilégiés auxquels il n'a pas droit. À mon avis, comme le droit de l'État d'obtenir ces renseignements est, en droit, conditionnel au consentement du détenteur du privilège, il faut que toutes les mesures nécessaires à la notification de cette personne ou d'un substitut convenable comme le Barreau soient mises en place pour que la disposition soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

Une autre lacune fatale du régime législatif actuel est, d'après moi, l'absence de pouvoir discrétionnaire

in the determination of the validity of an asserted claim of privilege. I am not unduly concerned with the apparently strict time limits imposed by the *Code* for this issue to be dealt with, as I believe that a proper interpretation of these provisions would permit a court to relieve a party from its default to comply with the statutory time line, for instance on consent, in the interest of justice. However, I cannot see how one can read a residual judicial discretion in s. 488.1(6) which confers an entitlement on the Crown to access the seized documents if an application has not been made, or has not been proceeded with, with the dispatch required by subss. (2) and (3). The language is clear, “the judge shall” order the documents released to the prosecution. Short of replacing the word “shall” with the word “may” by way of constitutional remedy, a point to which I will return below, I cannot see how, as a matter of sound statutory interpretation, one can interpret this provision as containing an element of judicial discretion. Again, measured against the constitutional standard of reasonableness in s. 8 of the *Charter*, this mandatory disclosure of potentially privileged information, in a case where the court has been alerted to the possibility of privilege by the fact that the documents were sealed at the point of search, cannot be said to minimally impair the privilege. It amounts to an unjustifiable vindication of form over substance, and it creates a real possibility that the state may obtain privileged information that a court could very well have recognized as such. In my view, reasonableness dictates that courts must retain a discretion to decide whether materials seized in a lawyer’s office should remain inaccessible to the state as privileged information if and when, in the circumstances, it is in the interest of justice to do so.

I also find an unjustifiable impairment of the privilege in the provision in s. 488.1(4)(b), which permits the Attorney General to inspect the seized documents where the applications judge is of the opinion that it would materially assist him or her in deciding whether the document is privileged.

du juge qui statue sur la validité de l’objection fondée sur le privilège. Je ne m’inquiète pas indûment des délais apparemment stricts prescrits par le *Code* pour l’examen de cette question car j’estime que, bien interprétées, ces dispositions permettent au tribunal de relever une partie de son défaut de se conformer au délai légal, par exemple suivant un consentement, dans l’intérêt de la justice. Je ne vois cependant pas comment on peut déceler un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge au par. 488.1(6), qui confère au ministère public un droit d’accès aux documents saisis si on n’a fait aucune demande, ou si on n’a pas donné suite à celle-ci, avec la célérité requise par les par. (2) et (3). Le libellé de cette disposition est clair : le « juge [ . . . ] doit » ordonner la remise des documents à la poursuite. À moins que le mot « doit » soit remplacé par le mot « peut » par voie de réparation constitutionnelle, point sur lequel je reviendrai plus loin, je ne vois pas comment, aux fins d’une saine interprétation des lois, on peut interpréter cette disposition comme comportant un certain pouvoir discrétionnaire judiciaire. Encore une fois, selon la norme constitutionnelle du caractère raisonnable que renferme l’art. 8 de la *Charte*, on ne peut pas dire que cette communication obligatoire de renseignements potentiellement privilégiés porte atteinte le moins possible au privilège dans un cas où la cour a été mise au courant de la possibilité de l’existence de celui-ci par la mise sous scellés des documents au moment de la perquisition. Cette communication obligatoire revient à faire prédominer de façon injustifiable la forme sur le fond et crée la possibilité réelle que l’État obtienne des renseignements qu’un tribunal peut fort bien reconnaître comme étant privilégiés. À mon avis, la norme du caractère raisonnable dicte que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de décider si les documents saisis dans le bureau d’un avocat doivent demeurer inaccessibles à l’État en raison de leur caractère privilégié lorsque, dans les circonstances, il est dans l’intérêt de la justice qu’ils le demeurent.

J’estime également que l’al. 488.1(4)b) porte atteinte de façon injustifiable au privilège, car il permet au procureur général d’examiner les documents saisis lorsque le juge des demandes est d’avis que cela l’aiderait à rendre sa décision sur leur caractère privilégié. La Commission de réforme du droit

This particular aspect of s. 488.1 was disapproved of by the Law Reform Commission of Canada who felt that “granting the Crown access to confidential communications passing between a solicitor and his client would diminish the public’s faith in the administration of justice and create a potential for abuse” (p. 60). See Law Reform Commission of Canada, Report 24, *Search and Seizure* (1984), Recommendation Seven, at p. 58. I agree. As Goudge J.A. stated at para. 40 of his reasons in *Fink*, *supra*: “The effect of this provision is the complete loss of the protection afforded by the very privilege that may subsequently be determined to apply.” It should be noted however that while the substantive aspect of the privilege is irremediably lost by operation of s. 488.1(4)(b), its evidentiary component remains untouched and continues to protect the privileged documents from being entered into evidence. See *Borden & Elliot*, *supra*, at p. 343. However, in my opinion and as Southey J. recognized in that case, “[i]t would be small comfort indeed” for the privilege holder that the law prevents the introduction of his or her confidential documents into evidence when their contents have already been disclosed to the prosecuting authority. Ultimately, any benefit that might accrue to the administration of justice from the Crown’s being in a better position to assist the court in determining the existence of the privilege is, in my view, greatly outweighed by the risk of disclosing privileged information to the state in the conduct of a criminal investigation. I also cannot understand the logic of the argument that the Crown should be trusted not to use information obtained under that provision if it subsequently proved to have been the proper subject of a privilege. If, as would be the case under this provision, the conduct of the Crown examining the documents would have been entirely lawful, it is difficult to understand why the Crown should then refrain from making use of such knowledge lawfully acquired. In the end, this provision is unduly intrusive upon the privilege and of limited usefulness in determining its existence.

du Canada a désapprouvé cet élément particulier de l’art. 488.1. À cet égard, elle affirme : « en permettant au ministère public d’avoir accès [aux] communications [confidentielles], on risquerait de diminuer la confiance du public dans l’administration de la justice. De plus, certains redoutent les abus possibles » (p. 68). Voir Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 24, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (1984), Recommandation sept, p. 66. Je suis d’accord. Comme le juge Goudge l’a affirmé au par. 40 de ses motifs dans *Fink*, précité, [TRADUCTION] « Une telle disposition a pour effet d’éliminer complètement la protection conférée par le privilège même qui pourrait par la suite s’appliquer au document ». Il convient de noter, toutefois, que même si l’aspect substantiel du privilège est irrémédiablement perdu par application de l’al. 488.1(4)b, la règle de preuve demeure inchangée et continue à protéger les documents privilégiés en empêchant qu’ils soient présentés en preuve. Voir *Borden & Elliot*, précité, p. 343. Mais, à mon avis, et comme l’a reconnu le juge Southey dans cette affaire, [TRADUCTION] « [c]e serait vraiment une mince consolation » pour le détenteur du privilège que de savoir que la loi empêche la présentation en preuve de ses documents confidentiels alors que leur contenu a déjà été dévoilé à l’autorité poursuivante. Enfin, à mon avis, le danger que des renseignements privilégiés soient communiqués à l’État au cours d’une enquête criminelle l’emporte largement sur tout avantage pour l’administration de la justice qui pourrait découler du fait que le ministère public serait en meilleure position pour aider la cour à statuer sur l’existence du privilège. En outre, je ne peux pas comprendre la logique de l’argument selon lequel on peut être sûr que le ministère public n’utilisera pas les renseignements obtenus en vertu de cette disposition s’il est démontré par la suite que ceux-ci sont effectivement privilégiés. Si, comme cela aurait été le cas en vertu de cette disposition, l’examen des documents par le ministère public avait été entièrement légal, il est difficile de comprendre pourquoi ce dernier aurait dû ensuite se garder d’utiliser ces connaissances légalement acquises. En fin de compte, cette disposition porte indûment atteinte au privilège et a une utilité limitée pour la détermination de son existence.

In short, in my opinion, s. 488.1 fails to ensure that clients are given a reasonable opportunity to exercise their constitutional prerogative to assert or waive their privilege. Far from upholding solicitor-client confidentiality, s. 488.1 permits the privilege to fall through the interstices of its inadequate procedure. The possible automatic loss of protection against unreasonable search and seizure through the normal operation of the law cannot be reasonable. Nor can the provision be infused with reasonableness in a constitutional sense on the basis of an assumption that the prosecution will behave honourably and, for instance, initiate a review under s. 488.1(3), if neither the client nor the lawyer has done so, or refrain from exercising the right to inspect the sealed documents, even though authorized to do so by the reviewing judge, as contemplated by s. 488.1(4)(b). As Cory J. observed in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4: “Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control.” Even more so, I would add that the constitutionality of a statutory provision cannot rest on an expectation that the Crown will refrain from doing what it is permitted to do.

For these reasons, I find that s. 488.1 more than minimally impairs solicitor-client privilege and thus amounts to an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*. The appellants did not make any submissions on the issue of whether s. 488.1 could be saved under s. 1 of the *Charter* in the event it was found to be unconstitutional, as I have found it to be. Although this Court has left open the possibility that violations of ss. 7 and 8 could be saved under s. 1 in exceptional circumstances, this is clearly not such a case. See *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *Hunter*, *supra*; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 78. See also

En résumé, j’estime que l’art. 488.1 ne garantit pas aux clients une occasion raisonnable d’exercer leur prérogative constitutionnelle de faire valoir leur privilège ou d’y renoncer. Loin de protéger la confidentialité des communications entre client et avocat, l’art. 488.1 entraîne la disparition du privilège en raison des failles de la procédure prescrite. La perte automatique possible de la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives par l’application normale de la loi ne peut pas être raisonnable. On ne peut pas non plus conférer à la disposition un caractère raisonnable du point de vue constitutionnel en se fondant sur la présomption que la poursuite se comportera de façon honorable et, par exemple, qu’elle demandera la révision visée par le par. 488.1(3) si le client et l’avocat ne l’ont pas fait ou qu’elle s’abstiendra d’exercer le droit d’examiner les documents scellés même si le juge chargé de la révision l’y autorise conformément à l’al. 488.1(4)(b). Comme le juge Cory l’a fait remarquer dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 103-104 : « Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l’occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l’égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu’il n’est pas possible de surveiller ni de maîtriser. » J’irais même jusqu’à ajouter que la constitutionnalité d’une disposition législative ne peut pas reposer sur l’attente que le ministère public s’abstienne de faire ce qu’il lui est permis de faire.

Pour ces motifs, je conclus que l’art. 488.1 porte atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l’avocat et qu’il équivaut donc à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives, contrairement à l’art. 8 de la *Charte*. Les appelants n’ont présenté aucune observation sur la question de savoir si l’art. 488.1 pouvait être justifié par l’article premier de la *Charte* dans l’hypothèse où on le jugerait inconstitutionnel, comme je l’ai fait. Bien que la Cour ait prévu la possibilité que des violations des art. 7 et 8 puissent être justifiées par l’article premier dans des cas exceptionnels, il ne s’agit clairement pas d’un tel cas en l’espèce. Voir les arrêts suivants : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité;

D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3rd ed. 2001), at pp. 24-25 and 245. In particular, if, as here, the violation of s. 8 is found to consist of an unjustifiable impairment of the privacy interest protected by that section, everything else aside, it is difficult to conceive that the infringement could survive the minimal impairment part of the *Oakes* test. See *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 802-3. I therefore conclude that s. 488.1 could not be saved by s. 1: while effective police investigations are indisputably a pressing and substantive concern, s. 488.1 cannot be said to establish proportional means to achieve that objective inasmuch as it more than minimally impairs solicitor-client privilege.

#### V - Remedy

47 In *White*, *supra*, the Court of Appeal for Newfoundland held that the constitutional failings in s. 488.1 could be cured by a remedial interpretation of that section, resorting to such techniques as severance and reading-in. By contrast, the appellate courts in *Lavallee*, *supra*, and *Fink*, *supra*, thought it best to declare s. 488.1 unconstitutional and not engage in any judicial re-crafting of the impugned provision on the basis that, given the complexities involved, “[i]t is better that Parliament have a chance to sort all this out.” (*Lavallee*, *supra*, at para. 105)

48 Some of the procedural shortcomings of s. 488.1 could be addressed by such techniques as severance or reading in. For instance, s. 488.1(4)(b) could be severed from the rest of the section, thus removing the offensive provision permitting the Attorney General to inspect documents that may be privileged. Section 488.1(3)(a) could be read to include after the words “within fourteen days” and “not later than twenty-one days” the expression: “or such time as the court deems appropriate”. However, these are not at the heart of the constitutional infirmity of the provision. The need to ensure that privilege holders are given a genuine opportunity to enforce the

*Hunter*, précité, et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 78. Voir également D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 2001), p. 24-25 et 245. En particulier, si, comme en l’espèce, la violation de l’art. 8 est jugée constituer une atteinte injustifiable au droit à la vie privée protégé par cette disposition, toute autre chose à part, il est difficile de concevoir que cette violation puisse résister au volet de l’atteinte minimale du critère de l’arrêt *Oakes*. Voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 802-803. Je conclus donc que l’art. 488.1 ne peut pas être justifié par l’article premier : bien que l’efficacité des enquêtes policières soit incontestablement une préoccupation de fond urgente, on ne peut pas dire que l’art. 488.1 prévoit des moyens proportionnés pour atteindre cet objectif dans la mesure où il porte atteinte au secret professionnel de l’avocat d’une façon plus que minimale.

#### V - La réparation

Dans *White*, précité, la Cour d’appel de Terre-Neuve a conclu qu’on pouvait remédier aux lacunes constitutionnelles de l’art. 488.1 par une interprétation réparatrice de cette disposition, en recourant à des techniques comme la dissociation et l’interprétation large. Par contre, dans *Lavallee* et *Fink*, précités, les cours d’appel ont jugé préférable de déclarer l’art. 488.1 inconstitutionnel et de ne pas reformuler la disposition contestée au motif que, étant donné les subtilités en cause, [TRADUCTION] « [i] est préférable que le législateur ait la possibilité de démêler tout cela ». (*Lavallee*, précité, par. 105)

On peut remédier à certaines des lacunes procédurales de l’art. 488.1 par des méthodes comme la dissociation et l’interprétation large. Par exemple, on pourrait dissocier l’al. 488.1(4)(b) du reste de l’article, éliminant ainsi la disposition attentatoire qui permet au procureur général d’examiner des documents susceptibles d’être privilégiés. On pourrait interpréter l’al. 488.1(3)(a) comme comprenant, après les termes « dans un délai de quatorze jours » et « au plus tard vingt et un jours », l’expression « ou dans tout autre délai que la cour juge approprié ». Toutefois, ces termes ne se situent pas au cœur du vice constitutionnel de la disposition. Une

protection of their confidential communications to their lawyers, at the time when they need the protection of the law the most, cannot easily be met by a judicial redrafting of the provision. Neither can the need to ensure that the courts are given enough flexibility and discretion to remain the protectors of constitutional rights and the guardians of the law. In my view, the process for seizing documents in the possession of a lawyer is indeed a delicate matter, which presents some procedural options that are best left to Parliament. It also requires that legislation be carefully drafted. This Court is not asked to rewrite s. 488.1, nor am I inclined to do so. Rather, I think the proper course of action is to declare s. 488.1 unconstitutional and strike it down pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. As Côté J.A. properly observed in *Lavallee, supra*, at para. 105: “There is doubtless more than one constitutional way to legislate to alleviate the legitimate concerns of the police, of lawyers, and of their clients, over privilege claims during searches. Parliament should be allowed to choose that way which it thinks most apt.” However, Parliament’s prerogative to legislate anew in this area of criminal law enforcement would be better exercised, in my view, with the benefit of further consultation with those charged or affected by its interpretation and application.

In the interim, I will articulate the general principles that govern the legality of searches of law offices as a matter of common law until Parliament, if it sees fit, re-enacts legislation on the issue. These general principles should also guide the legislative options that Parliament may want to address in that respect. Much like those formulated in *Descôteaux, supra*, the following guidelines are meant to reflect the present-day constitutional imperatives for the protection of solicitor-client privilege, and to govern both the search authorization process and the

reformulation judiciaire de la disposition ne peut pas aisément combler le besoin d’assurer que les détenteurs du privilège aient une occasion réelle de veiller à la protection de la confidentialité de leurs communications avec leurs avocats au moment où ils ont le plus besoin de la protection de la loi. Cette reformulation ne peut pas non plus aisément combler le besoin d’assurer que les tribunaux jouissent de la souplesse et du pouvoir discrétionnaire nécessaires pour garantir qu’ils demeurent les protecteurs des droits constitutionnels et les gardiens de la loi. D’après moi, la saisie de documents en la possession d’un avocat est effectivement une question délicate comportant des choix de procédure qu’il incombe davantage au législateur de faire. Ce processus exige également que les dispositions législatives soient rédigées avec soin. On n’a pas demandé à la Cour de rédiger de nouveau l’art. 488.1, et je ne suis pas encline à le faire non plus. J’estime plutôt qu’il convient de déclarer l’art. 488.1 inconstitutionnel et de l’annuler aux termes de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme le juge Côté l’a fait remarquer à bon droit dans *Lavallee*, précité, par. 105, [TRADUCTION] « [i]l y a certes plus d’une façon constitutionnelle de légiférer de manière à dissiper les craintes légitimes de la police ainsi que des avocats et de leurs clients relativement aux objections fondées sur le privilège formulées lors de perquisitions. Le législateur doit pouvoir choisir la procédure qu’il estime la plus convenable ». Toutefois, le législateur exercerait mieux, à mon avis, sa prérogative d’adopter de nouvelles dispositions dans ce domaine d’application du droit criminel s’il consultait davantage les personnes chargées de leur interprétation et de leur application ainsi que celles touchées par celles-ci.

Entre-temps, je formule les principes généraux régissant la légalité, en common law, des perquisitions dans des bureaux d’avocats jusqu’à ce que le législateur juge bon d’adopter de nouvelles dispositions législatives sur la question. Ces principes généraux doivent aussi guider les choix législatifs que le législateur peut vouloir examiner à cet égard. Comme celles qui ont été formulées dans *Descôteaux*, précité, les lignes directrices qui suivent visent à refléter les impératifs constitutionnels actuels en matière de protection du secret

general manner in which the search must be carried out; in this connection, however, they are not intended to select any particular procedural method of meeting these standards. Finally, it bears repeating that, should Parliament once again decide to enact a procedural regime that is restricted in its application to the actual carrying out of law office searches, justices of the peace will accordingly remain charged with the obligation to protect solicitor-client privilege through application of the following principles that are related to the issuance of search warrants:

1. No search warrant can be issued with regards to documents that are known to be protected by solicitor-client privilege.
2. Before searching a law office, the investigative authorities must satisfy the issuing justice that there exists no other reasonable alternative to the search.
3. When allowing a law office to be searched, the issuing justice must be rigorously demanding so to afford maximum protection of solicitor-client confidentiality.
4. Except when the warrant specifically authorizes the immediate examination, copying and seizure of an identified document, all documents in possession of a lawyer must be sealed before being examined or removed from the lawyer's possession.
5. Every effort must be made to contact the lawyer and the client at the time of the execution of the search warrant. Where the lawyer or the client cannot be contacted, a representative of the Bar should be allowed to oversee the sealing and seizure of documents.
6. The investigative officer executing the warrant should report to the justice of the peace the

professionnel de l'avocat et à régir à la fois l'autorisation des perquisitions et la manière générale dont elles doivent être effectuées; à cet égard, cependant, elles ne visent pas à privilégier une méthode procédurale particulière en vue de respecter ces normes. Enfin, je tiens à répéter que, si le législateur décide de nouveau d'adopter un régime procédural dont l'application se limite à la perquisition dans des bureaux d'avocats, les juges de paix auront, par voie de conséquence, l'obligation de protéger le secret professionnel de l'avocat en appliquant les principes suivants concernant la délivrance des mandats de perquisition :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.
3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.
4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.
5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour

efforts made to contact all potential privilege holders, who should then be given a reasonable opportunity to assert a claim of privilege and, if that claim is contested, to have the issue judicially decided.

7. If notification of potential privilege holders is not possible, the lawyer who had custody of the documents seized, or another lawyer appointed either by the Law Society or by the court, should examine the documents to determine whether a claim of privilege should be asserted, and should be given a reasonable opportunity to do so.
8. The Attorney General may make submissions on the issue of privilege, but should not be permitted to inspect the documents beforehand. The prosecuting authority can only inspect the documents if and when it is determined by a judge that the documents are not privileged.
9. Where sealed documents are found not to be privileged, they may be used in the normal course of the investigation.
10. Where documents are found to be privileged, they are to be returned immediately to the holder of the privilege, or to a person designated by the court.

Solicitor-client privilege is a rule of evidence, an important civil and legal right and a principle of fundamental justice in Canadian law. While the public has an interest in effective criminal investigation, it has no less an interest in maintaining the integrity of the solicitor-client relationship. Confidential communications to a lawyer represent an important exercise of the right to privacy, and they are central to the administration of justice in an adversarial system. Unjustified, or even accidental infringements of the privilege erode the public's confidence in the fairness of the criminal justice system. This is why all efforts must be made to protect such confidences.

joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.

7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.
10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

Le secret professionnel de l'avocat constitue une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu'un principe de justice fondamentale en droit canadien. Même si le public a intérêt à ce que les enquêtes criminelles soient menées efficacement, il a tout autant intérêt à préserver l'intégrité de la relation avocat-client. Les communications confidentielles avec un avocat constituent un exercice important du droit à la vie privée et elles sont essentielles pour l'administration de la justice dans un système contradictoire. Les atteintes au privilège injustifiées, voire involontaires, minent la confiance qu'a le public dans l'équité du système de justice criminelle. C'est pourquoi il ne faut ménager aucun effort pour protéger la confidentialité de ces communications.

VI - Conclusion

50 I conclude that s. 488.1 violates s. 8 of the *Charter* and must be struck down. It cannot be saved under s. 1. Accordingly, I would dismiss the appeals in *Lavallee, supra*, and *Fink, supra*. In *Fink*, the respondent should have his costs of the appeal in light of the agreement of the Crown to that effect. In *White, supra*, I would allow the appeal and I would set aside the decision of the Court of Appeal for Newfoundland to rewrite the impugned section; I would dismiss the cross-appeal.

51 The constitutional questions should be answered as follows:

1. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

There is no need to answer the question.

2. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

There is no need to answer this question.

3. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

52 I agree with my colleague Justice Arbour that lawyers' important role in the litigation process — as officers of the court and as advisers in the dispensing of legal advice — requires that the solicitor-client privilege be strictly upheld. However, I disagree with her finding that s. 488.1 of the *Criminal Code*,

VI - Conclusion

Je conclus que l'art. 488.1 viole l'art. 8 de la *Charte* et qu'il doit être annulé. Il ne peut pas être justifié par l'article premier. En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois interjetés dans les affaires *Lavallee* et *Fink*, précitées. Dans *Fink*, l'intimé devrait avoir droit aux dépens vu que le ministère était d'accord à cet égard. Dans l'affaire *White*, précitée, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve, dans lequel elle a réécrit la disposition contestée; je rejetterais le pourvoi incident.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Non.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissent en partie) —

I. Introduction

Je conviens avec ma collègue le juge Arbour que le rôle important des avocats dans les recours judiciaires — en tant qu'officiers de justice et en tant que conseillers juridiques — exige que le privilège des communications entre client et avocat soit strictement respecté. Toutefois, je ne partage pas sa

R.S.C. 1985, c. C-46, is unconstitutional, a finding she reaches on the basis of a strict and rigid interpretation of the statute and on the premise that lawyers will not discharge their professional duties in a diligent and competent manner, as required by their codes of professional conduct. Save for s. 488.1(4), s. 488.1 can be interpreted in a manner that comports with constitutional guarantees by assuming, as courts should, that lawyers will discharge their obligations to their clients in a manner which reflects their status as, sometimes, officers of the court, and, always, as independent professionals playing a key function in the life of the Canadian legal system. Section 488.1 represents a well-targeted legislative response to judgments of this Court and to the need to address the problems which attend searches and seizures executed in lawyers' offices. It aims at protecting privilege, not at destroying it. It builds on jurisprudential and legislative rules governing the issuance of search warrants. As a result, it does not infringe either s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

As Arbour J. states in her reasons, the facts are straightforward and not subject to much interpretation; I need not repeat them. The legal issues, on the other hand, have proven to be far more problematic. First, I will turn to the problems of statutory interpretation in the context of constitutional litigation. I will then review the legal underpinnings of a finding of unconstitutionality, in light of the nature and function of the legal profession in Canadian society. I will move on to a discussion of the specific provisions which are being challenged in these appeals. This analysis will lead to a different disposition of these appeals than that proposed by Arbour J.

## II. Legislative Interpretation and Constitutional Litigation

Techniques of legal interpretation are many, often subtle and, at times, apparently in conflict one with

conclusion selon laquelle l'art. 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, est inconstitutionnel, conclusion qu'elle fonde sur une interprétation stricte de la loi et à partir du principe selon lequel les avocats ne rempliront pas les devoirs de leur profession avec diligence et compétence, comme l'exigent leurs codes de déontologie. Sauf en ce qui concerne le par. 488.1(4), l'art. 488.1 peut s'interpréter d'une façon qui respecte les garanties constitutionnelles si on présume, comme devraient le faire les tribunaux, que les avocats s'acquitteront de leurs obligations envers leurs clients d'une manière qui reflète leur statut, parfois, d'officiers de justice et, toujours, de professionnels indépendants qui jouent un rôle-clé dans le fonctionnement du système juridique canadien. L'article 488.1 constitue une réponse bien ciblée sur le plan législatif aux arrêts de la Cour et à la nécessité de traiter les problèmes qui se posent lors des fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans les cabinets d'avocats. Il vise à protéger le privilège des communications entre client et avocat et non à le supprimer. Il s'appuie sur les règles jurisprudentielles et législatives régissant la délivrance des mandats de perquisition. Par conséquent, il ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme le mentionne le juge Arbour dans ses motifs, les faits sont simples et n'exigent pas beaucoup d'interprétation. Il n'y a donc pas lieu de les reprendre. Par contre, les questions juridiques se sont avérées beaucoup plus problématiques. D'abord, je traiterai des problèmes d'interprétation législative dans le contexte d'un litige constitutionnel. J'examinerai ensuite le fondement juridique d'une conclusion d'inconstitutionnalité, compte tenu de la nature et de la fonction de la profession d'avocat dans la société canadienne. Puis je passerai à l'étude des dispositions précises contestées dans les présents pourvois. Cette analyse donnera lieu à un dispositif différent de celui proposé par le juge Arbour en l'espèce.

## II. Interprétation législative et litige constitutionnel

Les techniques d'interprétation législative sont nombreuses, souvent subtiles et, parfois, elles

another. Nevertheless, over time, key rules have emerged that play a major part in constitutional litigation. The interpreter looks first at the purpose of the statute as this Court held in the well-known and oft-cited *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21 (see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26). Given this overriding principle, if there is ambiguity, the interpreter then looks for an interpretation that will save the law rather than render it unconstitutional. However, if no reasonable interpretation that is consistent with the purpose and wording of the Act can be found, the statute will be held invalid. In the course of such an analysis, courts must remember that constitutionality is presumed and that invalidity must be shown. Nevertheless, ambiguity may not be artificially created in order to save a statute. (See *Bell ExpressVu*, at para. 28.)

55 The rule that, whenever different reasonable legislative interpretations remain possible, a construction which saves the validity of the law must be preferred, has been often stated. For example, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Lamer J. (as he then was) confirmed, at p. 1078, its validity and relevance in the context of *Charter* litigation as a central principle of constitutional interpretation:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

56 The Court has remained faithful to this interpretive approach in constitutional litigation. In *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, McLachlin C.J. thus observed, at para. 33, that it supplements the purposive interpretation adopted in *Rizzo*:

Supplementing this approach is the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter* . . . . If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and

entrent apparemment en conflit l'une avec l'autre. Néanmoins, au fil des ans, ont émergé des règles importantes qui jouent un rôle majeur dans tout litige constitutionnel. Celui qui interprète une loi en examine d'abord l'objet comme la Cour l'a jugé dans l'arrêt bien connu et souvent cité *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 (voir également *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26). Étant donné ce principe suprême, en cas d'ambiguïté, il cherche ensuite une interprétation qui va justifier la loi plutôt que la rendre inconstitutionnelle. Cependant, si on ne peut trouver d'interprétation raisonnable qui s'harmonise avec l'objet et le libellé de la Loi, celle-ci sera déclarée invalide. Dans le cadre d'une telle analyse, les tribunaux doivent se rappeler que la constitutionnalité se présume et que l'invalidité doit être prouvée. Toutefois, on ne peut pas créer artificiellement l'ambiguïté en vue de justifier une loi (voir *Bell ExpressVu*, par. 28).

La règle selon laquelle il faut préférer, dans les cas où différentes interprétations législatives raisonnables demeurent plausibles, l'interprétation qui reconnaît la validité de la loi a été souvent réitérée. Par exemple, dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a confirmé, à la p. 1078, la validité et la pertinence de cette règle dans le contexte d'un litige fondé sur la *Charte* comme principe fondamental d'interprétation constitutionnelle :

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

La Cour est restée fidèle à cette méthode d'interprétation dans les litiges constitutionnels. Dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, le juge en chef McLachlin a ainsi fait remarquer, au par. 33, que cette méthode ajoute à l'interprétation fondée sur l'objet qui a été adoptée dans *Rizzo* :

Cette démarche est complétée par la présomption que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* [. . .] Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et

in a way that is not, the former reading should be adopted.

(See also *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at pp. 1071-72, *per* Lamer C.J.; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 751, *per* Iacobucci J.; see also D. Pinard, “Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*” (1990), 35 *McGill L.J.* 305, at p. 328.)

Thus, whether an infringement of the *Charter*, and more particularly of s. 8, has been made out will turn, in part, on the content and meaning of the statutory provisions at issue. Content and meaning, in turn, need to be examined in the legislative context of the provisions at issue in order to characterize s. 488.1 of the *Criminal Code* accurately.

### III. Nature and Purpose of Section 488.1

Section 488.1 does not stand in isolation. While it concerns the execution of search warrants, their issuance is governed by s. 487 and jurisprudential rules developed by this Court, more particularly in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Briefly stated, s. 487 requires a judicial authorization based on reasonable and probable grounds. Although concerns may have been voiced at times about the allegedly routine character of this process and the corresponding lack of effective control, such concerns are not warranted by the wording of the impugned provision and the nature of the duties imposed on the authorizing judge. As in the case of other forms of judicial authorization of investigative procedures, those duties must be discharged carefully in order to maintain standards consistent with the *Charter* principles governing searches and seizures or breaches of privacy interests by state action. (See, for example, *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, at paras. 29-39.)

The judgment of our Court in *Descôteaux* also requires the authorizing judge to perform his or her own assessment of the need to issue a warrant. The applicant must demonstrate the absence of a reasonable alternative to the search. Warrants for search

constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue.

(Voir également *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1071-1072, le juge en chef Lamer; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 751, le juge Iacobucci; voir également D. Pinard, « Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1990), 35 *R.D. McGill* 305, p. 328.)

Ainsi, la question de savoir si on a établi un manquement à la *Charte*, et plus particulièrement à l’art. 8, dépendra, en partie, de la teneur et du sens des dispositions législatives en cause. Il faut examiner à leur tour la teneur et le sens dans le contexte législatif de ces dispositions afin de qualifier correctement l’art. 488.1 du *Code criminel*.

### III. La nature et l’objet de l’art. 488.1

L’article 488.1 ne peut être étudié isolément. Il traite, certes, de l’exécution de mandats de perquisition, mais leur délivrance est régie par l’art. 487 et les règles jurisprudentielles établies par la Cour, plus particulièrement dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. En bref, l’art. 487 exige l’autorisation d’un tribunal fondée sur des motifs raisonnables et probables. Il se peut, parfois, qu’on se soit dit préoccupé par le soi-disant caractère routinier de ce processus et le manque corrélatif de contrôle réel, mais de telles préoccupations ne sont pas justifiées par le libellé de la disposition contestée et par la nature des obligations imposées au juge autorisant les mandats. Comme dans le cas d’autres formes d’autorisation judiciaire de procédures d’enquête, il faut remplir ces obligations avec soin afin de maintenir des normes compatibles avec les principes énoncés dans la *Charte* qui régissent les fouilles, perquisitions et saisies ou visent la violation du droit à la vie privée de la part de l’État. (Voir, par exemple, *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, par. 29-39.)

Selon l’arrêt *Descôteaux* rendu par la Cour, il faut également que le juge saisi de la demande d’autorisation évalue lui-même s’il est nécessaire de décerner un mandat. Le demandeur doit prouver qu’il n’existe aucune autre solution de rechange raisonnable à la

57

58

59

and seizure in law firms are not to be issued without a searching inquiry into the grounds and the alternatives, given the critically important nature of the solicitor-client privilege (*Descôteaux, supra*, at pp. 883-84 and at p. 890). In addition to reviewing the grounds advanced by the applicant, these rules imply that at the authorizing stage, the judge should take care to inquire into the nature of material to be searched and as to the possible existence of professional privilege.

60 Section 488.1 which, as my colleague points out, was adopted in response to *Descôteaux*, kicks in at the next stage, after the issuance of the warrant. It is designed to govern its execution and to address the problems arising out of a search carried out in a very particular environment. The provisions of this section of the *Criminal Code* do not abrogate, though, the general principles governing the issuance of search warrants targeting law offices. They remain part of the legal framework which must be considered in any discussion of the constitutional validity of s. 488.1 under s. 8 of the *Charter*.

61 Is this execution process so flawed that it should be found unreasonable and thus invalid under s. 8? For a variety of reasons, the judges in the courts below found it to be so. The alleged defects of this procedure are reviewed in the reasons of my colleague. They can be reduced to a few propositions. First, the procedure sets strict timetables which are unrealistic and are likely to lead to loss of privilege. Secondly, courts do not have any residual discretion to grant relief in cases where claims of privilege are not made in a timely manner. Therefore, the privilege may be lost through inaction of counsel without the courts' being able to control or stop the release of confidential information. Thirdly, the requirement to "name" the client in order to raise a claim of privilege would itself breach the privilege. Finally, on top of all this looms the possibility of Crown access to the seized documents under s. 488.1(4).

fouille ou perquisition. Les mandats de perquisition et de saisie dans les cabinets d'avocats ne peuvent être décernés qu'après enquête sur les motifs et les solutions de rechange, étant donné l'extrême importance du privilège des communications entre client et avocat (*Descôteaux, précité*, p. 883-884 et 890). En plus de l'examen des motifs exposés par le demandeur, ces règles impliquent qu'à l'étape de l'autorisation, le juge devrait prendre soin d'enquêter sur la nature des documents visés par la perquisition et sur l'existence possible du secret professionnel.

L'article 488.1, qui, comme le signale ma collègue, a été adopté en réponse à l'arrêt *Descôteaux*, intervient à l'étape suivante, après la délivrance du mandat. Il vise à régir l'exécution du mandat et à traiter des problèmes découlant d'une fouille ou perquisition effectuée dans un environnement très particulier. Cet article du *Code criminel* n'abroge cependant pas les principes généraux régissant la délivrance de mandats de perquisition visant les cabinets d'avocats. Ces principes continuent de faire partie du cadre juridique qu'il faut prendre en considération dans tout débat sur la constitutionnalité de l'art. 488.1 sous le régime de l'art. 8 de la *Charte*.

Ce processus d'exécution est-il imparfait au point qu'il faille le considérer comme abusif et invalide en vertu de l'art. 8? Pour diverses raisons, les juges des tribunaux d'instance inférieure en ont conclu ainsi. Ma collègue a examiné dans ses motifs les vices dont serait entachée cette procédure. Les allégations peuvent se ramener à quelques propositions. Premièrement, la procédure fixe des délais rigoureux dont le caractère irréaliste risque de mener à la perte du privilège. Deuxièmement, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire résiduel pour accorder une réparation, dans les cas où les objections fondées sur le privilège ne sont pas formulées en temps utile. Par conséquent, la perte du privilège peut survenir par inaction de l'avocat sans que les tribunaux puissent contrôler ou arrêter la communication de renseignements confidentiels. Troisièmement, l'obligation de « désigner nommément » le client pour soulever une objection fondée sur le privilège porterait elle-même atteinte au privilège. En dernier lieu, à tout cela s'ajoute la possibilité pour le ministère public d'avoir accès, en vertu du par. 488.1(4), aux documents saisis.

In my view, such propositions paint a picture of a procedure more concerned with destroying solicitor-client privilege than with protecting it. This is not, in reality, the case. It may be so if we disregard the safeguards built into the process of issuing search warrants as well as those which form part of the execution procedure in s. 488.1 itself. The acknowledgement of these safeguards which are inherent in the process requires a proper understanding of the role of counsel in the implementation of the provisions at issue and, perhaps more broadly, their duty as gatekeepers of our justice system, to act with diligence and competence.

A. *Lawyers and Section 488.1*

I must confess to very mixed feelings of puzzlement, concern and disbelief when dealing with some of the arguments raised in order to challenge the impugned provision. In particular, I have great difficulty with a finding of unconstitutionality based on the assumption that lawyers will not act with diligence or competence. For a long time, I have thought that lawyers belong to a vibrant, active, perhaps at times aggressive profession. I still have a vision of Canadian law societies representing a body of well-trained and diligent lawyers, with perhaps a few black sheep, here and there, to be culled once in a while. I retain the hope that, when faced with a challenge to the interests of a client, past or present, they will rise to the occasion and do what needs to be done in a timely, diligent and competent manner. The argument made now would actually require Parliament to build safeguards into criminal legislation itself against negligence, inattention, slowness in action and sloppiness in management and organization. Any lesser standards would breach the relevant *Charter* guarantees.

A finding of unconstitutionality based on the assumption that lawyers will not perform their duties with diligence and competence does not reflect the importance the jurisprudence of our Court attaches to the legal profession and to the essential role its

À mon avis, de telles propositions dépeignent une procédure visant davantage à miner le privilège des communications entre client et avocat qu'à le protéger. Ce n'est, en fait, pas le cas. Il pourrait en être ainsi dans la mesure où nous ne tenons pas compte des garanties prévues dans le processus de délivrance des mandats de perquisition et de celles qui font partie de la procédure d'exécution à l'art. 488.1 lui-même. La reconnaissance de ces garanties inhérentes au processus exige une bonne compréhension du rôle des avocats dans la mise en œuvre des dispositions en cause et, peut-être, plus généralement, de leur obligation, en tant que gardiens de notre système juridique, d'agir avec diligence et compétence.

A. *Les avocats et l'art. 488.1*

Je dois avouer que certains des arguments qu'on a soulevés pour contester la disposition en question me laissent à la fois perplexe, inquiet et incrédule. En particulier, j'ai beaucoup de difficulté à accepter la conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur l'hypothèse selon laquelle les avocats n'agiront pas avec diligence ou compétence. Je pense depuis longtemps que les avocats appartiennent à une profession vibrante, active, peut-être parfois trop énergique. J'ai encore des barreaux canadiens la vision qu'ils représentent un corps d'avocats diligents et chevronnés, avec peut-être quelques moutons noirs, ici et là, à éliminer de temps à autre. Je garde l'espoir que, lors de la contestation des droits d'un client, présent ou passé, ils se montreront à la hauteur de la situation et feront ce qui doit être fait, en temps utile, avec diligence et compétence. L'argument présenté maintenant exigerait en réalité que le législateur prévoie dans la législation pénale elle-même des garanties contre la négligence, l'inattention, la lenteur à agir et le laisser-aller dans la gestion et l'organisation. Toute norme moindre porterait atteinte aux garanties pertinentes prévues par la *Charte*.

Une conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur l'hypothèse selon laquelle les avocats ne rempliront pas leurs devoirs avec diligence et compétence ne reflète pas l'importance que la jurisprudence de la Cour attache à la profession d'avocat et au rôle

members are expected to play in the administration of justice and the upholding of the rule of law in Canadian society. Legislative provisions such as s. 488.1 must be interpreted keeping such a context in mind.

65 The role that lawyers play in society is so important that it has found its way into the Constitution of our country. At the time of an arrest, s. 10(b) of the *Charter* grants everyone the right “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. The right to the effective assistance of counsel is viewed as one of the principles of fundamental justice, as Major J. said in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at para. 24:

Today the right to effective assistance of counsel extends to all accused persons. In Canada that right is seen as a principle of fundamental justice. It is derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Lawyers are viewed as playing a critical function in the administration of justice. They can be properly characterized as “officers of the court”, as Gonthier J. said in *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, at para. 49:

Accordingly, the essential role that the advocate is called upon to play in our society cannot be overemphasized. Advocates are officers of the court. By their oath of office, they solemnly affirm that they will fulfill the duties of their profession with honesty, integrity and justice and will comply with the various statutory provisions governing the practice of that profession. . . .

66 Some years before in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. had emphasized, at p. 187, the reliance of the justice system on the existence of the legal profession and the competent discharge of its duties to its clients, the courts and society:

It is incontestable that the legal profession plays a very significant — in fact, a fundamentally important — role in the administration of justice, both in the criminal and the civil law. . . . I would observe that in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to

essentiel que ses membres sont censés jouer dans l’administration de la justice et le maintien de la règle de droit dans la société canadienne. Les dispositions législatives telles que l’art. 488.1 doivent être interprétées compte tenu d’un tel contexte.

Le rôle que les avocats jouent dans la société est tellement important qu’il a trouvé place dans la Constitution de notre pays. Lors d’une arrestation, l’al. 10b) de la *Charte* accorde à chacun le droit « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit ». Le droit à l’assistance effective d’un avocat est considéré comme l’un des principes de justice fondamentale, comme le dit le juge Major dans *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 24 :

Aujourd’hui, tout inculpé a droit à l’assistance effective d’un avocat. Au Canada, ce droit est considéré comme un principe de justice fondamentale. Il découle de l’évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les avocats sont considérés comme remplissant une fonction décisive dans l’administration de la justice. On peut les qualifier à juste titre d’« officiers de justice », comme le mentionne le juge Gonthier dans *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 49 :

En ce sens, on ne saurait trop insister sur le rôle essentiel que l’avocat est appelé à jouer dans notre société. L’avocat est un officier de justice. Par son serment d’office, il affirme solennellement qu’il remplira les devoirs de sa profession avec honnêteté, fidélité et justice et qu’il se conformera aux diverses dispositions législatives qui régissent son exercice . . .

Quelques années auparavant dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre avait insisté, à la p. 187, sur le fait que le système juridique dépend de la profession d’avocat et de la compétence avec laquelle elle s’acquitte de ses devoirs envers ses clients, les tribunaux et la société :

Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d’une importance fondamentale dans l’administration de la justice tant en matière criminelle qu’en matière civile. [. . .] [J]e soulignerai qu’en l’absence d’une profession juridique

play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state.

Legislatures have granted law societies broad powers in order to monitor access to the profession and its exercise. The overriding purpose of these powers is to maintain the competence of lawyers and to make sure that their conduct reflects the high ethical standards expected of them. (See *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 41-42, *per* Gonthier J.)

Moreover, whether it is the pride or the bane of our civil and criminal procedure, Canadian courts rely on an adversarial system. An impartial and independent judge oversees the trial. He or she must make sure that it remains fair and is conducted in accordance with the relevant laws and the principles of fundamental justice. Nevertheless, the operation of the system is predicated upon the presence of opposing counsel. They are expected to advance often sharply conflicting views. They are also responsible for introducing evidence and presenting argument to the court, in a spirit of sometimes vigorous confrontation. Within limits, when the fairness and fundamental legality of the process may be at stake, courts do not attempt to second-guess the tactical decisions of lawyers, which will usually bind their clients, for better or for worse (*G.D.B.*, *supra*, at paras. 26-35, *per* Major J.). An independent and competent Bar has long been an essential part of our legal system. For this purpose, lawyers have rights and privileges, but obligations flow from them. Section 488.1 is built upon this assumption.

#### B. *The Structure and Application of Section 488.1*

As mentioned above, the discussion in this case has focussed on the application of s. 8 of the *Charter*. Our Court must inquire as to whether the process of execution established by s. 488.1 should be characterized as form of an unreasonable search and seizure within the meaning of s. 8 and the principles which have developed since *Hunter v. Southam*

indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire.

Les provinces ont accordé de vastes pouvoirs aux barreaux afin de surveiller l'accès à la profession et à son exercice. Ces pouvoirs visent essentiellement à maintenir la compétence des avocats et à faire en sorte que leur conduite reflète les normes élevées de déontologie que l'on attend d'eux. (Voir *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 41-42, le juge Gonthier.)

De plus, que ce soit l'orgueil ou la faiblesse de notre procédure en matière civile et en matière criminelle, les tribunaux canadiens s'appuient sur un système accusatoire. Un juge impartial et indépendant veille à la bonne marche du procès. Il s'assure que le procès reste équitable et se déroule conformément aux lois pertinentes et aux principes de justice fondamentale. Néanmoins, le fonctionnement du système se fonde sur la présence d'avocats adverses. On s'attend à ce qu'ils avancent souvent des opinions nettement opposées. Ils sont également chargés de présenter des éléments de preuve et des arguments au tribunal, dans un esprit de confrontation parfois vigoureuse. Jusqu'à un certain point, lorsque l'équité et la légalité fondamentale du processus peuvent être en jeu, les tribunaux n'essayent pas de remettre en question les décisions tactiques des avocats, qui lieront habituellement leurs clients, pour le meilleur ou pour le pire (*G.D.B.*, précité, par. 26-35, le juge Major). Un barreau indépendant et compétent constitue depuis longtemps un élément essentiel de notre système juridique. À cette fin, les avocats ont des droits et des privilèges, mais il en découle des obligations. L'article 488.1 repose sur cette hypothèse.

#### B. *Le régime et l'application de l'art. 488.1*

Tel que mentionné ci-dessus, le débat en l'espèce a surtout porté sur l'application de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour doit déterminer si le processus d'exécution établi par l'art. 488.1 devrait être considéré comme une forme de fouille, de perquisition et de saisie abusives au sens de l'art. 8 et des principes qui ont été énoncés depuis *Hunter c. Southam*

67

68

69

*Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. If the process is irretrievably flawed, no amount of trust in the future good behaviour and restraint of prosecutors and police will save it. On the other hand, if the legal structure is sound and allows for the protection of the rights at stake, the possibility of designing a better scheme for handling instances of error or of inappropriate action by the state and its agents will not render the provision at issue constitutionally void. The source of the unconstitutionality must be found in the legislation itself (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at paras. 70-73 and 82, *per* Binnie J.; at paras. 203-5, *per* Iacobucci J. (dissenting in part)).

70

In my view, the Crown does not attempt to save the legislation based on the promise or expectation that searches will be carried out in a careful manner by state agents, mindful of the constitutional values at stake. Rather, it advances the proposition that lawyers are the guardians of professional privilege and of the confidentiality of communications with their clients, past and present. The impugned legislation, which quite properly concerns searches in lawyers' offices, establishes a procedure under which counsel will be given the opportunity, in the name and in the interest of their clients, to raise a claim of privilege. Given that the search takes place in particular surroundings, the key problem is whether, in such circumstances, the legislation provides adequate procedures and safeguards. The Crown advances the proposition that everything is in place to allow a lawyer who is aware of his or her obligations and of the ethical standards of his or her profession to raise the issue of privilege and confidentiality in a timely manner.

71

The law does not shift the burden of preserving *Charter* rights to the bar. On the contrary, it establishes a well designed system, which acknowledges the existence of professional privilege, as a constitutionally protected right. The provisions of the *Criminal Code* put in place reasonable and adequate safeguards in order to protect it against illegal searches and seizures. Such provisions, as well as others dealing with other rights guaranteed by the Constitution, do not become unconstitutional

*Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Si le processus est irrémédiablement vicié, ce n'est pas la confiance dans la bonne conduite et la retenue futures des poursuivants et des policiers qui le sauveront. Par contre, si le régime légal est fiable et permet la protection des droits en jeu, la possibilité de concevoir un meilleur régime pour traiter des erreurs commises ou des actes inappropriés posés par l'État et ses mandataires ne rendra pas inconstitutionnelle la disposition en cause. La source de l'inconstitutionnalité doit se trouver dans la loi même (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 70-73 et 82, le juge Binnie; par. 203-205, le juge Iacobucci (dissident en partie)).

À mon avis, le ministère public n'essaie pas de justifier la loi en se fondant sur la promesse ou l'espoir que les mandataires de l'État effectueront les fouilles ou perquisitions avec soin et conformément aux valeurs constitutionnelles en jeu. Il défend plutôt l'idée que les avocats sont les gardiens du secret professionnel et de la confidentialité des communications avec leurs clients, présents ou passés. La loi contestée, qui concerne à juste titre les perquisitions dans les cabinets d'avocats, établit une procédure en vertu de laquelle les avocats auront la possibilité, au nom et dans l'intérêt de leurs clients, de soulever une objection fondée sur le privilège. Étant donné que la perquisition a lieu dans un cadre particulier, le problème principal est de savoir si, dans ces cas, la loi prévoit des procédures et des garanties adéquates. Selon le ministère public, tout est en place pour permettre à l'avocat qui est au courant de ses obligations et des normes de déontologie de sa profession de soulever la question du privilège et de la confidentialité en temps utile.

La loi ne déplace pas vers le barreau le fardeau de protection des droits garantis par la *Charte*. Au contraire, elle établit un régime bien conçu, qui reconnaît l'existence du privilège professionnel en tant droit protégé par la Constitution. Les dispositions du *Code criminel* prévoient des garanties raisonnables et adéquates pour le protéger contre les fouilles, perquisitions et saisies illégales. Ces dispositions, ainsi que d'autres dispositions sur d'autres droits garantis par la Constitution, ne deviennent

merely because they may be misapplied by judges or lawyers or because counsel may fail to invoke them at the opportune moment or in an appropriate manner. The legislative scheme must be assessed on its own merits. In this context, given the nature of the safeguards in the provisions under review, I agree that, as long as society and courts can assume that lawyers will behave in a competent and ethical manner, the impugned law grants adequate protection to professional privilege and to the interests of the clients of law firms. It therefore meets the constitutional standards of s. 8 — as it would of s. 7 if it was engaged — save for s. 488.1(4). In enacting the impugned provision, Parliament adequately addressed the problems flagged by this Court in *Descôteaux*.

As has been seen, the challenge to the validity of the impugned law turns on a few concerns. First, the time limit to raise the objection of professional privilege is too short and rigid. Rights could thus be lost through the inaction of counsel, with the courts' lacking authority to grant relief to clients. No provision is made for notice to clients. Moreover, lawyers are compelled to name their client in order to claim privilege.

These concerns paint a picture of a system which operates in a mechanistic way, with no room for flexibility or judicial discretion. They further reflect an underlying assumption that lawyers will not do what is necessary to protect their client's *Charter* rights during a search of their offices. These concerns ground what amounts to an argument that legislation should be drafted, not in the expectation of the normal behaviour of the actors involved in the process, like counsel, but rather in the perspective of apprehended systemic failure.

### C. *Time Limits*

Lawyers face short time limits throughout the judicial process, including the initial raising of the claim of professional privilege in respect of some

pas inconstitutionnelles du simple fait que des juges ou des avocats risquent de mal les appliquer ou que l'avocat risque de ne pas les invoquer en temps utile ou de façon appropriée. Il faut évaluer le régime législatif objectivement. Dans ce contexte, étant donné la nature des garanties contenues dans les dispositions en cause, je suis d'accord pour dire que, tant que la société et les tribunaux peuvent supposer que les avocats agiront avec compétence et selon leur code de déontologie, la loi contestée accorde une protection adéquate au secret professionnel et aux droits des clients des cabinets d'avocats. Cette loi satisfait donc aux normes constitutionnelles de l'art. 8 — tout comme ce serait le cas de celles de l'art. 7 si ce dernier était concerné — sauf en ce qui a trait au par. 488.1(4). En adoptant la disposition contestée, le législateur a traité correctement des problèmes signalés par la Cour dans *Descôteaux*.

Comme on l'a vu, la contestation de la validité de la loi repose sur quelques préoccupations. D'abord, le délai pour soulever l'objection du secret professionnel est trop court et manque de souplesse. Il peut y avoir perte de droits par inaction des avocats, les tribunaux n'ayant pas le pouvoir d'accorder réparation aux clients. Aucune disposition ne prévoit d'avis à l'intention des clients. En outre, les avocats sont tenus de nommer leur client pour formuler une objection fondée sur le privilège.

Ces préoccupations dépeignent un système qui fonctionne de façon mécanique, sans laisser de place à la souplesse ou au pouvoir discrétionnaire du tribunal. Elles reflètent de plus une hypothèse sous-jacente selon laquelle les avocats ne feront pas le nécessaire pour protéger les droits que la *Charte* accorde à leur client durant une perquisition dans leurs bureaux. Elles reposent sur ce qui équivaut à un argument selon lequel la loi devrait être rédigée non pas d'après ce qui devrait être le comportement normal des personnes impliquées dans le processus, comme les avocats, mais plutôt dans la perspective d'une omission systémique redoutée.

### C. *Les délais*

Les avocats font face à de courts délais dans tout le processus judiciaire, y compris la formulation initiale de l'objection fondée sur le secret

72

73

74

files. This is not the sole instance of a short procedural time limit in civil or criminal procedure. Counsel are aware of such constraints and usually factor them in the organization of their practice. Moreover, the picture of lawyers and staff passively standing by while the police rummage through the firm's files, seizing them and carting them away, appears highly hypothetical, to say the least. Even the most incompetent lawyer or the most absent-minded legal assistant or law clerk would not confuse a squad of R.C.M.P. or Sûreté du Québec officers armed with a search warrant, barging into the reception room, with the pizza man. In any firm, large or small, this kind of event should ring a few bells and trigger some kind of a response. A reasonably competent lawyer should be expected to realize that a question of privilege could arise, that he or she would need to review some or all of the files sought by the police and should make a claim of privilege where necessary.

75

Section 488.1 provides for a procedure to raise immediately the claim of privilege. The section also imposes a duty on the officers carrying out the seizure to make sure that the interested parties have an adequate opportunity to make a claim of privilege. In this respect, s. 488.1(8) states a key principle which should inform the application and interpretation of the provision at issue:

(8) No officer shall examine, make copies of or seize any document without affording a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made under subsection (2).

Once a claim is made, the documents cannot be accessed by the seizing officer. If no adequate opportunity has been given to raise the privilege, the legality of the seizure and of the further use of the documents may be challenged as illegal and unreasonable.

76

Provided a claim is made, either the Attorney General or the lawyer, in the name of the client, may apply to a court to set down a hearing in order to

professionnel à l'égard de certains dossiers. Ce n'est pas le seul cas de court délai en procédure civile ou pénale. Les avocats sont au courant de telles contraintes et en tiennent compte dans l'organisation de l'exercice de leur profession. De plus, l'image des avocats et de leur personnel qui attendent passivement pendant que les policiers fouillent dans les dossiers du cabinet, les saisissant et les emportant, semble pour le moins très hypothétique. Même l'avocat le plus incompetent ou le clerc ou l'assistant d'un avocat le plus distrait ne confondraient pas avec le livreur de pizza une escouade de la G.R.C. ou de la Sûreté du Québec munie d'un mandat de perquisition et faisant irruption à l'accueil. Dans tous les cabinets, petits ou grands, ce genre d'événement devrait mettre en éveil les intéressés et déclencher une certaine réaction. On devrait s'attendre à ce qu'un avocat raisonnablement compétent se rende compte qu'une question de privilège pourrait se poser, qu'il aurait besoin d'examiner une partie ou l'ensemble des dossiers recherchés par les policiers et qu'il devrait invoquer, au besoin, le secret professionnel.

L'article 488.1 prévoit une procédure pour soulever immédiatement l'objection fondée sur le privilège. Il impose également aux agents de police effectuant la saisie l'obligation de s'assurer que les parties intéressées aient une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège. À cet égard, le par. 488.1(8) mentionne un principe clé qui devrait fournir des renseignements sur l'application et l'interprétation de la disposition en cause :

(8) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document ou en faire des copies sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat en vertu du paragraphe (2).

Une fois l'objection formulée, le fonctionnaire qui effectue la saisie ne peut avoir accès aux documents. Si les intéressés n'ont pas une bonne occasion d'invoquer le privilège, la saisie et l'utilisation future des documents peuvent être contestées au motif de leur illégalité et de leur caractère abusif.

Pourvu qu'une objection soit formulée, le procureur général ou l'avocat au nom du client peut s'adresser à une cour pour que soit fixée une

decide whether the documents should be disclosed (s. 488.1(3)). The motion must be made within 14 days from the time the documents are put under custody.

Admittedly, this time limit is short. However, its brevity does not render it unconstitutional. No constitutional right to procrastination exists. Short time limits are common in criminal and civil procedure. They often appear necessary for a timely and efficient disposition of claims, whatever their nature may be. Competent lawyers are fully acquainted with these time limits; part of their work is to monitor them. Thus, lawyers are required to be on the alert and ready to move quickly when time limits loom large. It puts a burden on them, but one for which their training and their ethical standards have prepared them. Moreover, the procedures under s. 488.1 relate to criminal investigations where the interests of the administration of justice and of all parties concerned militate in favour of a quick and efficient resolution of the matter. The *Charter* itself views undue delay as undesirable, as s. 11(b) grants a constitutional right to be tried within a reasonable time. This constitutional principle imposes a significant burden on the Crown in the conduct of criminal prosecutions: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. Short as it is, the 14-day time limit does not appear to have been designed as a trap for overworked or careless lawyers, but as a procedural constraint designed to speed things up and move them to a quick disposition. This provision establishes a procedure which allows a reasonably diligent and competent lawyer to bring the concerns about a possible breach of solicitor-client privilege before a court.

In the parties' argument on the validity of s. 488.1, much was made of the asserted rigidity of the time limits and the impossibility of the lawyer or the client obtaining relief if the motion is not brought in the 14-day period. My colleague seems to agree that this concern is overrated. Although s. 488.1 does not grant in so many words the power

audience visant à décider si les documents doivent être communiqués (par. 488.1(3)). La requête doit être présentée dans les 14 jours à compter du moment où les documents sont mis sous garde.

Il faut reconnaître que le délai est court. Cependant, sa brièveté ne le rend pas inconstitutionnel. Il n'existe pas de droit constitutionnel à la procrastination. Les courts délais ne sont pas rares en procédure civile et en procédure pénale. Ils semblent souvent nécessaires pour qu'il soit disposé de façon opportune et efficace des objections, quelle qu'en soit la nature. Les avocats compétents connaissent bien ces délais; cela fait partie de leur travail de veiller à ces délais. Donc, les avocats doivent être vigilants et prêts à agir rapidement lorsque l'expiration des délais paraît imminente. Cela leur impose un fardeau, mais leur formation et leur code de déontologie les y ont préparés. En outre, les procédures prévues à l'art. 488.1 se rapportent aux enquêtes criminelles dans lesquelles les intérêts de l'administration de la justice et de toutes les parties concernées militent en faveur d'un traitement rapide et efficace de l'affaire. La *Charte* elle-même considère le délai indu comme étant déraisonnable, car l'al. 11b) accorde le droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable. Ce principe constitutionnel impose un lourd fardeau au ministère public dans la conduite des poursuites pénales : *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Même s'il est court, le délai de 14 jours ne semble pas avoir été conçu comme un piège pour les avocats débordés de travail ou négligents, mais comme une contrainte procédurale visant à accélérer les choses et à les faire régler rapidement. Cette disposition établit une procédure qui permet à l'avocat raisonnablement diligent et compétent de faire part au tribunal de ses craintes quant à une atteinte possible au privilège des communications entre client et avocat.

Dans leur argumentation au sujet de la validité de l'art. 488.1, les parties ont beaucoup insisté sur la prétendue rigidité des délais et sur l'impossibilité pour l'avocat ou le client d'obtenir réparation si la requête n'est pas présentée dans les 14 jours. Ma collègue semble être d'accord pour dire que cette préoccupation est surestimée. Bien que l'art.

77

78

to extend the time limit, the trend of jurisprudential developments in respect of time limits and limitation periods has been to acknowledge the existence of a broad judicial power to grant relief or extend time limits. Under the most stringent tests, a showing of inability or impossibility to act within the stated time has been found sufficient to grant an extension or other appropriate relief. Considerations of fairness in the process remain determinative (*Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at para. 66, McLachlin J. (as she then was); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 41; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), at p. 867; *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299).

488.1 ne confère pas expressément le pouvoir de proroger le délai, la tendance de la jurisprudence à l'égard des délais ordinaires et des délais de prescription a été de reconnaître l'existence d'un vaste pouvoir des tribunaux d'accorder réparation ou de proroger les délais. Selon les critères les plus rigoureux, la preuve de l'incapacité ou de l'impossibilité d'agir dans le délai mentionné a été considérée comme étant suffisante pour que soit accordée une prorogation ou une autre réparation appropriée. Les considérations d'équité dans le processus restent déterminantes (*Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 66, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 41; *Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), p. 867; *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299).

79

The existence of such a power should put to rest the concern about the lack of notice to clients and the difficulties a lawyer may face when tracking down a client in such circumstances. First, it must be observed that the procedure is targeted at a professional who is or was the agent or adviser of a client. Also, the identity and whereabouts of the client are sometimes better known to the lawyers. In such a context, the failure to include a requirement of notice to the client does not amount to a flaw. The impugned law merely provides for a mechanism which will allow the information to reach the client if the lawyer discharges his or her professional obligations with a reasonable degree of diligence and competence. Moreover, the procedure under s. 488.1 is not inflexible. If the lawyer cannot reach the client within the 14-day time limit or is concerned that this may prove difficult, the motion may so state and the court may grant postponements and provide for special forms of service or notice of the proceedings. If all else fails, as discussed above, courts may grant relief from the operation of the time limit itself, in the appropriate circumstances, either to the lawyer or to the client.

L'existence d'un tel pouvoir devrait dissiper toute crainte au sujet de l'absence d'avis aux clients et des difficultés auxquelles un avocat peut faire face lorsqu'il essaie de joindre un client dans ces circonstances. D'abord, on doit remarquer que la procédure cible un professionnel qui est ou était le mandataire ou le conseiller d'un client. De plus, l'identité du client et le lieu où il se trouve sont parfois mieux connus des avocats. Dans un tel contexte, le fait de ne pas avoir prévu l'obligation de donner un avis au client n'équivaut pas à un vice. La loi contestée prévoit simplement un mécanisme qui permettra que l'information se rende jusqu'au client si l'avocat s'acquitte de ses obligations professionnelles avec une diligence et une compétence raisonnables. En outre, la procédure prévue à l'art. 488.1 demeure flexible. Si l'avocat ne peut pas joindre le client dans les 14 jours ou craint pouvoir difficilement le faire, il peut le mentionner dans la requête et la cour peut accorder un report du délai et prévoir une forme spéciale d'avis ou de signification de la procédure. En désespoir de cause, comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux peuvent relever l'avocat ou le client des conséquences de l'écoulement du délai, dans les circonstances appropriées.

#### D. *Naming the Client*

The parties who challenge the constitutionality of s. 488.1 submit that the procedure established by the impugned provision is also flawed because it requires the lawyer to identify the client by their name, which in itself would breach the privilege. As explained by my colleague, names of clients are not always privileged. Privilege in respect of names of clients appears to be more of an exception than a general rule. But in cases where the identity of the client itself would be considered as privileged, it is necessary to inquire as to whether s. 488.1(2) actually requires that the lawyer identify the client. It is one possible interpretation. Nevertheless, as the Attorney General for Ontario submitted in his factum, naming does not necessarily amount to identifying by name. The name used may not be the true or full name of an individual. The impugned provision seeks to avoid broad claims of privilege. It requires that claims of privilege be raised in respect of specific files and clients, which must be designated in some manner. Nothing would prevent the lawyer from stating that client Z has a right to the protection of privileged information in respect of file X, for given reasons articulated in the motion. At a subsequent stage of the proceedings, the question of the confidentiality of names and the measures necessary to protect it would fall to be decided by the court. Given a proper and reasonable interpretation, the naming requirement does not breach any protected constitutional right or interest.

#### E. *Judicial Discretion*

In their constitutional arguments, some of the parties have emphasized the lack of judicial discretion to prevent or remedy a breach of professional privilege. When viewed as a whole, the system provides for a substantial degree of judicial discretion and intervention in order to control or prevent the communication of privileged information.

As mentioned above, s. 488.1 lays down a set of procedures for the execution of warrants authorized

#### D. *L'identification du client*

Les parties qui contestent la constitutionnalité de l'art. 488.1 soutiennent que la procédure établie par la disposition en cause est également viciée parce qu'elle exige que l'avocat identifie le client par son nom, ce qui en soi porterait atteinte au privilège. Comme l'a expliqué ma collègue, les noms des clients ne sont pas toujours protégés par le privilège. Le privilège à l'égard du nom des clients semble constituer beaucoup plus une exception que la règle générale. Dans les cas où l'identité même du client serait considérée comme protégée par le privilège, il faudrait se demander si le par. 488.1(2) exige réellement que l'avocat identifie le client. C'est une interprétation possible. Néanmoins, comme le procureur général de l'Ontario l'a exposé dans son mémoire, l'identification n'équivaut pas nécessairement à identifier par le nom. Le nom utilisé peut ne pas être le véritable nom d'une personne ou son nom en entier. La disposition contestée cherche à annuler les objections générales fondées sur le privilège. Elle exige que les objections fondées sur le privilège soient soulevées à l'égard de dossiers et de clients précis, qui doivent être désignés de quelque façon. Rien n'empêcherait l'avocat de déclarer que le client Z a droit à la protection de renseignements confidentiels en ce qui concerne le dossier X, pour des motifs exposés dans la requête. Plus tard dans la procédure, il incomberait à la cour de statuer sur la question de la confidentialité des noms et celle des mesures nécessaires pour la protéger. En présence d'une interprétation adéquate et raisonnable, l'obligation d'identification ne porte atteinte à aucun droit constitutionnel protégé.

#### E. *Le pouvoir discrétionnaire du tribunal*

Dans leurs arguments d'ordre constitutionnel, certaines des parties ont insisté sur l'absence de pouvoir discrétionnaire du tribunal d'empêcher une atteinte au secret professionnel ou d'y apporter réparation. Dans l'ensemble, le système prévoit pour le tribunal un important pouvoir discrétionnaire et d'intervention afin de contrôler ou d'empêcher la communication de renseignements confidentiels.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 488.1 expose un ensemble de procédures pour l'exécution de

80

81

82

by a member of the judicial branch. Before a warrant issues, judicial discretion must be exercised. Then, in the application of s. 488.1 itself, the officer carrying out the seizure must give a reasonable opportunity to the lawyers to raise a claim of privilege. This obligation represents a fundamental requirement which informs the application of the whole section. Its breach might be raised at the stage of a motion under subs. (3). Further, subs. (8) forbids any access to the material unless the opportunity has been given to invoke the privilege. When seized with a motion under subs. (6) to turn over the material to the Crown, a judge retains the power to inquire as to whether an opportunity has been given under subs. (2). Without straining the scope and intent of this section of the *Criminal Code*, such an interpretation acknowledges that the proper execution of the duty imposed on the seizing officer under subs. (2) constitutes a condition precedent to the application of the procedure designed to give the Crown access to the material.

83 Better or different procedures could be imagined and designed. As it stands, with the exception of subs. (4), s. 488.1 as a whole conforms with the requirements of s. 8 of the *Charter*. It does not allow for unreasonable searches and seizure. It certainly does not violate the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*.

84 Nevertheless, I agree with Arbour J. that subs. (4) is unconstitutional. With perhaps the best of intents, and despite the stated desire to assist the court, it may lead to improper and premature disclosures of confidential information. It should be struck down and excised from the section, without disrupting the general procedural scheme, which remains valid, in my opinion.

#### IV. Conclusion

85 For these reasons, I find s. 488.1 valid, save in respect of subs. (4). I would thus allow the appeals in part in *Lavallee* and *Fink*. In *White*, I would

mandats autorisés par un juge. Avant la délivrance d'un mandat, il doit y avoir exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un tribunal. Ensuite, dans l'application même de l'art. 488.1, le fonctionnaire effectuant la saisie doit donner aux avocats une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège. Cette obligation représente une exigence fondamentale qui imprègne l'application de l'article dans son ensemble. Elle peut être soulevée à l'étape d'une requête présentée en vertu du par. (3). De plus, le par. (8) interdit tout accès aux documents à moins que les intéressés aient eu l'occasion d'invoquer le privilège. Lorsqu'il est saisi d'une requête sollicitant, en vertu du par. (6), la remise de documents au ministre public, le juge garde le pouvoir d'enquêter pour savoir si cette occasion a été donnée en vertu du par. (2). Sans diminuer la portée et l'objet de cet article du *Code criminel*, une telle interprétation reconnaît que la bonne exécution de l'obligation imposée au fonctionnaire effectuant la saisie en vertu du par. (2) constitue une condition préalable à l'application de la procédure conçue pour donner au ministère public accès aux documents.

On pourrait concevoir des procédures meilleures ou différentes. Au point où en sont les choses, à l'exception du par. (4), l'art. 488.1 pris dans son ensemble est conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Il ne permet pas les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il ne contrevient certainement pas aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*.

Néanmoins, je conviens avec le juge Arbour que le par. (4) est inconstitutionnel. Même s'il a peut-être été adopté avec les meilleures intentions et malgré la déclaration de l'intention d'aider la cour, ce paragraphe peut mener à des communications prématurées et injustifiées de renseignements confidentiels. Il devrait être abrogé et supprimé de l'article, sans que cela désorganise le régime général de la procédure, qui reste valide, à mon avis.

#### IV. Conclusion

Pour ces motifs, je conclus à la validité de l'art. 488.1, sauf en ce qui a trait au par. (4). Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois en partie dans les

dismiss the appeal and allow the cross-appeal in part.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No need to answer.

3. Does s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, except subs. (4).

4. If so, is the infringement reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No, in respect of subs. (4), no need to answer as to the other subsections of s. 488.1.

*Appeal (Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)) dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LeBEL JJ. dissenting in part.*

*Appeal (White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)) allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LeBEL JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LeBEL JJ. dissenting in part.*

*Appeal (R. v. Fink) dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LeBEL JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen and for the respondent/appellant on cross-appeal and the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.*

affaires *Lavallee* et *Fink*. Dans l'affaire *White*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident en partie.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non, à l'exception du par. (4).

4. Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Non, pour ce qui est du par. (4); il n'est pas nécessaire de répondre pour ce qui est des autres paragraphes de l'art. 488.1.

*Pourvoi (Lavallee, Rackel & Heinz c. Canada (Procureur général)) rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LeBEL sont dissidents en partie.*

*Pourvoi (White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)) accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LeBEL sont dissidents. Pourvoi incident rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LeBEL sont dissidents en partie.*

*Pourvoi (R. c. Fink) rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LeBEL sont dissidents en partie.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine, de l'intimé/appelant au pourvoi incident et de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents Lavallee, Rackel & Heintz: Singleton Urquhart, Vancouver.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal White, Ottenheimer & Baker: Benson Myles, St. John's.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen and the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Fink: Falconer Charney Macklin, Toronto; Aaron Harnet, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Law Society of Alberta: The Law Society of Alberta, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Beaton, Derrick & Ring, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: McCarthy Tétrault, Calgary.*

*Procureurs des intimés Lavallee, Rackel & Heintz : Singleton Urquhart, Vancouver.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident White, Ottenheimer & Baker : Benson Myles, St. John's.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine et de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Fink : Falconer Charney Macklin, Toronto; Aaron Harnet, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intervenante la Law Society of Alberta : La Law Society of Alberta, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Beaton, Derrick & Ring, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : McCarthy Tétrault, Calgary.*