

A-815-95

A-815-95

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**O'Neill Motors Limited** (*Respondent*)**O'Neill Motors Limited** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. O'NEILL MOTORS LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. O'NEILL MOTORS LTD. (C.A.)*Stone J.A., Denault J.A. (*ex officio*) and Linden J.A.  
—St. John's, June 10 and 11, 1998.Cour d'appel, juges Stone, J.C.A., Denault, J.C.A. (de  
droit) et Linden, J.C.A.—St. John's, 10 et 11 juin  
1998.

*Income tax — Reassessment — MNR with warrant under I.T.A. s. 231.3 seized taxpayer's documents — Using information thus obtained issued reassessments — When F.C.A. declared s. 231.3 of no force, effect as unconstitutional, taxpayer applied to S.C. Nfld. for return of documents — Government officials failing to disclose relevant facts upon application to J.P. for seizure of documents under Code s. 487 — Warrant issued — Taxpayer prosecuted under Act, s. 239 — Acquitted for abuse of process, violation of Charter rights — T.C.C. deciding vacation of reassessments appropriate, just remedy under Charter, s. 24(1) — MNR's argument: exclusion of evidence only remedy where obtained in violation of Charter rights — T.C.J. correct in considering both official seizures in deciding proper remedy — Did not err in use of harsh words to describe conduct of Crown agents — T.C.J. correct in decision exclusion of evidence inadequate remedy herein — Court having general power under Charter, s. 24(1) to grant "appropriate and just" remedy — Extreme remedy granted herein to be reserved for serious violation cases where other remedies inadequate.*

*Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Le MRN, muni d'un mandat décerné en vertu de l'art. 231.3 de la L.I.R., a saisi des documents du contribuable — En se fondant sur les renseignements ainsi obtenus, le ministre a établi de nouvelles cotisations — La C.A.F. ayant déclaré l'art. 231.3 inopérant parce qu'inconstitutionnel, le contribuable a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis — Sur une demande d'autorisation de saisir les documents en vertu de l'art. 487 du Code criminel, les représentants de l'État ont omis de divulguer au juge de paix des faits pertinents — Le juge de paix a décerné le mandat — Des poursuites ont été engagées contre le contribuable en vertu de l'art. 239 de la Loi — Vu le recours abusif aux procédures et la violation des droits garantis par la Charte, il a été acquitté — La C.C.I. a décidé que l'annulation des cotisations constituait une réparation convenable et juste aux termes de l'art. 24(1) de la Charte — Le MRN a soutenu que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve — Le juge de la C.C.I. pouvait tenir compte des deux saisies illégales en examinant quelle réparation il convenait d'accorder — Il n'a pas eu tort d'utiliser des mots durs pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne — Il a eu raison de décider que la réparation qu'offrirait l'exclusion de la preuve n'était pas suffisante en l'espèce — L'art. 24(1) confère à la Cour le pouvoir général d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste» — La mesure de redressement extrême accordée en l'espèce doit être réservée aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Tax Court Judge justified in vacating income tax reassessments on basis of Charter, s. 24 where evidence obtained in violation of Charter, s. 8 — Without evidence initially obtained illegally and resealed improperly, unlikely MNR could have discharged statutory burden — Under Charter, s. 24, Court given authority to grant remedy "appropriate and just in the circumstances".*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a eu raison d'annuler, en vertu de l'art. 24 de la Charte, les nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l'art. 8 de la Charte — Sans la preuve qu'il a initialement obtenue illégalement et qui a fait l'objet d'une nouvelle saisie irrégulière, il est improbable que le ministre aurait pu s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux*

The taxpayer's documents were seized upon the authority of a warrant obtained under section 231.3 of the *Income Tax Act* (I.T.A.). That provision was subsequently held unconstitutional by the Federal Court of Appeal in *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688. When the taxpayer applied to the Supreme Court of Newfoundland for the return of his documents, government officials applied to a Justice of the Peace for a warrant authorizing the seizure (in effect a re-seizure) under section 487 of the *Criminal Code*. The official failed to disclose to the Justice of the Peace that the taxpayer had applied for the return of his documents and that the Crown was seeking leave to appeal *Baron* to the Supreme Court of Canada. Ignorant of these material facts, the Justice of the Peace issued a warrant. The taxpayer was prosecuted under section 239 of the I.T.A. The taxpayer was acquitted on the basis that since the original seizure was unconstitutional and in view of the circumstances of the re-seizure, there had been an abuse of process and a violation of the taxpayer's rights guaranteed by sections 7 and 8 of the Charter. A question was then put to the Tax Court of Canada as to whether, in the circumstances, it was just that the assessments be vacated by virtue of Charter, subsection 24(1). The Tax Court Judge decided that, vacating the tax assessments would be an "appropriate and just" remedy under subsection 24(1) of the Charter. This was an appeal from that decision. This was a case of first impression, the remedy of vacating a reassessment having never before been granted under section 24 of the Charter.

The Minister argued that the illegal re-seizure was irrelevant and that the initial seizure, when carried out, was done in good faith as section 231.3 of the Act had not then been found to be unconstitutional. He also argued, citing *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, that where evidence has been obtained in violation of Charter rights, the sole remedy is the exclusion of evidence under subsection 24(2).

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Linden J.A.: The evidence secured by violating the taxpayer's Charter rights was fundamental to the enforcement of the reassessments. Without the illegally obtained documents, it was unlikely that the Minister would have been able to discharge the statutory burden. Therefore, it was not improper for the Tax Court Judge to consider both illegal seizures in determining the proper remedy. Nor was the Tax Court Judge wrong in having used some harsh

*termes de la Loi — L'art. 24 confère à la Cour le pouvoir d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste eu égard aux circonstances».*

En vertu d'un mandat obtenu sous le régime de l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.I.R.), des documents du contribuable ont été saisis. Par la suite, la Cour d'appel fédérale a statué, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688, que cette disposition était inconstitutionnelle. Quand le contribuable a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis, les représentants de l'État ont demandé à un juge de paix un autre mandat autorisant la saisie en vertu de l'article 487 du *Code criminel* (en fait, il s'agissait d'une nouvelle saisie). Le représentant a omis d'informer le juge de paix que le contribuable avait demandé que les documents lui soient remis et que la Couronne avait sollicité l'autorisation d'en appeler de la décision *Baron* à la Cour suprême du Canada. Ignorant ces faits importants, le juge de paix a décerné le mandat. Des poursuites ont été engagées contre le contribuable en vertu de l'article 239 de la L.I.R. Vu l'inconstitutionnalité de la première saisie et les circonstances dans lesquelles la nouvelle saisie avait été effectuée, le contribuable a été acquitté, parce qu'il y avait eu recours abusif aux procédures et violation des droits garantis au contribuable par les articles 7 et 8 de la Charte. La Cour canadienne de l'impôt a été saisie de la question de savoir s'il était convenable et juste, eu égard aux circonstances, que les cotisations soient annulées en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a décidé que l'annulation des cotisations constituait une réparation «convenable et juste» aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte. C'est sur cette décision que porte l'appel. La Cour ne peut s'autoriser d'aucun précédent puisque l'annulation d'une nouvelle cotisation en vertu de l'article 24 de la Charte n'a encore jamais été accordée.

Le ministre a soutenu que le caractère illégal de la nouvelle saisie n'était pas pertinent et que, lorsqu'elle a été initialement effectuée, la première saisie l'a été de bonne foi, car l'article 231.3 de la Loi n'avait pas encore été jugé inconstitutionnel. Citant l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, il a également soutenu que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve en vertu du paragraphe 24(2).

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Le juge Linden, J.C.A.: Les éléments de preuve obtenus en violation des droits garantis au contribuable par la Charte étaient essentiels pour parvenir à obtenir l'exécution de ces nouvelles cotisations. Sans la preuve qu'il a obtenue illégalement, il est improbable que le ministre aurait pu s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux termes de la Loi. Par conséquent, le juge de la Cour canadienne de l'impôt était en droit de tenir compte des

words (*inter alia* "flagrant and egregious violation of the appellant's rights") to describe the conduct of the agents of the Crown in illegally seizing and re-seizing the taxpayer's material.

*R. v. Therens* did not stand for proposition that section 24 of the Charter allowed no remedy other than the exclusion of evidence where evidence was obtained unconstitutionally. Subsection 24(2) does not remove the general authority given to the Court in subsection 24(1) to grant such remedy as it deems "appropriate and just".

The comments of the Tax Court Judge, to the effect that this type of extreme remedy must be reserved for cases of serious violations where other remedies are insufficient, should be endorsed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 8, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(4)(a), 173, 231.3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

##### REFERRED TO:

*Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688; [1991] 1 C.T.C. 125; (1991), 91 DTC 5055; 122 N.R. 47 (C.A.); *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. No. 1568 (C.A.) (QL).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*O'Neill Motors Ltd. v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2714;

deux saisies illégales en examinant quelle réparation convenait d'accorder. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas eu tort d'utiliser des mots durs (notamment «violation flagrante et inacceptable des droits de l'appelant») pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne qui ont effectué la première et la nouvelle saisie illégales du matériel du contribuable.

L'arrêt *R. c. Therens* ne permet pas d'affirmer que l'article 24 de la Charte interdit d'accorder une réparation autre que l'exclusion de la preuve, lorsque celle-ci est obtenue de façon inconstitutionnelle. Le paragraphe 24(2) ne retire pas à la Cour le pouvoir général que lui confère le paragraphe 24(1) d'accorder la réparation qu'elle estime «convenable et juste».

Il y a lieu de souscrire aux propos du juge de la Cour canadienne de l'impôt selon lesquels ce genre de mesure de redressement extrême doit être réservé aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 68).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.3 (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 121).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(4a), 173, 231.3.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688; [1991] 1 C.T.C. 125; (1991), 91 DTC 5055; 122 N.R. 47 (C.A.); *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. n° 1568 (C.A.) (QL).

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*O'Neill Motors Ltd. c. La Reine*, [1996] 1

(1995), 96 DTC 1486 (T.C.C.) vacating the reassessments issued against the respondent on the basis that certain evidence was obtained in violation of section 8 of the Charter and that section 24 of the Charter permitted such a remedy. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Bruce S. Russell* for appellant.  
*J. David Eaton* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Chalker, Green & Rowe*, St. John's, for respondent.

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

[1] LINDEN J.A.: The issue on this appeal is whether the Tax Court Judge [[1996] 1 C.T.C. 2714] was correct in vacating the reassessments issued in 1989 against the respondent for the years 1982, 1983, 1984, and 1985 on the basis that certain evidence was obtained in violation of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and that section 24 of the Charter permitted such a remedy. This is a case of first impression in that the remedy of vacating a reassessment has not yet been awarded on the basis of section 24.

[2] The facts, which were agreed to by the parties, are fairly complicated but they have been well summarized by Bowman J.T.C.C. in his reasons for judgment dated November 9, 1995. That summary is as follows:

Officials of the Department of National Revenue, acting under the authority of a warrant obtained under section 231.3 of the Act, searched for and seized documents in the possession of the appellant. On the basis of information contained in the documents so obtained he assessed the

C.T.C. 2714; (1995), 96 DTC 1486 (C.C.I.) annulant les nouvelles cotisations établies contre l'intimée, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l'article 8 de la Charte et parce que l'article 24 de la Charte permet une telle réparation. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Bruce S. Russell* pour l'appelante.  
*J. David Eaton* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Chalker, Green & Rowe*, St. John's, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le présent appel vise à décider si le juge de la Cour canadienne de l'impôt [[1996] 1 C.T.C. 2714] a eu raison d'annuler les nouvelles cotisations établies en 1989 contre l'intimée, pour les années 1982, 1983, 1984 et 1985, parce que certains éléments de preuve ont été obtenus en violation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et parce que l'article 24 de la Charte permet une telle réparation. La Cour ne peut s'autoriser d'aucun précédent puisque l'annulation d'une nouvelle cotisation en vertu de l'article 24 n'a encore jamais été accordée.

[2] Les faits, sur lesquels les parties se sont entendues, sont assez compliqués, mais le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, les a clairement résumés dans les motifs de jugement qu'il a prononcés le 9 novembre 1995. Il s'est exprimé ainsi:

Les représentants du ministère du Revenu national, agissant en vertu d'un mandat obtenu sous le régime de l'article 231.3 de la Loi, ont cherché et saisi des documents qui étaient en la possession de l'appelante. En se fondant sur les renseignements contenus dans les documents ainsi obtenus,

appellant tax, interest and penalties. Subsequent to the seizure of the documents and the making of the assessments the Federal Court of Appeal in *Baron v. R. (sub nom. Baron v. Canada)*, [1991] 1 C.T.C. 125, 91 DTC 5056 (F.C.A.), held section 231.3 to be unconstitutional and declared it to be of no force and effect. Therefore the seizure was warrantless and a violation of the appellant's rights under the *Charter* and, accordingly, illegal. The Crown sought leave to appeal the *Baron* decision to the Supreme Court of Canada. The appellant applied to the Supreme Court of Newfoundland for a return of its documents. Officials of the Department of National Revenue, without returning the documents, applied to a Justice of the Peace for a further warrant authorizing the seizure under section 487 of the Criminal Code (in effect, a re-seizure, since the Minister still had them, and so the seizure was notional). In the application the official refrained from informing the Justice of the Peace that the appellant had applied to the Supreme Court of Newfoundland for a return of the documents or that the Crown was seeking leave to appeal the *Baron* decision to the Supreme Court of Canada. The Justice of the Peace issued the warrant. The appellant was prosecuted under section 239 of the Act. At the trial before Judge Baker, the appellant was prosecuted under section 239 of the Act. At the trial before Judge Baker, the appellant argued that the seizure under section 231.3 of the Act was illegal and that the circumstances surrounding the subsequent re-seizure under section 487 of the Criminal Code was an abuse of process and a violation of its rights under section 7 and 8 of the *Charter* and that the documents should be excluded from evidence. Judge Baker agreed, excluded the documents from evidence and acquitted the appellant.<sup>1</sup>

[3] On the basis of these facts, the following question was put to the Tax Court of Canada pursuant to section 173 of the *Income Tax Act*:<sup>2</sup>

Is it appropriate and just in the circumstances for the assessments of tax relevant to this reference to be vacated by virtue of subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Section 24 of the Charter reads:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that

le ministre a fixé l'impôt, les intérêts et les pénalités exigés de l'appelante. Après que les documents eurent été saisis et les cotisations établies, la Cour d'appel fédérale a statué, dans l'arrêt *Baron v. R. (sub nom. Baron c. Canada)*, [1991] 1 C.T.C. 125, 91 DTC 5056 (C.A.F.), que l'article 231.3 était inconstitutionnel et elle a déclaré cette disposition inopérante. Par conséquent, la saisie n'était pas justifiée et violait les droits garantis à l'appelante par la *Charte* et elle était donc illégale. La Couronne a sollicité l'autorisation d'en appeler de la décision *Baron* à la Cour suprême du Canada. L'appelante a demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis. Les représentants du ministère du Revenu, plutôt que de remettre les documents, ont demandé à un juge de paix un autre mandat autorisant la saisie en vertu de l'article 487 du Code criminel (en fait, il s'agissait d'une nouvelle saisie mais, puisque le ministre avait encore les documents en sa possession, il s'agissait d'une saisie théorique). Dans la demande, le représentant a omis d'informer le juge de paix que l'appelante avait demandé à la Cour suprême de Terre-Neuve que les documents lui soient remis ou que la Couronne sollicitait l'autorisation d'en appeler de la décision *Baron* à la Cour suprême du Canada. Le juge de paix a décerné le mandat. Des poursuites ont été engagées contre l'appelante en vertu de l'article 239 de la Loi. Lors de l'instruction qui a eu lieu devant le juge Baker, l'appelante a soutenu que la saisie effectuée en vertu de l'article 231.3 de la Loi était illégale; elle a affirmé que, compte tenu des circonstances dans lesquelles la nouvelle saisie avait été effectuée en vertu de l'article 487 du Code criminel, il y avait recours abusif aux procédures et violation des droits garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte* et que les documents devraient être écartés. Le juge Baker a souscrit à cet avis; il a écarté les documents de la preuve et a acquitté l'appelante<sup>1</sup>.

[3] Sur le fondement de ces faits, la Cour canadienne de l'impôt a été saisie de la question suivante aux termes de l'article 173 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* <sup>2</sup>:

Est-il convenable et juste, eu égard aux circonstances, que les cotisations d'impôts pertinentes à cette référence soient annulées en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'article 24 de la Charte est ainsi rédigé:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus

infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Section 8 of the Charter states:

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

[4] The Tax Court Judge decided that the vacating of the assessments of tax made by the Minister of National Revenue was an "appropriate and just" remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The question to be resolved on this appeal is whether it was proper to do so. I am of the view that, in the circumstances of this case, the Tax Court Judge was correct to vacate the assessments for the following reasons.

[5] The appellant submits that Bowman J.T.C.C. has erred in that the vacating of the assessments was not open to him as a remedy. He argues that the material, when originally seized, was secured in what appeared to be a constitutional manner. It was only after the initial seizure, performed in good faith, that the authorizing provision, section 231.3 of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121)], was found to be unconstitutional by this Court in *Baron v. Canada*.<sup>3</sup> It was suggested that the later reseizure pursuant to section 487 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 68] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], which was an illegal search because it was done on the basis of a warrant obtained without revealing important facts, was not relevant to the quality of the initial seizure. It was only the initial seizure, according to the Crown, that formed the basis of the reassessment, and, hence, any illegality in connection with the reseizure, which was aimed only at the criminal proceedings, could not be relied on in attacking the reassessment. It is also submitted by the appellant, citing *R. v. Therens et al.*,<sup>4</sup> that where evidence has been obtained in violation of Charter rights, the only remedy available is the exclusion of that evidence from a proceeding pursuant to subsection 24(2). Therefore, it is said, the Tax Court Judge exceeded his jurisdiction in awarding the

dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'article 8 de la Charte prévoit:

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

[4] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a décidé que l'annulation des cotisations établies par le ministre du Revenu national constituait une réparation «convenable et juste» aux termes du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit de décider, dans le présent appel, s'il a eu raison d'agir de la sorte. Je suis d'avis que, eu égard aux circonstances de l'espèce, c'est à bon droit que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a annulé les cotisations, et ce, pour les motifs suivants.

[5] L'appelante soutient que le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, a commis une erreur parce que l'annulation des cotisations n'était pas une réparation qu'il avait le pouvoir d'accorder. Elle soutient que, lorsqu'il a été initialement saisi, le matériel semblait avoir été obtenu d'une manière constitutionnelle. Ce n'est qu'après cette première saisie, effectuée de bonne foi, que cette Cour, dans l'affaire *Baron c. Canada*,<sup>3</sup> a jugé inconstitutionnelle la disposition habilitante, soit l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 121)]. Selon l'appelante, la nouvelle saisie effectuée ultérieurement sous le régime de l'article 487 [mod. par L.R.C. (1985), (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 68] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], qui est illégale parce qu'effectuée dans le cadre d'un mandat obtenu en omettant de divulguer certains faits importants, ne concerne aucunement la qualité de la saisie initiale. Selon le ministère public, c'est la saisie initiale qui forme la base de la nouvelle cotisation, ce qui empêche d'invoquer le caractère illégal de la nouvelle saisie, qui visait seulement des poursuites criminelles, pour contester la nouvelle cotisation. Citant l'arrêt *R. c. Therens et autres*,<sup>4</sup> l'appelante soutient également que, lorsque des éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, la

remedy he did.

[6] I am not persuaded by these arguments. The evidence that had been obtained in violation of the taxpayer's Charter rights was not irrelevant to the reassessments; rather, that evidence was fundamental to the successful enforcement of the reassessments. The Minister may reassess a taxpayer's liability for tax any time within three-years of the original assessment of the taxpayer. After that three-year period, the Minister may only reassess in certain limited circumstances. Paragraph 152(4)(a) of the Act allows for reassessment at any time if the taxpayer has been guilty, *inter alia*, of a "misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default or has committed any fraud" in filing a return. The onus is upon the Minister, in cases of reassessment after the three-year period, to prove facts which show that this provision applies. Without the evidence initially obtained illegally and which was re-seized improperly, it is highly unlikely that the Minister would have been able to discharge the burden under this provision. That evidence was also important as a basis for the imposition of any penalties. In addition, the Tax Court Judge was also critical of the "unlawful detention" of the material seized in the initial search. Lastly, the very foundation of the 1989 reassessment was the unconstitutionally seized documents, as was admitted by counsel. It was, therefore, permissible for the Tax Court Judge to consider both illegal seizures in his deliberations on the proper remedy.

[7] Counsel for the Crown has argued that the Tax Court Judge was wrong to use some harsh words to

seule réparation susceptible d'être accordée est l'exclusion de cette preuve d'une instance, comme le prévoit le paragraphe 24(2). Par conséquent, selon le ministère public, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a outrepassé sa compétence en accordant une telle réparation.

[6] Ces arguments ne parviennent pas à me convaincre. Il est faux de prétendre que les éléments de preuve obtenus en violation des droits garantis au contribuable par la Charte ne sont pas pertinents par rapport aux nouvelles cotisations; au contraire, ces éléments de preuve sont essentiels pour parvenir à obtenir l'exécution de ces nouvelles cotisations. Le ministre peut établir une nouvelle cotisation de l'impôt payable par un contribuable en tout temps dans un délai de trois ans suivant la première cotisation. Passé ce délai, il ne peut établir de nouvelle cotisation que dans certaines circonstances restreintes. L'alinéa 152(4)a de la Loi prévoit qu'il peut établir une nouvelle cotisation à un moment donné si le contribuable s'est rendu coupable, entre autres, d'une «présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire ou a commis quelque fraude» en produisant une déclaration. Dans le cas de nouvelles cotisations établies après le délai de trois ans, il incombe au ministre de prouver les faits justifiant l'application de cette disposition. Sans la preuve qu'il a initialement obtenue illégalement et qui a fait l'objet d'une nouvelle saisie irrégulière, il est hautement improbable que le ministre aurait pu s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait aux termes de cette disposition. Cette preuve servait également de fondement important pour l'imposition des pénalités. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a également condamné le fait d'avoir conservé illicitement du matériel saisi au cours de la perquisition initiale. Et finalement, le fondement même de la nouvelle cotisation de 1989 réside dans les documents qui, comme l'a reconnu l'avocat, ont été saisis d'une façon constitutionnelle. Par conséquent, le juge de la Cour canadienne de l'impôt pouvait tenir compte des deux saisies illégales en examinant quelle réparation il convenait d'accorder.

[7] L'avocat du ministère public soutient que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a eu tort d'utiliser,

describe the conduct of the agents of the Crown such as: “reprehensible” conduct; “a massive and disruptive assault”; “highly improper withholding of information”; “tarnished” good faith; “vitiates” and “undermines” good faith; and “flagrant and egregious violation of the appellant’s rights”. In my view, the Tax Court Judge, in making these remarks, was mainly referring to the conduct involved in the reseizure, but not entirely. He was also, to a lesser extent, being critical of the manner in which the first search was done as well as the prolonged “unlawful detention” of the documents seized. In any event, we can find no reversible error in his characterization of the acts of the Crown’s agents in illegally seizing and reseizing the respondent’s material when they are all considered together.

[8] Given the seriousness of the Charter violations in this case, and the fact that merely excluding the evidence would be “tantamount to vacating the assessments”, according to the argument of the Crown before the Tax Court Judge, Bowman J.T.C.C. decided that it was “appropriate and just in the circumstances” to stop the matter at this stage, rather than to put the taxpayer through the trouble of proceeding to the Tax Court to see whether the Minister would be able to discharge the onus resting upon him under paragraph 152(4)(a) of the Act, something that would be most unlikely. This, he found, would be contrary to the purpose of the Charter. He expressed his dissatisfaction with the exclusion of evidence remedy in this way:

Simply to exclude the evidence would be to force the taxpayer to go to court and attack the assessments or to defend against allegations justifying the making of statute-barred assessments and the imposition of penalties that are based upon evidence that the Minister had only because he violated the appellant’s rights under the *Charter*. To limit the remedy to the exclusion of the evidence would, in my opinion, render nugatory the very rights that the *Charter* guarantees. The mere exclusion of evidence is insufficient for this purpose. The court must go further. I can see no reason for not fashioning a remedy under subsection 24(1) that has, as an integral component, an exclusion of evidence under subsection 24(2) but more adequately recognizes the fundamental right that the taxpayer has under section 8 of

pour décrire la conduite des mandataires de la Couronne, des mots durs comme: conduite «répréhensible»; «en prenant d’assaut»; «en omettant, d’une façon fort irrégulière, de fournir des renseignements»; «ternir» la bonne foi; «qui démolit» et «vicie» la bonne foi; et «violation flagrante et inacceptable des droits de l’appelant». À mon avis, en faisant ces remarques, le juge de la Cour canadienne de l’impôt visait principalement, mais non entièrement, la conduite adoptée au cours de la nouvelle saisie. Il condamnait, dans une moindre mesure, la manière dont s’est déroulée la première perquisition ainsi que le fait d’avoir conservé illicitement pendant longtemps des documents saisis. De toute façon, il nous est impossible de constater une erreur justifiant d’infirmier sa qualification des actes faits par les mandataires de la Couronne dans le cadre de la saisie et de la nouvelle saisie illégales du matériel de l’intimée, examinés ensemble.

[8] Vu la gravité des violations de la Charte en l’espèce, et compte tenu que la simple exclusion de la preuve «équivaldrait à annuler la cotisation», selon l’argument présenté par le ministère public devant le juge Bowman de la Cour canadienne de l’impôt, ce juge a décidé qu’il était «convenable et juste» de mettre un terme à l’affaire à l’étape où elle en était rendue, plutôt que d’obliger le contribuable à se donner le mal de procéder devant la Cour canadienne de l’impôt pour voir si le ministère serait capable de s’acquitter du fardeau qui lui incombait conformément à l’alinéa 152(4)a) de la Loi, une éventualité des plus improbables. Il a conclu qu’agir ainsi irait à l’encontre de l’objet de la Charte. Il a traduit son insatisfaction face à la réparation qu’offrirait l’exclusion de la preuve de la manière suivante:

Se contenter d’exclure les éléments de preuve serait contraindre le contribuable à s’adresser aux tribunaux et à contester les cotisations ou à se défendre contre des allégations tendant à justifier l’établissement de cotisations prescrites et l’imposition de pénalités, lesquelles sont fondées sur des éléments de preuve dont le ministre disposait uniquement par suite de la violation des droits garantis à l’appelante par la *Charte*. Restreindre la réparation à l’exclusion des éléments de preuve aurait, à mon avis, pour effet d’annuler les droits mêmes que la *Charte* garantit. La simple exclusion des éléments de preuve est insuffisante à cette fin. La Cour doit aller plus loin. Je ne puis voir pourquoi on ne pourrait pas accorder, en vertu du paragraphe 24(1), une réparation qui comporte, comme élément



the *Charter*. To exclude the evidence only would be in effect to say to the officials of the Department of National Revenue "You have violated the taxpayer's rights under section 8 of the *Charter* by your unconstitutional search and seizure of its records and your unlawful retention of them. On the basis of this unlawfully obtained information you have assessed tax, interest and penalties. You have tried, unsuccessfully, to prosecute the taxpayer under section 239 of the *Income Tax Act*. You have kept 90 cartons of the taxpayer's records for upwards of nine years. Now you wish to force the taxpayer to go through a civil trial in the Tax Court to see whether you can sustain assessments based fundamentally on evidence that you obtained illegally, and which under subsection 24(2) of the *Charter* you may not use at trial. We will let you try, however tenuous your case or remote your chances".<sup>5</sup>

[9] I am in agreement with Bowman J.T.C.C. that the fact that, at the time of the original seizure it appeared to be constitutional, does not relieve the appellant of any responsibility, nor does it preclude the award of a remedy to the respondent. In the circumstances of this case, even though in other situations a good faith violation might well be overlooked,<sup>6</sup> the exclusion of the evidence might also be warranted, according to the test set out by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*.<sup>7</sup> As Bowman J.T.C.C. finds:

The conduct of officials of the Department of National Revenue was, from the initial seizure until the purported re-seizure under section 487 of the Criminal Code a flagrant and egregious violation of the appellant's rights. The principles enunciated in such cases as *Hunter*, *Collins*, and *Kokesch* are equally applicable to these proceedings.<sup>8</sup>

One should keep in mind that, on the basis of certain "flagrant and egregious" unconstitutional conduct, charges against accused murderers and rapists may be stayed or even quashed, so that the remedy awarded here seems not so extreme in comparison.

essentiel, l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2), mais reconnaît d'une façon plus adéquate le droit fondamental que l'article 8 de la *Charte* garantit au contribuable. Se contenter d'exclure les éléments de preuve reviendrait en fait à dire aux représentants du ministère du Revenu national: «Vous avez violé les droits garantis au contribuable par l'article 8 de la *Charte* en cherchant et en saisissant ses registres d'une façon inconstitutionnelle et en les conservant illicitement. En vous fondant sur ces renseignements, illicitement obtenus, vous avez fixé l'impôt, les intérêts et les pénalités. Vous avez essayé sans succès de poursuivre le contribuable en vertu de l'article 239 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Vous avez conservé 90 boîtes de registres appartenant au contribuable pendant plus de neuf ans. Vous voulez maintenant engager une poursuite civile contre le contribuable devant la Cour de l'impôt pour voir si vous pouvez maintenir des cotisations essentiellement fondées sur des éléments de preuve que vous avez illégalement obtenus et que vous ne pouvez pas utiliser à l'instruction en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Nous vous laisserons tenter votre chance, même si la preuve est faible et votre réussite incertaine».<sup>5</sup>

[9] Je partage l'opinion du juge Bowman selon laquelle l'apparence de constitutionnalité de la saisie initiale, à l'époque où elle a été effectuée, n'exonère pas l'appelant de toute responsabilité ni n'empêche d'accorder une réparation à l'intimée. Même si dans d'autres situations il est possible de passer outre à une violation qui a été faite de bonne foi<sup>6</sup>, dans les circonstances de la présente espèce, l'exclusion des éléments de preuve serait également susceptible d'être justifiée suivant le critère adopté par le juge Lamer (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Collins*.<sup>7</sup> Comme le conclut le juge Bowman:

La conduite des représentants du ministère du Revenu national constituait, depuis la saisie initiale jusqu'à la soi-disant nouvelle saisie fondée sur l'article 487 du Code criminel, une violation flagrante et inacceptable des droits de l'appelant. Les principes énoncés dans des arrêts comme les arrêts *Hunter*, *Collins* et *Kokesch* s'appliquent également en l'espèce.<sup>8</sup>

Il ne faut pas oublier qu'il peut arriver qu'une conduite inconstitutionnelle «flagrante et inacceptable» entraîne la suspension ou même la cassation de certaines accusations portées contre des présumés meurtriers et violeurs, de sorte que, si on compare, la réparation accordée en l'espèce ne semble pas être une mesure si extrême.

[10] In cases of evidence obtained by infringing the Charter, section 24 of the Charter allows the award of a remedy other than the exclusion of evidence. In my view, it is wrong to say, as counsel for the Crown does, that *R. v. Therens et al.*, *supra*, forbids any remedy other than the exclusion of evidence where evidence is obtained unconstitutionally. Subsection 24(2) expressly permits the exclusion of evidence as one remedy; it does not remove the general authority given to the Court in subsection 24(1) to grant such remedy as is “appropriate and just”. *R. v. Therens et al.* forbids the exclusion of evidence remedy from being awarded other than pursuant to subsection 24(2), but it does not foreclose the granting of other or additional remedies in cases of evidence obtained in violation of the Charter if “appropriate and just”. As indicated, the question posed does not ask that the evidence seized be excluded; so that a subsection 24(2) remedy is not requested by the respondent. The trial Judge found that the remedy that was “appropriate and just, in the circumstances” of this case, was the vacating of the assessments. He explained why he did so in these words [at pages 2732-2733]:

Here . . . I believe that I must take further action. Unquestionably it is within the broad discretionary powers given to the court under subsection 24(1) to . . . not only exclude the unconstitutionally obtained evidence, but also cast upon the respondent the burden of establishing the correctness of the assessment with constitutionally untainted evidence. That remedy would not be inappropriate here, but can I take the next step . . . and vacate the assessments? I think that it is appropriate and just that I do so. In the first place subsection 24(1) gives to a court of competent jurisdiction a broad discretionary power to grant a remedy that is “just and appropriate” for a *Charter* violation. . . . Moreover, the vacating of assessments is one of the powers explicitly given to this court under section 171 of the *Income Tax Act*. Second, we have counsel’s very fair admission that the evidence that was seized in violation of the appellant’s rights under the *Charter* was “fundamental” to the assessment. It appears to be conceded that the assessments cannot be sustained without the use of the unconstitutionally obtained evidence and that if the assessments were referred back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment on the basis that all evidence that was illegally obtained be excluded from the Minister’s consideration the Minister would have no evidence on which to base

[10] Lorsque des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la Charte, l’article 24 de la Charte permet d’accorder une réparation autre que l’exclusion de la preuve. À mon avis, il est faux de prétendre, comme le fait l’avocat du ministère public, que l’arrêt *R. c. Therens et autres*, précité, interdit d’accorder une réparation autre que l’exclusion de la preuve lorsque celle-ci est obtenue de façon inconstitutionnelle. Le paragraphe 24(2) permet expressément la réparation qui consiste à écarter cette preuve, mais il ne retire pas à la Cour le pouvoir général que lui confère le paragraphe 24(1) d’accorder la réparation qu’elle estime «convenable et juste». L’arrêt *R. c. Therens et autres* interdit d’avoir recours à l’exclusion d’une preuve autrement que conformément au paragraphe 24(2), mais il n’empêche pas d’octroyer, lorsque les éléments de preuve ont été obtenus en contravention de la Charte, d’autres réparations ou des réparations additionnelles, si elles sont «convenable[s] et juste[s]». Comme il a été indiqué, la question posée ne demande pas l’exclusion de la preuve saisie; l’intimée ne demande donc pas une réparation prévue au paragraphe 24(2). Le juge de première instance a conclu que la réparation qui était «convenable et juste eu égard aux circonstances» de l’espèce était l’annulation des cotisations. Il a expliqué sa position en ces termes [aux pages 2732 et 2733]:

Dans ce cas-ci . . . , je crois devoir prendre d’autres mesures. Dans l’exercice des vastes pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés par le paragraphe 24(1) la Cour peut incontestablement . . . non seulement exclure les éléments de preuve obtenus d’une façon inconstitutionnelle, mais aussi imposer à l’intimé l’obligation d’établir l’exactitude de la cotisation à l’aide d’éléments de preuve non entachés de vice au point de vue constitutionnel. Cette réparation conviendrait dans ce cas-ci, mais puis-je aller plus loin . . . et annuler les cotisations? Je crois qu’il est convenable et juste de le faire. En premier lieu, le paragraphe 24(1) confère à un tribunal compétent un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit d’accorder une réparation qui est «juste et convenable» par suite de la violation de la *Charte*. En outre, l’annulation des cotisations est l’un des pouvoirs expressément conférés à cette cour par l’article 171 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. En second lieu, l’avocat a clairement admis que les éléments de preuve qui avaient été saisis en violation des droits garantis à l’appelante par la *Charte* étaient «essentiels» à l’établissement de la cotisation. Il semble admis que les cotisations ne peuvent pas être maintenues sans que les éléments de preuve obtenus d’une façon inconstitutionnelle soient utilisés et que, si les cotisations étaient déferées au ministre du Revenu national pour

an assessment.

Accordingly, no purpose would be served by following the approach adopted in [an American case] because the assessments would ultimately be vacated in any event. Put differently, even if I adopted the [U.S.] approach, which, in the circumstances of that case appears to be an eminently reasonable one, and placed upon the respondent the onus of sustaining the assessments without the use of the constitutionally tainted evidence, the result would be the same and the assessments would ultimately be vacated.

Therefore, that is what I think should be done. An end should be put to the matter by vacating the assessments.

[11] I can see no reason to interfere with this decision. The Tax Court Judge possessed the jurisdiction to award this remedy. It is obvious that the later reseizure was part of the factual matrix of this case and not irrelevant, as urged by the appellant. As I have indicated above, the material was needed to support the penalties and to extend the limitation period. It must be noted that among the significant "circumstances" in question is the fact that the assessments have very little, if any, chance of standing up if taken on to trial in the Tax Court without the evidence seized and reseized by unconstitutional conduct. It cannot be "appropriate and just" to force the taxpayer, whose constitutional rights have been violated, to defend himself against the assessments, when those assessments were based on evidence that was obtained by virtue of those violations.

[12] I would like specifically to underscore the words of the Tax Court Judge, with which I fully agree, to the effect that this type of extreme remedy must not be considered to be an automatic one, being reserved only for cases of serious violations where other remedies are insufficient. He wrote [at page 2733]:

nouvel examen et nouvelle cotisation compte tenu du fait que tous les éléments de preuve qui ont été obtenus illégalement doivent être exclus de son examen, ce dernier ne disposerait d'aucun élément de preuve à l'appui de la cotisation.

Par conséquent, il ne servirait à rien d'adopter l'approche préconisée dans [un jugement américain] puisque, en fin de compte, les cotisations seraient de toute façon annulées. Autrement dit, même si j'adoptais l'approche préconisée [dans le jugement américain], laquelle, dans les circonstances de cette affaire-là, semble tout à fait raisonnable, et même si j'imposais à l'intimé l'obligation de justifier les cotisations sans utiliser les éléments de preuve entachés de vice sur le plan constitutionnel, le résultat serait le même et les cotisations seraient en fin de compte annulées.

Par conséquent, je crois que c'est ce qu'il faudrait faire. Il faudrait mettre un terme à l'affaire en annulant les cotisations.

[11] Selon moi, rien ne justifie de modifier cette décision. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt jouit de la compétence voulue pour accorder cette réparation. Il est évident que la nouvelle saisie, effectuée ultérieurement, s'inscrit dans le contexte factuel de l'espèce et est pertinente, contrairement à ce que soutient l'appelante. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'obtention de ce matériel était nécessaire pour étayer les pénalités et pour proroger le délai de prescription. Il y a lieu de remarquer, parmi les «circonstances» importantes en question, le fait que les cotisations ont très peu de chances, voire aucune, d'être maintenues si elles sont présentées à une instruction devant la Cour de l'impôt sans la preuve qui a fait l'objet de la première saisie ou de la nouvelle saisie, effectuées d'une manière inconstitutionnelle. Il ne peut être «convenable et juste» d'obliger un contribuable, dont les droits constitutionnels ont été violés, à se défendre contre des cotisations, lorsque celles-ci se fondent sur une preuve obtenue grâce à ces violations.

[12] Je tiens particulièrement à souligner les termes employés par le juge de la Cour de l'impôt, qui emportent ma complète adhésion, selon lesquels ce genre de mesure de redressement extrême ne doit pas être accordé automatiquement, mais être réservé aux cas de graves atteintes aux droits pour lesquels les autres réparations s'avèrent insuffisantes. Il a écrit [à la page 2733]:

I would not want my conclusion in this case to be taken as a wholesale sanctioning of the vacating of all assessments where some component of the Minister's basis of assessment was unconstitutionally obtained information. Other cases may arise in which a simple exclusion of evidence is sufficient, others in which the evidence is of little or no significance in the making of the assessments or where its introduction would not bring the administration of justice into disrepute . . . . In the exercise of the discretion vested in the court under section 24 of the *Charter* one must be vigilant in balancing, on the one hand, the rights of the subject that are protected under the *Charter*, and on the other, the importance of maintaining the integrity of the self-assessing system. As each case arises these and, no doubt, other factors will play a role and all factors must be assigned their relative weight. In the circumstances of this case I have concluded that the most appropriate exercise of my discretion is to vacate the assessments.

[13] I would dismiss the appeal with costs.

STONE J.A.: I agree.

DENAULT J.A. (*ex officio*): I agree.

Je ne voudrais pas que la conclusion que j'ai tirée en l'espèce soit considérée comme sanctionnant dans tous les cas l'annulation des cotisations établies par le ministre lorsqu'elles sont en partie fondées sur des renseignements obtenus d'une façon inconstitutionnelle. Il peut y avoir des cas dans lesquels il suffit d'exclure l'élément de preuve, d'autres cas dans lesquels l'élément a peu d'importance ou n'en a aucune aux fins de l'établissement des cotisations ou dans lesquels son utilisation ne déconsidérerait pas l'administration de la justice, . . . . En exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est dévolu par l'article 24 de la *Charte*, la Cour doit veiller à établir l'équilibre entre les droits protégés par la *Charte* et le fait qu'il est important de maintenir l'intégrité du régime d'autocotisation. Au fur et à mesure que des cas se présenteront, ces facteurs et, sans aucun doute, d'autres facteurs s'appliqueront et il faudra accorder à chacun d'eux son importance relative. Compte tenu des circonstances de l'affaire, j'ai conclu qu'il convient d'exercer mon pouvoir discrétionnaire de façon à annuler les cotisations.

[13] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE DENAULT, J.C.A. (de droit): Je souscris à ces motifs.

<sup>1</sup> [1996] 1 C.T.C. 2714 (T.C.C.), at pp. 2718-2719.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act).

<sup>3</sup> [1991] 1 F.C. 688 (C.A.).

<sup>4</sup> [1985] 1 S.C.R. 613.

<sup>5</sup> *Supra*, note 1, at pp. 2728-2729.

<sup>6</sup> *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. No. 1568 (C.A.) (QL).

<sup>7</sup> [1987] 1 S.C.R. 265.

<sup>8</sup> *Supra*, note 1, at p. 2726.

<sup>1</sup> [1996] 1 C.T.C. 2714 (C.C.I.), aux p. 2718 et 2719.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi).

<sup>3</sup> [1991] 1 C.F. 688 (C.A.).

<sup>4</sup> [1985] 1 R.C.S. 613.

<sup>5</sup> Précité, note 1, aux p. 2728 et 2729.

<sup>6</sup> *R. v. Zborovsky*, [1997] O.J. n° 1568 (C.A.) (QL).

<sup>7</sup> [1987] 1 R.C.S. 265.

<sup>8</sup> Précité, note 1, à la p. 2726.

A-265-98

A-265-98

**Manickavasagam Suresh** (*Appellant*)**Manickavasagam Suresh** (*appellant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada** (*Respondents*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*intimés*)**INDEXED AS: SURESH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SURESH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, McDonald J.J.A. and Henry D.J.—Toronto, June 18; Ottawa, July 21, 1998.

Cour d'appel, juges Strayer et McDonald, J.C.A., et juge suppléant Henry—Toronto, 18 juin; Ottawa, 21 juillet 1998.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing Charter guaranteed rights of freedom of expression, association — Appellant not raising constitutional issues before Trial Judge designated under s. 40.1(8) — Appeal allowed to extent matter remitted to designated F.C.T.D. Judge — Under s. 40.1(8) having jurisdiction, compelled to consider constitutionality of terms of any order made under s. 40.1(9) — In best position to do so, having heard witnesses, determined credibility, having full factual record — Also has remedy available: appropriate wording of release conditions — As Judge issuing release order having continuing jurisdiction as to impact — Also in best position to determine whether appellant's conduct amounting to waiver of Charter attack.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appellant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte — L'appellant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance délégué en vertu de l'art. 40.1(8) — Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué — Celui-ci a compétence sous le régime de l'art. 40.1(8) et est tenu d'examiner la constitutionnalité des conditions de toute ordonnance rendue en application de l'art. 40.1(9) — Il est le mieux placé pour le faire puisqu'il a entendu les témoins dont il pouvait jauger la crédibilité et avait à sa disposition le dossier intégral des faits — Il dispose aussi au départ des moyens de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté — Puisqu'il a rendu l'ordonnance, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets — Il est aussi le mieux placé pour décider si dans les faits, l'appellant a renoncé à son droit d'invoquer les arguments constitutionnels.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing rights of freedom of expression, association — Appellant not raising constitutional issues before F.C.T.D. Judge designated under s. 40.1(8) — Matter remitted to designated Judge — In best position to rule on Charter issues, including whether terms of order can be upheld under s. 1, as heard witnesses, determined credibility, having full factual record before him/her — As judge issuing release order, having continuing jurisdiction as to impact, including constitutionality of order — Also in best position to decide whether appellant waived any future right to have order reviewed on constitutional grounds.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appellant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association — L'appellant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance délégué en vertu de l'art. 40.1(8) — Renvoi de l'affaire au juge délégué — Il est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte, y compris celui de savoir si les conditions imposées sont justifiables au regard de l'art. premier, parce qu'il a entendu les témoins dont il pouvait jauger la crédibilité et avait à sa disposition le dossier intégral des faits — Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets, y compris la question de constitutionnalité — Il est aussi le mieux placé pour décider s'il y a eu renonciation de*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from Immigration Act, s. 40.1(9) order releasing appellant from detention on ground conditions therein infringing Charter guaranteed rights of freedom of expression, association — Appellant inadmissible as person reasonable grounds to believe engaged in terrorism — Incarcerated almost two years when removal order issued — Ontario Court, General Division injunction precluding removal — F.C.T.D. Judge allowing s. 40.1(8) application for release on conditions — Appellant not raising constitutional issues before Trial Division Judge — Appeal allowed to extent matter remitted to designated F.C.T.D. Judge — Constitutional concerns properly raised before designated Judge.*

This was an appeal from an order made pursuant to *Immigration Act*, subsection 40.1(9) releasing the appellant from detention on the ground that some of the conditions imposed therein infringed his rights to freedom of expression and association as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appellant is believed to be a member of a terrorist organization. A ministerial security certificate concluded that he was inadmissible to Canada because he was a person described in *Immigration Act*, clauses 19(1)(e)(iv)(C) and 19(1)(f)(iii)(B) i.e. a person who there are reasonable grounds to believe has engaged in terrorism or is a member of such an organization. At a hearing held pursuant to paragraph 40.1(4)(d), the Trial Judge upheld the reasonableness of that certificate. The appellant was arrested in 1995 pursuant to paragraph 40.1(2)(b) and has remained incarcerated pending possible removal from Canada. On September 17, 1997, the appellant was ordered removed from Canada, but an injunction issued by the Ontario Court, General Division prevented his removal. After 120 days had elapsed since the making of the removal order, the appellant applied for an order releasing him from detention pursuant to subsection 40.1(8). The designated Trial Judge allowed the application as he was satisfied that, because of the injunction the appellant would not be removed from Canada within a reasonable time, and subject to the strict conditions he placed on the appellant's release, his release would not be injurious to national security or public safety. Although the appellant and his solicitor agreed to all of the conditions, they reserved the right to attack the order on constitutional grounds. The appellant did not raise the constitutional issues before the Trial Judge because previous decisions of the Trial Division stated that a judge hearing these cases lacks jurisdiction to entertain constitutional arguments.

*la part de l'appelant à tout droit de demander à l'avenir la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel contre l'ordonnance portant, en application de l'art. 40.1(9) de la Loi sur l'immigration, remise en liberté de l'appelant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte — Appellant non admissible à titre de personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis des actes de terrorisme — Il avait été détenu pendant près de deux ans au moment de l'ordonnance de renvoi — Le renvoi n'a pas été exécuté par suite d'une injonction de la Division générale de la Cour de l'Ontario — Un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a fait droit, sous certaines conditions, à la demande de remise en liberté fondée sur l'art. 40.1(8) — L'appelant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance — Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué — Celui-ci peut être saisi des questions constitutionnelles.*

Appel contre l'ordonnance portant, en application du paragraphe 40.1(9) de la *Loi sur l'immigration*, remise en liberté de l'appelant, par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appelant serait un militant d'une organisation terroriste. Selon une attestation ministérielle de risque de sécurité, il n'était pas admissible au Canada à titre de personne visée par les dispositions 19(1)(e)(iv)(C) et 19(1)(f)(iii)(B) de la Loi, c'est-à-dire personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis des actes de terrorisme ou est membre d'une organisation terroriste. À l'issue d'une audience tenue en application de l'alinéa 40.1(4)d) de la Loi, le juge de première instance a conclu que cette attestation était raisonnable. L'appelant a été arrêté le 18 octobre 1995 en application de l'alinéa 40.1(2)b) et est resté en détention en attendant son renvoi éventuel hors du Canada. Le 17 septembre 1997, il a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi hors du Canada, mais l'ordonnance n'a pas été exécutée par suite d'une injonction de la Division générale de la Cour de l'Ontario. À l'expiration de la période de 120 jours suivant la date de l'ordonnance de renvoi, il a demandé la remise de liberté en application du paragraphe 40.1(8). Le juge de première instance délégué a fait droit à la demande par ce motif qu'en raison de l'injonction ci-dessus, l'appelant ne serait pas renvoyé hors du Canada dans un délai raisonnable et que, vu les conditions strictes qu'il y attachait, la remise en liberté de ce dernier ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité publique. Bien que l'appelant et son avocate aient accepté toutes ces conditions, il se sont réservés le droit d'en contester la constitutionnalité. L'appelant n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance parce que selon des décisions de première instance antérieures, le

The issue was whether a designated judge under *Immigration Act*, subsections 40.1(8) and (9) has jurisdiction to consider any constitutional issues that arise from an order made by that judge pursuant to subsection 40.1(9).

*Held*, the appeal should be allowed to the extent that the matter should be remitted to the designated Trial Division Judge to determine whether the conditions imposed by the release order are in accordance with the Charter.

The constitutional concerns should have been raised at the trial level. A designated judge hearing a subsection 40.1(8) application is in the best position to rule on any Charter issues because he or she hears the witnesses, determines credibility with respect to those witnesses, and has a full factual record before him or her, which is especially vital to the Charter, section 1 issue.

Nothing in the Act limits a designated judge on jurisdictional grounds from considering constitutional issues on a subsection 40.1(8) application. A designated judge under subsection 40.1(8) has jurisdiction to entertain Charter arguments with respect to the constitutionality of the terms of any order made under subsection 40.1(9). Indeed, a designated judge is compelled to consider the constitutionality of any order he or she makes pursuant to this subsection. Unlike a proceeding under subsection 40.1(4) he has the remedy available: namely, the appropriate wording of the release conditions. In this case the designated judge did not wrongly refuse to exercise that jurisdiction: he was never asked to do so by the appellant. As a judge issuing a release order he can exercise a continuing jurisdiction as to its impact, including considering the appellant's argument that in its operation the order is unconstitutionally curtailing his liberties. The designated Judge is also in the best position to decide whether the events that passed before him amounted to a waiver by the appellant of any future right to have the order itself reviewed on constitutional grounds.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 1.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e)(iv)(C) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (f)(iii)(B) (as am. *idem*, 40.1(2)(b) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49,

juge saisi d'une demande de ce genre n'a pas compétence pour entendre les arguments constitutionnels.

Il échet d'examiner si le juge délégué conformément aux paragraphes 40.1(8) et (9) de la *Loi sur l'immigration* a compétence pour entendre les questions constitutionnelles découlant d'une ordonnance que lui-même a rendue en application du paragraphe 40.1(9).

*Arrêt*: il faut faire droit à l'appel en renvoyant l'affaire au juge délégué de la Section de première instance pour qu'il examine si les conditions attachées à l'ordonnance de remise en liberté sont conformes à la Charte.

Les questions constitutionnelles auraient dû être soulevées en première instance. Le juge délégué pour entendre une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8) est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte, parce qu'il entend les témoins dont il peut jauger la crédibilité et a à sa disposition le dossier intégral des faits, qui est indispensable pour le jugement de points litigieux au regard de l'article premier de ce texte.

La Loi ne comporte aucune disposition déniaut au juge délégué la compétence pour connaître des questions constitutionnelles relatives à une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8). Il a compétence pour connaître des arguments tirés de la Charte sur la constitutionnalité des conditions de toute ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9). De fait, il est tenu d'en considérer la constitutionnalité. À la différence de la procédure visée au paragraphe 40.1(4), il dispose au départ du moyen de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté. En l'espèce, le juge délégué n'a pas refusé à tort d'exercer cette compétence: l'appelant n'en a jamais fait la demande. Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets, ce qui s'entend également du fait d'examiner l'argument proposé par l'appelant que cette ordonnance a pour effet de porter atteinte à ses libertés, que protège la Constitution. Il est aussi le mieux placé pour décider si ce qui se passait à l'audience qu'il présidait valait renonciation de la part de l'appelant à tout droit de demander à l'avenir la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(e)(iv)(C) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (f)(iii)(B) (mod., *idem*, 40.1(2)(b) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49,

s. 31), (4)(d) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4), (8) (as enacted *idem*), (9) (as enacted *idem*).

art. 31), (4)d) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4), (8) (édicte, *idem*), (9) (édicte, *idem*).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*Re Baroud* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.); *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Suresh (Re)*, [1997] F.C.J. No. 1537 (T.D.) (QL); *Vickery v. Nova Scotia Surpeme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; (1991), 104 N.S.R. (2d) 181; 283 A.P.R. 181; 64 C.C.C. (3d) 65; 124 N.R. 95; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 616 (T.D.).

APPEAL from an order (*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. No. 385 (T.D.) (QL)) releasing the appellant from detention on the grounds that some of the conditions imposed therein infringed his Charter guaranteed rights to freedom of expression and association. Appeal allowed to the extent that the matter was remitted to the designated Trial Division Judge for determination of the constitutional issues.

## COUNSEL:

*Barbara Jackman and Ron Poulton* for appellant.  
*Jim W. Leising and Diane Dagenais* for respondents.

## SOLICITORS:

*Jackman, Waldman & Associates*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] McDONALD J.A.: The issue that arises from the facts of this case is whether a designated judge under subsections 40.1(8) and (9) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4)] (the Act) has jurisdiction to hear

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Re Baroud* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337; 105 F.T.R. 299 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Suresh (Re)*, [1997] F.C.J. n° 1537 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Proto-notaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; (1991), 104 N.S.R. (2d) 181; 283 A.P.R. 181; 64 C.C.C. (3d) 65; 124 N.R. 95; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616 (1<sup>re</sup> inst.).

APPEL contre l'ordonnance (*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. n° 385 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)) de remise en liberté de l'appellant par ce motif que certaines conditions imposées portent atteinte à sa liberté d'expression et d'association, que garantit la Charte. Appel accueilli par renvoi de l'affaire au juge délégué de la Section de première instance pour jugement des questions constitutionnelles.

## AVOCATS:

*Barbara Jackman et Ron Poulton* pour l'appellant.  
*Jim W. Leising et Diane Dagenais* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Jackman, Waldman & Associates*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Il échet d'examiner si un juge délégué conformément aux paragraphes 40.1(8) et (9) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4)] (la Loi) a compétence pour entendre les



any constitutional issues that arise from an order made by that judge pursuant to subsection 40.1(9) of the Act.

[2] The appellant is believed to be a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam, an organization that has purportedly committed numerous acts of terrorism. He arrived in Canada on October 5, 1990 applied for and was granted Convention Refugee status by the Refugee Board on April 11, 1991. He was detained on October 18, 1995 pursuant to a security certificate issued by the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General (the respondent Ministers). The ministerial certificate issued concluded that Suresh was inadmissible to Canada because he was a person described in clauses 19(1)(e)(iv)(C) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of the Act (a person who there are reasonable grounds to believe has engaged in terrorism or is a member of such an organization.)<sup>1</sup>

[3] A hearing was held pursuant to paragraph 40.1(4)(d) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the Act to consider whether the certificate filed by the respondent Ministers was reasonable. On August 29, 1997 [reasons for order dated 14/11/97 [1997] F.C.J. No. 1537 (T.D.) (QL)] the Trial Judge upheld the reasonableness of the certificate finding that there were reasonable grounds to believe that Suresh was and is a member of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE). Specifically, the Trial Judge concluded that the appellant partook in LTTE activities, such as, the posting of posters, collecting food and being a member of the LTTE executive. He also found that the appellant had travelled to various countries, including Canada, to head the World Tamil Movement and that this was done at the request of the LTTE. With respect to his refugee status, the Trial Judge concluded that the appellant had lied under oath before the Immigration and Refugee Board and wilfully misrepresented the facts.

[4] The appellant was arrested on October 18, 1995 pursuant to paragraph 40.1(2)(b) [as enacted by

questions constitutionnelles découlant d'une ordonnance que lui-même a rendue en application du paragraphe 40.1(9) de la même Loi.

[2] L'appellant passe pour être un militant des Tigres de libération de l'Eelam tamoul, organisation qui aurait commis de nombreux actes de terrorisme. Arrivé au Canada le 5 octobre 1990, il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le 11 avril 1991. Le 18 octobre 1995, il a été retenu en exécution d'une attestation de risque de sécurité, signée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général (les ministres intimés). Selon cette attestation ministérielle, Suresh n'était pas admissible au Canada parce qu'il appartenait à la catégorie des personnes visées par les divisions 19(1)e)(iv)(C) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et 19(1)f)(iii)(B) [mod., *idem*] de la Loi (personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont commis des actes de terrorisme ou sont membres d'une organisation terroriste)<sup>1</sup>.

[3] À l'issue d'une audience tenue en la matière en application de l'alinéa 40.1(4)d [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4] de la Loi, le 29 août 1997 [motifs de l'ordonnance en date du 14-11-97 [1997] F.C.J. n° 1537 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)], le juge de première instance a conclu que l'attestation déposée par les ministres intimés était raisonnable, par ce motif qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que Suresh avait été et était toujours un membre des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE). Plus spécifiquement, il a conclu que l'appellant participait aux activités des LTTE telles que la pose d'affiches, la cueillette de fonds et l'appartenance au bureau de cette organisation. Que celui-ci s'était rendu dans différents pays, y compris le Canada, pour y diriger le World Tamil Movement, et ce à la demande des LTTE. Et, au sujet de son statut de réfugié, que l'appellant avait menti au cours de son témoignage sous serment devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et avait sciemment fait de fausses déclarations.

[4] L'appellant a été arrêté le 18 octobre 1995 en application de l'alinéa 40.1(2)b [édicte par L.R.C.

R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the Act and remained incarcerated throughout the proceedings under subsection 40.1(4) and thereafter, pending possible removal from Canada. On September 17, 1997, the appellant was ordered removed from Canada. However, an injunction issued by Mr. Justice Lane of the Ontario Court, General Division prevented the appellant's removal from Canada. After 120 days elapsed following the making of the removal order he was entitled to file an application for an order releasing him from detention pursuant to subsection 40.1(8) of the Act, which he did on December 23, 1997. Subsections 40.1(8) and (9) provide:

#### 40.1 . . .

(8) Where a person is detained under subsection (7) and is not removed from Canada within 120 days after the making of the removal order relating to that person, the person may apply to the Chief Justice of the Federal Court or to a judge of the Federal Court designated by the Chief Justice for the purposes of this section for an order under subsection (9).

(9) On an application referred to in subsection (8) the Chief Justice or the designated judge may, subject to such terms and conditions as the Chief Justice or designated judge deems appropriate, order that the person be released from detention if the Chief Justice or designated Judge is satisfied that

- (a) the person will not be removed from Canada within a reasonable time; and
- (b) the person's release would not be injurious to national security or to the safety of persons.

[5] The Trial Judge allowed the application under subsections 40.1(8) and (9) [*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. No. 385 (T.D.) (QL)] as he was satisfied that because of the injunction issued by Justice Lane the appellant would not be removed from Canada within a reasonable period and that, subject to the strict conditions he placed on the appellant's release, his release would not be injurious to national security or to public safety. The following conditions were attached to the appellant's release:

1. The Applicant, Manickavasagam Suresh, or persons for and on his behalf but not directly or indirectly by the LTTE, shall deposit with the Respondent a sum of Forty Thousand

(1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la Loi, et est resté en détention tout au long et à la suite de la procédure engagée sous le régime du paragraphe 40.1(4), en attendant son renvoi éventuel hors du Canada. Le 17 septembre 1997, il a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi hors du Canada. Cette ordonnance n'a cependant pas été exécutée par suite d'une injonction décernée par le juge Lane de la Division générale de la Cour de l'Ontario. À l'expiration de la période de 120 jours suivant la date de l'ordonnance de renvoi, il était en droit d'introduire une demande de remise de liberté en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi, ce qu'il a fait le 23 décembre 1997. Voici ce que prévoient les paragraphes 40.1(8) et (9):

#### 40.1 . . .

(8) La personne retenue en vertu du paragraphe (7) peut, si elle n'est pas renvoyée du Canada dans les cent vingt jours suivant la prise de la mesure de renvoi, demander au juge en chef de la Cour fédérale ou au juge de cette cour qu'il délègue pour l'application du présent article de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (9).

(9) Sur présentation de la demande visée au paragraphe (8), le juge en chef ou son délégué ordonne, aux conditions qu'il estime indiquées, que l'intéressé soit mis en liberté s'il estime que:

- a) d'une part, il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable;
- b) d'autre part, sa mise en liberté ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes.

[5] Le juge de première instance a fait droit à la demande en application des paragraphes 40.1(8) et (9) [*Suresh (Re)*, [1998] F.C.J. n° 385 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] par ce motif qu'en raison de l'injonction décernée par le juge Lane, l'appelant ne serait pas renvoyé hors du Canada dans un délai raisonnable et que, vu les conditions strictes qu'il y attachait, la remise en liberté de l'appelant ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité publique. Voici ces conditions:

1. Le requérant, Manickavasagam Suresh, ou les personnes agissant pour son compte mais sans aucun lien direct ou indirect avec les LTTE, déposeront la somme de 40 000 \$

Dollars cash (\$40,000), which sum shall remain with the Respondent for the Government of Canada until such time as the Government of Canada removes the Applicant, Suresh, from Canada, at which time the money, with interest, shall be returned to the person or persons who have deposited the said moneys.

2. A performance bond in the sum on One Hundred and Fifty Thousand Dollars (\$150,000) shall be deposited by Xavier Noble Arasaratnam for the benefit of the Government of Canada and Mr. Arasaratnam shall give as security the home where he resides, 6136 Silken Lauman Way, Mississauga, Ontario, to the Government of Canada.

3. Suresh, while out of detention, shall report once per week to the Immigration Reporting Centre at 60 Richmond Street East, Toronto, Ontario on a day and at a time as determined by a representative of the Respondent.

4. Suresh shall reside at the residence of Xavier Noble Arasaratnam at 6136 Silken Lauman Way, Mississauga, Ontario L5V 1A2.

5. In the event that Mr. Arasaratnam should, for whatever reason, change his address, Suresh must advise the CIC in advance and obtain the Respondent's permission to change his residence.

6. This does not preclude occasional overnight visits with Ramalashmy Jayavaman Sivasway at 5 Greystone Wall, Apartment 1711, Toronto.

7. Suresh, during the time of his release shall keep the peace and be of good behaviour.

8. Suresh shall remain within Fifty (50) kilometres of the Toronto City limits and cannot go outside this area without permission of the CIC.

9. Suresh shall not have direct or indirect, except through his solicitor, Ms. Jackman or Ms. Jackman's employees (her secretary, paralegal or articling student) and this solely for the preparation of court proceedings or in an effort to locate a third country, with any executive members of the WTM, or with any of the WTM's employees, and affiliated groups, such as the WTA in Montreal, ETA B.C. Vancouver, WTCC Ottawa, the executives and employees of FACT or TESC and is not for any reason to visit the offices of these organizations.

10. Suresh shall have no direct or indirect contact, except through his solicitor, with LTTE members, officials, executives, representatives, spokespersons, or coordinators, including individuals in any way linked to the LTTE offices outside Canada; as for example, the Tamil Information Centre in London, England, LTTE's International Secretariat in London, England, or Paris, France, or in any other

au comptant auprès de l'intimé, qui la détiendra pour le compte du gouvernement du Canada jusqu'à ce que celui-ci renvoie le requérant Suresh hors du Canada, après quoi cette somme, intérêts y compris, sera restituée à la ou aux personnes qui l'auront déposée.

2. Xavier Noble Arasaratnam constituera un cautionnement d'exécution de cent cinquante mille dollars (150 000 \$) au profit du gouvernement du Canada, et engagera auprès de celui-ci sa maison qu'il habite au 6136 Silken Lauman Way, Mississauga (Ontario).

3. Une fois remis en liberté, Suresh se présentera une fois par semaine au centre de contrôle de l'immigration au 60, rue Richmond est, Toronto (Ontario), au jour et à l'heure fixés par le représentant de l'intimé.

4. Suresh résidera chez Xavier Noble Arasaratnam, au 6136 Silken Lauman Way, Mississauga (Ontario) L5V 1A2.

5. Au cas où, pour quelque raison que ce soit, M. Arasaratnam déménagerait, Suresh devra en prévenir le CIC et obtenir la permission de l'intimé pour changer d'adresse.

6. Cette condition n'interdit pas les visites occasionnelles chez Ramalashmy Jayavaman Sivasway au 5, Greystone Wall, appartement 1711, où il pourra passer la nuit.

7. Durant sa période de liberté, Suresh doit respecter l'ordre et la paix, et se conduire comme il convient.

8. Il restera dans un rayon de cinquante (50) kilomètres de la ville de Toronto, et ne s'en éloignera pas sans la permission du CIC.

9. Il lui est interdit de communiquer, directement ou indirectement, sauf par l'intermédiaire de son avocat, M<sup>me</sup> Jackman, ou des employés de cette dernière (ses secrétaire, auxiliaire parajuridique ou étudiant stagiaire) et ce uniquement aux fins de préparation pour la procédure judiciaire ou en vue de trouver un pays tiers d'accueil, avec l'un quelconque des dirigeants ou employés du WTM, ou des groupes affiliés comme WTA Montréal, ETA B.C. Vancouver, WTCC Ottawa, ou avec l'un quelconque des dirigeants ou employés du FACT ou du TESC; il lui est aussi interdit de visiter, pour quelque raison que ce soit, les bureaux de ces organisations.

10. Il lui est interdit de communiquer, directement ou indirectement, sauf par l'intermédiaire de son avocat, avec des membres, dirigeants, représentants, porte-parole, coordonnateurs des LTTE, y compris les individus ayant un lien, quel qu'il soit, avec des bureaux des LTTE à l'extérieur du Canada, tels le Centre d'information tamoul à Londres (Angleterre), le Secrétariat international des LTTE à Londres

country.

11. Suresh shall not be involved directly or indirectly in any activities, including protests, demonstrations or rallies of any kind or for any cause related to or not related to the LTTE, WTM, WTA Montreal, ETA B.C. Vancouver, or WTCC, Ottawa.

12. Suresh shall surrender to Canadian Immigration authorities his passport and all other travel documents while out of detention (if he has any such documents).

13. If Suresh agrees in writing to abide by these terms and conditions while out of detention, then he is to be released from detention.

[6] All of the aforementioned conditions were agreed to by the appellant and his solicitor, Mrs. Barbara Jackman. Indeed, Mrs. Jackman appears to have taken an active role in the formulation of the conditions surrounding the appellant's release. He now appeals that order on the grounds that paragraphs 9, 10 and 11 of the said order infringe his and other individuals rights to freedom of expression and association as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The appellant did not voice his objections to the terms of the order before the Trial Judge, nonetheless, Mrs. Jackman reserved the right to attack the order on constitutional grounds. There is some dispute, however, over whether her reservation applies to the constitutionality of the provisions of the Act itself or whether it applies to the actual terms and conditions of the order.

[7] The Minister argues that the appellant has waived his Charter rights by consenting in testimony and in writing to the imposition of strict conditions for his release from detention. The Minister claims that had the appellant wished to challenge the order he should have done so before the Trial Judge. The appellant claims to have reserved the right to attack the terms of the order and specifically did not raise the constitutional issues with the Trial Judge as previous decisions rendered at the trial level state that a judge hearing these cases lacks jurisdiction to hear constitutional arguments. The decisions cited by the

(Angleterre) ou Paris (France), ou dans n'importe quel autre pays.

11. Il lui est interdit de prendre part, directement ou indirectement, à quelque activité que ce soit, ce qui s'entend également des protestations publiques, manifestations ou rassemblements de quelque genre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, que cette activité ait un rapport ou non avec les LTTE, le WTM, WTA Montréal, ETA B.C. Vancouver ou WTCC Ottawa.

12. Suresh remettra aux autorités de l'immigration du Canada son passeport et tous autres titres de voyage (le cas échéant) pendant sa période de liberté.

13. Si Suresh s'engage par écrit à se conformer à ces conditions pendant sa période de liberté, il sera remis en liberté.

[6] Toutes ces conditions ont été acceptées par l'appelant et par son avocate, M<sup>me</sup> Barbara Jackman, laquelle avait d'ailleurs pris une part active dans leur formulation. L'appelant conteste maintenant l'ordonnance de remise en liberté par ce motif que les paragraphes 9, 10 et 11 portent atteinte à la liberté d'expression et d'association que la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]] garantit à lui-même et à d'autres. Il ne s'était pas opposé aux dispositions de l'ordonnance devant le juge de première instance, mais M<sup>me</sup> Jackman s'est réservé le droit d'en contester la constitutionnalité. On ne sait cependant pas trop si cette réserve portait sur la constitutionnalité des dispositions de la Loi elle-même ou sur les conditions imposées par l'ordonnance.

[7] Le ministre soutient que l'appelant a renoncé aux droits qu'il tient de la Charte en consentant, de vive voix à l'audience et par écrit, aux strictes conditions imposées pour sa remise en liberté; et que s'il avait voulu contester l'ordonnance, il aurait dû le faire devant le juge de première instance. L'appelant prétend qu'il s'est réservé le droit d'attaquer les conditions de l'ordonnance et, plus particulièrement, qu'il n'a pas soulevé la question constitutionnelle devant le juge de première instance parce que selon des décisions de première instance antérieures, le juge saisi d'une demande de ce genre n'a pas compétence

appellant as standing for this proposition are: *Suresh v. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (F.C.T.D.) (a decision of Cullen J.); *Re Baroud* (1995), 98 F.T.R. 99 (F.C.T.D.) (a decision of Denault J.); and *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 616 (T.D.) (a decision of Rothstein J.).

[8] This Court as an appeal court finds itself in the awkward position of being the first body to hear the constitutional arguments. As an appeal court we lack the advantage of having heard the witnesses (which in this case involved 50 days of hearings on the reasonableness issue plus further evidence received on the application for release, some of which evidence was received *ex parte* and *in camera*). We are not in a position for determining issues of credibility with respect to these witnesses and we do not have a full factual record before us. A full factual record is especially vital to the section 1 Charter issue. For these reasons, and for the reasons to be elaborated on below, I am of the view that an appeal court should not be the court of first instance in a subsection 40.1(8) application to hear Charter arguments concerning the terms of an order rendered pursuant to this subsection. In my view, the appropriate procedure to follow is to raise any constitutional concerns at the trial level.<sup>2</sup> Clearly a designated judge hearing a subsection 40.1(8) application is in the best position to rule on any Charter issues. Indeed, a designated judge is compelled to consider whether an order he or she makes has any constitutional implications. If the designated judge decides in the first instance that *prima facie* a Charter right might be infringed by the terms of an order, he is in the best position, after hearing all the evidence, to determine whether, given security concerns, the terms of the order can be upheld under section 1 of the Charter. In doing so he may have to consider whether the application of Charter requirements to an order made under subsection 40.1(9) involved a determination of the “constitutional applicability” of that subsection, thus giving rise to the notice requirements of section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. This matter was not argued before us.

pour entendre les arguments constitutionnels. Il cite à ce propos *Suresh c. Canada* (1996), 34 C.R.R. (2d) 337 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (décision du juge Cullen); *Re Baroud* (1995), 98 F.T.R. 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (décision du juge Denault); et *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 3 C.F. 616 (1<sup>re</sup> inst.) (décision du juge Rothstein).

[8] Notre Cour, en tant que cour d’appel, se trouve dans une situation délicate puisqu’elle est saisie de questions constitutionnelles qui n’ont pas été soulevées en première instance. En tant que cour d’appel, nous n’avons pas le bénéfice de l’audition des témoins (qui a nécessité en l’espèce 50 jours d’audience sur la question de savoir si l’attestation de risque de sécurité était raisonnable ou non, sans compter les témoignages relatifs à la demande de remise en liberté, dont certains ont été entendus hors de la présence de la partie adverse, à huis clos). Nous ne sommes pas en mesure de jauger la crédibilité de ces témoins et nous n’avons pas à notre disposition tous les faits de la cause. Un dossier intégral des faits est indispensable pour le jugement de points litigieux touchant à la Charte. Par ce motif et par les motifs *infra*, je conclus qu’en cas de demande fondée sur le paragraphe 40.1(8), la cour d’appel ne devrait pas être la juridiction de première instance à entendre les arguments tirés de la Charte sur les conditions d’une ordonnance rendue sous le régime de ce même paragraphe. À mon avis, la procédure à suivre consiste à soulever les questions constitutionnelles en première instance<sup>2</sup>. Il est indubitable que le juge délégué pour entendre une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8) est le mieux placé pour se prononcer sur des points litigieux touchant à la Charte. En effet, il est obligé de considérer si l’ordonnance qu’il rend soulève des questions constitutionnelles. S’il décide en première instance que, sauf preuve du contraire, un droit garanti par la Charte pourrait être touché par les dispositions de l’ordonnance, il est le mieux placé, après avoir entendu tous les témoignages, pour décider si, étant donné les inquiétudes en matière de sécurité, ces conditions sont valides au regard de l’article premier de la Charte. Ce faisant, il aurait peut-être à examiner si l’application des prescriptions de la Charte à une ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9) nécessite l’examen de «l’applicabilité» au

[9] With respect to the jurisdiction issue, I am convinced that there is nothing in the Act limiting a designated judge on jurisdictional grounds from considering constitutional issues on a subsection 40.1(8) application. The cases cited by the appellant as standing for the proposition that constitutional issues can not be considered are, in any event, easily distinguished on their facts.

[10] In *Baroud, supra*, Denault J. was called on to consider under paragraph 40.1(4)(d) of the Act whether a security certificate signed and filed by the Solicitor General of Canada and the Minister of Immigration and Citizenship was reasonable. In reaching his decision that the certificate was reasonable, he stated at page 108: “I have an obligation to enforce the applicable legislation and, in the context of this hearing, it is not my role to determine whether the section in question is contrary to the rights and liberties guaranteed by the **Canadian Charter of Rights and Freedoms**.” In *Suresh, supra*, Cullen J. considered the very same provision of the *Immigration Act*. In discussing the issue of jurisdiction he stated [at page 340]:

At issue is whether Mr. Justice Teitelbaum, sitting as the designated judge, has jurisdiction to hear the applicant’s *Charter* arguments and, if required, issue a *Charter* remedy.

Earlier decisions of this court determined that a designated judge was without jurisdiction to hear *Charter* issues. In the case of *Re Shandi . . .*, I stated:

I ruled that the constitutionality of sections of the *Immigration Act* could not be challenged at the hearing but that I would accept arguments based on the possibility that the *Charter* rights of the applicant had not been met. This latter pronouncement by me was in error and conformed with the dissenting judgment of Lamer J. of the Supreme Court of Canada in *United States v. Allard . . .* but not with the majority decision of McIntyre J. in *R. v. Mills . . .*

regard de la Constitution» de cette disposition, mettant ainsi en jeu l’impératif d’avis de l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)]. Cette question n’a pas été débattue devant la Cour.

[9] Pour ce qui est de la compétence, je suis convaincu que la Loi ne comporte aucune disposition déniaut au juge délégué la compétence pour connaître des questions constitutionnelles relatives à une demande fondée sur le paragraphe 40.1(8). Quoi qu’il en soit, les précédents cités par l’appelant comme posant que le juge délégué ne peut connaître des questions constitutionnelles portent sur des faits n’ayant aucun rapport avec les faits de la cause en instance.

[10] Dans *Baroud, supra*, le juge Denault était appelé à décider, en application de l’alinéa 40.1(4)d), si une attestation de risque de sécurité signée et déposée par le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration était raisonnable. Concluant qu’elle l’était, il a fait observer en page 108: «J’ai l’obligation d’appliquer la loi pertinente et, dans le contexte de la présente audience, il ne m’appartient pas de décider si la disposition en cause est contraire aux droits et libertés garantis par la **Charte canadienne des droits et libertés**». Dans *Suresh, supra*, le juge Cullen, saisi en application de la même disposition, a tiré la conclusion suivante au sujet de la question de compétence [à la page 340]:

La question est de savoir si M. le juge Teitelbaum, comme juge délégué, est compétent pour entendre les arguments du requérant en vertu de la *Charte* et, s’il y a lieu, pour accorder une réparation en vertu de la *Charte*.

Des décisions antérieures de cette Cour ont établi que les juges délégués ne sont pas compétents pour trancher les questions relevant de la *Charte*. Dans l’affaire *Re Shandi . . .*, j’ai déclaré ce qui suit:

. . . J’ai déclaré que la constitutionnalité de certains articles de la *Loi sur l’immigration* ne pouvait être contestée à l’audition, mais que j’entendrais des moyens fondés sur la possibilité que les droits garantis au demandeur par la *Charte* ont été violés. Cette dernière décision était erronée et conforme au jugement dissident rendu par le juge Lamer de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *United States c. Allard . . .* mais non pas à la décision majoritaire prononcée par le juge McIntyre dans l’affaire *R. c. Mills . . .*

In *Re Baroud* . . . Denault J found that the role of the court was to enforce the applicable legislation and, in the context of a s. 40.1 hearing, it was not the role of the Court to “determine whether the section in question is contrary to the rights and liberties guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.” However, in both of these cases, the respondent ministers argued that the court was without jurisdiction and the issue was not otherwise fully explored. While I do not agree with the applicant that these cases were wrongly decided, I was willing to consider the applicant’s arguments.

[11] After considering the jurisdiction issue, Cullen J. concluded that provided the designated judge has jurisdiction over the whole of the matter before him or her—the parties, the subject-matter and the remedy sought—the judge has jurisdiction to hear constitutional arguments. He found that because paragraph 40.1(4)(d) of the Act only gave the designated judge jurisdiction to consider the reasonableness of the certificate, constitutional arguments could not be entertained.

[12] I would note that a prominent factor giving rise to Cullen J.’s decision in *Suresh* was that subsection 40.1(6) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] of the Act sets out that a determination under paragraph 40.1(4)(d) is not subject to appeal or review by any court.<sup>3</sup> There is no such corresponding limit pertaining to subsection 40.1(8) of the Act. Further, both *Suresh* and *Baroud* were concerned with attacking the constitutionality of an entire section of the Act (for instance, in *Suresh*, clauses 19(1)(e)(iv)(C) and 19(1)(f)(iii)(B)) whereas in the case at bar, we are concerned only with the constitutionality of the terms of an order made by the designated judge. These cases are, therefore, distinguishable on the ground that they arose under a different section of the Act which limits any right of appeal and on the ground that they were concerned with entirely different issues.

[13] Thus, I find that a designated judge under subsection 40.1(8) of the Act has jurisdiction to entertain Charter arguments with respect to the constitutionality of the terms of any order made under subsection 40.1(9) of the Act. Indeed, a designated judge is compelled to consider the constitutionality of any order he or she makes pursuant to this subsection.

Dans *Re Baroud* . . . , le juge Denault a conclu que le rôle de la Cour est d’exécuter la législation applicable et que, dans le cadre d’une audience ayant trait à l’art. 40.1, il ne lui «appartient pas de décider si la disposition en cause est contraire aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*». Cela dit, dans les deux instances, les ministres intimés ont fait valoir que la Cour n’était pas compétente, et la question n’a donc pas été par ailleurs explorée exhaustivement. Je ne crois pas, contrairement au requérant, que les décisions rendues dans ces instances soient erronées, mais je suis disposé à envisager les arguments du requérant.

[11] Sur la question de compétence, le juge Cullen a conclu qu’à condition d’avoir compétence sur toute la ligne, c’est-à-dire à la fois sur les parties, la question litigieuse et le redressement recherché, le juge délégué a compétence pour entendre les arguments constitutionnels. Il se trouve que dans cette affaire, l’alinéa 40.1(4)d) de la Loi ne l’habilitait qu’à examiner si l’attestation était raisonnable, il ne pouvait donc connaître des questions constitutionnelles.

[12] J’estime qu’un facteur primordial qui présidait à la décision du juge Cullen dans *Suresh* était que le paragraphe 40.1(6) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 29, art. 4] de la Loi prévoit que la décision rendue sous le régime de l’alinéa 40.1(4)d) est sans appel<sup>3</sup>. Rien de tel n’est prévu à l’égard de la décision rendue en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi. Qui plus est, il y avait dans *Suresh* comme dans *Baroud* remise en question de toute une disposition de la Loi (par exemple les divisions 19(1)e)(iv)(C) et 19(1)f)(iii)(B) dans *Suresh*), alors qu’en l’espèce, est seule en cause la constitutionnalité des conditions de l’ordonnance rendue par le juge délégué. On peut donc distinguer l’affaire en instance des causes citées, en ce qu’elles se rapportaient à une autre disposition de la Loi qui exclut le droit d’appel et qu’elles portaient sur des points litigieux entièrement différents.

[13] Je conclus donc que le juge délégué en application du paragraphe 40.1(8) de la Loi a compétence pour connaître des arguments tirés de la Charte sur la constitutionnalité des conditions de l’ordonnance rendue sous le régime du paragraphe 40.1(9). De fait, il est tenu d’en considérer la constitutionnalité. À la différence de la procédure visée au paragraphe

Unlike a proceeding under subsection 40.1(4) he has the remedy available: namely, the appropriate wording of the release conditions. It must be emphasized that in this case the designated judge did not wrongly refuse to exercise that jurisdiction: he was never asked by the appellant. Having found that the designated Trial Judge had jurisdiction to consider the Charter issues, I am of the view that the most appropriate course of action is to send the Charter issues back to him for consideration as he has the benefit of being the only one to have before him a full factual record and of having heard any relevant testimony on this issue. As a judge issuing a release order he can exercise a continuing jurisdiction as to its impact, including considering the appellant's argument that in its operation the order is unconstitutionally curtailing his liberties. He is also in the best position to decide whether the events that passed before him amounted to a waiver by the appellant of any future right to have the order itself reviewed on constitutional grounds.

[14] I would note, however, that the word "activities" and the phrase "related or not related to" as found in paragraph 11 are not defined in the order and thus appear to be excessively broad. Taken literally, paragraph 11 would preclude the appellant from even enjoying a game of golf. The words "or not related to" should, therefore, be deleted from paragraph 11. The designated Trial Judge should also provide a definition of "activity" for the purposes of clarity since the term is broad and it will be necessary for the appellant to determine clearly whether any actions of his will result in a breach of one of the imposed conditions.

[15] I would allow the appeal to the extent of remitting the matter back to the designated Trial Division Judge to determine whether or not the conditions imposed by the release order are in accordance with the Charter. In the interim, the release order will remain in place to ensure the applicant does not return to jail, unless altered by the designated judge. The words "or not related" should be deleted from paragraph 11 of the order and the omitted word "contact" added after indirect in line 1 of paragraph 9 of the conditions (as agreed to by the respondent).

40.1(4), il dispose au départ du moyen de redressement, savoir la juste formulation des conditions de remise en liberté selon les circonstances. Il y a lieu de souligner qu'en l'espèce, le juge délégué n'a pas refusé à tort d'exercer cette compétence: l'appellant n'en a jamais fait la demande. Ayant conclu que le juge délégué a compétence pour connaître des questions touchant à la Charte, j'estime que le mieux à faire c'est de les lui renvoyer puisqu'il a l'avantage d'avoir été le seul à avoir été saisi de tous les faits de la cause et à avoir entendu les témoignages pertinents. Puisqu'il a rendu l'ordonnance de remise en liberté, il peut continuer à exercer sa compétence pour en surveiller les effets, ce qui s'entend également du fait d'examiner l'argument proposé par l'appellant que cette ordonnance a pour effet de porter atteinte à ses libertés, que protège la Constitution. Il est aussi le mieux placé pour décider si ce qui se passait à l'audience qu'il présidait valait renonciation de la part de l'appellant à tout droit futur de demander la révision de l'ordonnance par des motifs constitutionnels.

[14] Je tiens cependant à noter que le terme «activité» et le membre de phrase «que cette activité ait un rapport ou non avec» figurant au paragraphe 11 ne sont pas définis dans l'ordonnance. Entendu littéralement, ce paragraphe 11 interdirait même à l'appellant de jouer une partie de golf. Il faut donc remplacer ce membre de phrase par les mots «laquelle activité a un rapport avec». Il faut aussi que le juge de première instance donne une définition du terme «activité» pour plus de clarté puisque ce terme a une acception très large et l'appellant aura besoin de juger clairement si quelque activité de sa part aura pour effet de violer l'une quelconque des conditions imposées.

[15] Je me prononce pour l'accueil de l'appel par le renvoi de l'affaire au juge délégué de la Section de première instance pour qu'il examine si les conditions attachées à l'ordonnance de remise en liberté sont conformes à la Charte. Dans l'intervalle, l'ordonnance de remise en liberté demeure en vigueur afin que l'appellant ne retourne pas en prison, sauf modification par le juge délégué. Les mots «que cette activité ait un rapport ou non avec» figurant au paragraphe 11 des conditions de remise en liberté sont remplacés par les mots «laquelle activité a un rapport avec», et dans le



There will be no order as to costs.

STRAYER J.A.: I agree.

HENRY D.J.: I agree.

<sup>1</sup> These sections provide as follows:

19. (1) . . .

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

. . .

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

. . .

(B) terrorism;

<sup>2</sup> See for example *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671, at p. 679.

<sup>3</sup> This section provides: "A determination under paragraph (4)(d) is not subject to appeal or review by any court."

texte anglais, le mot «*contact*» est ajouté à la première ligne du paragraphe 9, immédiatement après le mot «*indirect*» (comme convenu par l'intimé). La Cour ne prononce pas sur les frais et dépens.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris aux motifs ci-dessus.

<sup>1</sup> Voici ce que prévoient ces dispositions:

19. (1) . . .

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

. . .

(iv) . . . sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle:

. . .

(C) . . . commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles:

. . .

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée:

. . .

(B) . . . à des actes de terrorisme,

<sup>2</sup> Voir par exemple *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, à la p. 679.

<sup>3</sup> Cette disposition porte: «La décision visée à l'alinéa (4)d) ne peut être portée en appel ni être revue par aucun tribunal».