

Les Cahiers de droit



L'exécutif et ses documents : orientation récente du droit canadien

Henri Brun

Volume 15, Number 3, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/041977ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/041977ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Brun, H. (1974). L'exécutif et ses documents : orientation récente du droit canadien. *Les Cahiers de droit*, 15(3), 659–667. <https://doi.org/10.7202/041977ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1974

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'exécutif et ses documents : orientation récente du droit canadien

Henri BRUN *

Dans une livraison précédente des *Cahiers de Droit*, parue en février 1974, nous avons publié un texte ayant entre autres pour objet les problèmes soulevés par la production des documents de l'exécutif devant les tribunaux. Notre point de départ était le scandale du Watergate et le sort réservé aux documents de la Maison-Blanche s'y rapportant; notre intention était de faire certaines comparaisons entre les régimes de séparation des pouvoirs et les régimes de suprématie législative, relativement aux règles d'exception ayant pour but d'assurer aux exécutifs un certain degré d'intimité¹. Il n'est pas sans intérêt de mentionner que deux autres textes portant sur la question de la production des documents publics ont été simultanément publiés dans deux autres périodiques de droit canadien : la *Revue du Barreau Canadien*² et la *University of British Columbia Law Review*³. Ces deux textes n'ont pour objet que ce problème de droit judiciaire public soulevé par la production en cour des documents de l'exécutif, mais le matériel juridique étudié dans les trois cas est le même pour une grosse moitié.

La publication simultanée des trois articles n'est peut-être pas le pur effet du hasard. Même en dehors de la manifestation tapageuse issue de l'affaire du Watergate, les relations entre les judiciaires et l'exécutif, relativement à la maîtrise ultime des documents de ce dernier, étaient en voie de devenir de plus en plus litigieuses. Nous en voulons pour illustration le fait que trois jugements importants aient été rendus et publiés en la matière depuis que nous avons rédigé notre texte à l'automne 1973. Ces décisions n'affectent pas nos conclusions générales, mais elles modifient de façon assez importante la relation existant sur le sujet entre le droit canadien et le droit anglais. Une

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval, présentement en année sabbatique à l'Université de Cambridge, en Grande-Bretagne.

1. « La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif », (1973) 14 *C. de D.* 387.
2. S. I. BUSHNELL, « Crown Privilege », (1973) 51 *R. du B. Can.* 551.
3. S. N. LEDERMAN, « The Crown's Right to Suppress Information Sought in the Litigation Process: The Elusive Public Interest », (1973) 8 *U.B.C. L. Rev.* 272.

de ces décisions émane de la Chambre des lords⁴, les deux autres de la Cour d'appel fédéral⁵.

Déjà, en 1972, la Chambre des lords avait eu l'occasion de se prononcer au sujet du privilège dont jouit l'exécutif, en *common law*, de refuser dans certains cas de déposer en cours des documents dont il a la disposition⁶. Elle avait alors confirmé l'existence de ce privilège, dans un contexte dont il faut toutefois noter le caractère particulier. Malgré ces circonstances de fait, le privilège fut affirmé clairement, et il ne change rien à cet égard que la Cour ait réitéré qu'il ne s'agit pas vraiment d'un privilège de la Couronne, mais bien plutôt d'un intérêt public de la fonction exécutive, auquel il convient d'opposer l'intérêt public divergent de la fonction judiciaire. Surtout, l'idée qu'existent des *catégories* de documents, dont même l'examen échappe aux tribunaux, s'y trouvait confirmée. D'une façon générale, ce droit d'exception avait pour fondement la nécessité qu'il en soit ainsi pour que les organes exécutifs impliqués puissent s'acquitter de leurs tâches⁷.

L'année suivante, en 1973, la Chambre des lords a rendu un premier jugement qui semble à première vue limiter la portée des droits exceptionnels de l'exécutif⁸. Dans les faits, cette décision surprend, car les circonstances de l'affaire ne différaient pas, essentiellement, de celles de l'affaire de 1972⁹. Seules les intentions des appelants différaient vraiment... D'ailleurs, elle renversait le jugement qu'avait rendu en cette cause la Cour d'appel¹⁰. En droit, par contre, cette décision, si on l'examine de près, ne contribue pas tellement à circonscrire les pouvoirs de l'exécutif. Au contraire, même, semble-t-il. La Cour a simplement considéré que, dans les circonstances, l'intérêt public de la fonction judiciaire l'emportait sur l'intérêt public de l'efficacité gouvernementale. Elle est parvenue à cette conclusion en considérant, selon le critère déjà admis, les besoins des organes exécutifs eux-mêmes. Mais elle l'a fait aussi à partir d'un autre critère, dont elle se trouvait du même coup à accréditer la pertinence en faveur de l'exécutif : celui du tort pouvant être causé aux tiers auteurs des documents dont l'exécutif a le contrôle¹¹. En revanche, elle n'a pas admis, du moins en absolu, l'argument fondé sur la confidentialité de tels documents, et elle n'est pas revenue sur l'idée de l'existence de catégories de documents privilégiés.

4. *Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise* (No. 2), (1973) 2 All E.R. 1169 (H.L.).

5. *Blais v. Ministre Andras*, [1972] C.F. 958 (appel); *M.R.N. v. Huron Steel Fabricators*, [1973] C.F. 808 (appel).

6. *Rogers v. Secretary of State*, (1972) 2 All E.R. 1057 (H.L.).

7. *Loc. cit. supra*, note 1, à la p. 402.

8. *Norwich Pharmacal Co. v. Commissioners of Customs and Excise*, (1973) 2 All E.R. 943 (H.L.).

9. *Loc. cit. supra*, note 1, à la p. 403.

10. (1972) 3 All E.R. 813 (C.A.).

11. *Loc. cit. supra*, note 8, aux pp. 949 (lord REID), 954 (lord MORRIS), 962 (vicomte DILHORNE), 969 (lord CROSS) et 976 (lord KILBRANDON).

Dans un second jugement rendu en 1973, la Chambre des lords a été amenée à trancher de nouveau en faveur du privilège exécutif¹². Elle l'a fait en des termes qui accroissent l'importance de celui-ci, sa décision confirmant partiellement à cet égard celle de la Cour d'appel¹³. Au moment d'écrire notre texte, à l'automne de 1973, ce jugement n'était pas encore publié, nous ne le connaissions que par les journaux¹⁴.

Dans cette affaire, l'appelante était une compagnie spécialisée dans la fabrication de machines de jeux. Les taxes de vente qu'elle payait étaient calculées à partir d'une méthode agréée par les intimés, relativement à la valeur des machines qu'elle produisait. À un certain moment, elle fit savoir aux intimés, en bonne et due forme, qu'elle répudiait cette entente et qu'elle voulait que le montant des taxes de vente qu'elle devait payer fasse l'objet d'un arbitrage. À partir de cette date, les intimés procédèrent à l'évaluation des produits de l'appelante, par tous les moyens utiles à cette fin. Leurs conclusions furent rejetées par l'appelante, qui a insisté pour que l'affaire fasse l'objet d'un arbitrage, comme la loi lui en donnait le droit. À l'arbitrage, les intimés se sont opposés à la production de quatre *catégories* de documents, à savoir :

- 1 – ceux relatifs aux communications ayant eu lieu entre eux et leur avocat, pour avis ;
- 2 – ceux relatifs aux communications ayant eu lieu entre eux et leur avocat, en vue du litige ;
- 3 – tous les documents administratifs internes de leur service, rédigés à partir du moment où l'arbitrage était en vue ;
- 4 – enfin, tous les documents reçus de tiers en vue de l'arbitrage.

Parlant pour la Cour, lord Cross a considéré que les intimés ne pouvaient s'opposer à la production des documents de la catégorie 4, pour la seule raison que ces documents appartenaient à des tiers, ou pour le seul motif que ceux-ci avaient été confiés à titre confidentiel, pour des fins spécifiques seulement¹⁵. Sur ce, il contredisait la Cour d'appel¹⁶.

De même, lord Cross, pour quatre juges sur cinq cette fois, a considéré que la production des documents des catégories 3 et 4 ne pouvaient pas, en l'espèce, être refusée pour le motif qu'ils avaient été rédigés ou obtenus en fonction du litige¹⁷. Il est parvenu à cette conclusion parce qu'il a estimé que ces documents n'avaient pas été obtenus dans le but premier que l'avocat des intimés s'en serve pour préparer sa cause. Tacitement, la Cour, à l'unanimité

12. *Crompton Amusement Machines Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise*, (1973) 2 All E.R. 1169 (H.L.).

13. (1972) 2 All E.R. 353 (C.A.).

14. *Loc. cit. supra*, note 1, à la p. 403.

15. *Loc. cit. supra*, note 12, à la p. 1181. L'expression utilisée en anglais est « in confidence », mais elle semble vraiment signifier plus, dans le présent contexte, que simplement « à titre confidentiel ».

16. *Loc. cit. supra*, note 13, à la p. 380 (lord DENNING, pour la Cour).

17. *Loc. cit. supra*, note 12, aux pp. 1182-3, le vicomte DILHORNE étant dissident sur ce point (p. 1175).

sur ce point, s'est toutefois trouvée à admettre le bien-fondé de l'argument en faveur de toute la *catégorie* des documents vraiment obtenus en vue d'un litige. À l'endroit des *catégories* 1 et 2, par contre, ce privilège a été admis à l'unanimité, abstraction faite de ce que le litige ait été ou non réellement en perspective¹⁸.

Parlant à nouveau au nom de la Cour sur ce dernier point, lord Cross a enfin admis que les documents des *catégories* 3 et 4 ne devaient pas être produits. Son motif global est évidemment l'intérêt public. En l'occurrence, il déduit cet intérêt public de l'impératif de confidentialité, même s'il n'admet pas celui-ci en absolu. Il le déduit du fait que les tiers informateurs pourraient se trouver affectés si les informations fournies par eux étaient dévoilées. Il déduit de plus cet intérêt public de la crainte qu'il a que les intimés aient à l'avenir de la difficulté à obtenir les informations dont ils pourront avoir besoin et que, partant, ils auront plus de difficulté à appliquer efficacement la loi qui les régit, même s'ils jouissent par ailleurs des pouvoirs requis pour obtenir de force ces informations. Lord Cross précise qu'il ne trouve pas du tout ces arguments farfelus. Enfin, il conclut à l'existence d'une sorte de présomption en faveur du privilège de l'exécutif, laquelle doit permettre à ce dernier de l'emporter lorsque le poids des arguments en faveur de l'intérêt public de la fonction exécutive équivaut au poids des arguments en faveur de l'intérêt public de la fonction judiciaire¹⁹.

Ces arrêts de la Chambre des lords, que nous venons d'évoquer, et surtout le dernier d'entre eux, donnent à penser que le droit anglais, en ce qui regarde le privilège de l'exécutif de s'opposer à la production de documents publics en cour, n'est pas promis à une évolution imminente. En 1968, l'arrêt *Conway* a précisé ce droit dans un sens libéral. On y a établi le principe qu'il appartient normalement au tribunal de décider si le gouvernement a raison de s'opposer à la production d'un document²⁰. Toutefois, il a continué d'être admis qu'existent aussi des *catégories* de documents dont la maîtrise appartient exclusivement à l'exécutif²¹. Et il semble bien que le nombre de ces catégories ait tendance à augmenter. De plus, les arguments pouvant fonder l'exemption de documents particuliers paraissent également se multiplier.

Au Canada, le Parlement fédéral, en 1970, à la lumière de l'arrêt *Conway*, a limité législativement le nombre de *catégories* de documents dont le gouvernement fédéral peut empêcher unilatéralement la production, sans intervention de la cour²². Nous maintenons cette interprétation de la *Loi de la Cour fédérale* que nous avançons à l'automne de 1973²³.

À l'égard de quatre catégories de documents, l'article 41(2) de la *Loi de la Cour fédérale* interdit l'examen à la pièce par la cour, de façon expresse. À

18. *Idem*, à la p. 1182 (lord CROSS, pour 4 juges sur 5) et à la p. 1175 (vicomte DILHORNE).

19. *Idem*, aux pp. 1183-4.

20. *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.).

21. *Idem*, aux pp. 952, 971, 973, 980 et 993 (cinq juges sur cinq); *loc. cit. supra*, note 1, à la p. 401.

22. *Loi de la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1, art. 41.

23. *Loc. cit. supra*, note 1, à la p. 403.

nos yeux, il en serait ainsi même en l'absence de cette interdiction. Sans quoi l'existence de catégories serait inutile, comme il serait également inutile d'exiger qu'un ministre certifie par affidavit qu'un document en particulier fait bien partie d'une de ces catégories pour que la chose soit admise par la cour. Ce qui n'empêche pas que le contenu de certaines de ces catégories, les deux dernières en particulier, puissent connaître à l'usage, de la part du gouvernement fédéral, une interprétation relativement extensive. Respectivement, ces catégories comprennent les documents dont la production ou la communication :

- 1 – serait préjudiciable aux relations internationales ;
- 2 – ... à la défense ou à la sécurité nationale ;
- 3 – ... aux relations fédérales-provinciales ;
- 4 – dévoilerait une communication confidentielle du Cabinet fédéral.

En dehors de ces quatre catégories, la cour peut, à l'inverse, examiner tout document à la production duquel un ministre s'oppose. Cet examen a pour objectif, aux termes mêmes de la loi, de lui permettre de voir si, « ... dans les circonstances de l'espèce (...), (...) l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit »²⁴. C'est à partir des conclusions auxquelles elle parviendra à cet égard qu'elle pourra ordonner la production du document ou la communication de sa teneur aux parties, sous les restrictions ou conditions qu'elle pourra juger appropriées. La démarche de la cour a pour objet le document mis en cause. Dans ces conditions, nous ne voyons pas comment il serait possible ou, tout au moins, utile, que les tribunaux acceptent de créer de nouvelles catégories privilégiées : dans tous les cas, outre les catégories reconnues par la loi, les tribunaux sont habilités à examiner tout document, non pas pour voir si celui-ci fait partie d'une catégorie privilégiée, mais bien pour voir si, dans le contexte particulier de l'affaire, l'intérêt public justifie que ce document précis ne soit pas produit. L'article 41(1) de la *Loi de la Cour fédérale* parle aussi de catégorie, il est vrai, mais il nous semble bien que cette mention n'a aucune signification particulière. De la même façon qu'il nous semble parfaitement inutile, dans ce contexte, de requérir qu'un ministre certifie par affidavit que le document impliqué « ... fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait, (...), ne pas exiger la production et la communication... » : en aucun cas la cour n'est obligée d'accepter sans examen la parole du ministre.

La Cour d'appel fédérale a rendu deux décisions importantes, récemment, au sujet de cet article 41(1) de la *Loi de la Cour fédérale*. Ces deux décisions sont le fait du juge Thurlow, et elles manifestent une orientation

24. *Loc. cit. supra*, note 22, art. 41(1). Il nous semble qu'une législation comme celle de l'art. 41 de la *Loi de la Cour fédérale* est telle qu'elle ne permet pas la survie d'un résidu de prérogative royale en la matière : ces dispositions visent clairement le secret des documents de l'exécutif fédéral, c'est leur seul but ; elles assortissent par ailleurs l'exercice du droit de l'exécutif de conditions restrictives, sans préciser que subsiste un droit de prérogative. Voir S. A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, Londres, 1971, pp. 122-3.

fondamentale résolument libérale. Quant à savoir si 41(1) peut permettre que les tribunaux puissent utilement engendrer d'autres catégories de documents privilégiés que celles énumérées à 41(2), il semble qu'on s'approche du point de vérité.

Les circonstances essentielles de l'affaire *Blais v. Ministre Andras* sont les suivantes²⁵. Le ministre, à la suite d'un rapport émanant du surintendant des faillites, avait pris la décision de limiter la licence du syndic requérant, à la seule administration des successions déjà entre ses mains. Le requérant demanda à la Cour d'appel fédérale d'examiner cette décision du ministre, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il demanda, entre autres, que le rapport du surintendant lui soit communiqué. Le ministre, pour sa part, invoquant l'article 41(1) de la même loi, s'est opposé à ce que le rapport du surintendant soit produit en cour. Il a certifié, par affidavit comme le veut la loi, que ce rapport appartenait à « une catégorie de documents dont la production serait contraire à l'intérêt public », catégorie incluant les communications entre le surintendant et le ministre relatives à la mise en œuvre de la loi. Outre l'intérêt public, il a invoqué aussi le fait que des rapports semblables à celui qui était en cause étaient généralement basés sur des renseignements de nature confidentielle. Enfin, il a fait valoir qu'il avait informé par écrit le requérant des motifs justifiant sa décision²⁶.

Après avoir examiné le rapport du surintendant, la Cour, s'exprimant par l'entremise du juge Thurlow, a conclu qu'il n'y avait rien de confidentiel dans ce document et que sa divulgation ne pourrait pas porter préjudice à l'intérêt public²⁷. Toutefois, le juge Thurlow a ensuite admis qu'il y avait, pour l'exécutif, un autre moyen de s'opposer à la production du rapport, à savoir : démontrer que toute la catégorie à laquelle appartient ce rapport doit être exemptée. Même si la production du rapport en question est jugée non préjudiciable à l'intérêt public, sa production peut être néanmoins empêchée si la cour est convaincue que l'intérêt public interdit de divulguer tout document de la catégorie dont il fait partie²⁸. En l'occurrence, le juge Thurlow a rejeté la prétention que toutes les communications entretenues entre le surintendant des faillites et le ministre responsable, pour la mise en œuvre de la *Loi sur la faillite*, doivent faire l'objet d'un tel traitement. Il a trouvé que les arguments invoqués en ce sens, soit la sincérité et la confidentialité, ne suffisaient pas à justifier qu'une catégorie aussi large de documents soit soustraite à l'examen à la pièce²⁹. Enfin, il n'a pas admis qu'en informant le requérant des motifs de sa décision le ministre avait couvert le défaut de produire le rapport du surintendant. Il pourrait peut-être en être autrement, seulement si l'affidavit du ministre certifiait que le

25. [1972] C.F. 958 (appel).

26. *Idem*, aux pp. 960-1.

27. *Idem*, à la p. 962.

28. *Idem*.

29. *Idem*.

requérant a été parfaitement informé des allégations contenues dans le rapport³⁰.

Cette première décision de la Cour d'appel fédérale en la matière marque une évolution libéralisante de ce secteur du droit canadien³¹, et une aptitude à s'émanciper d'un droit anglais qui manifeste à ce chapitre des signes de régression³². Quant à l'idée que de nouvelles catégories de documents privilégiés puissent être définies, il nous semble bien que le juge Thurlow s'est laissé un moment égarer par la présence du mot *catégorie*, à l'article 41(1) de la loi, et par la teneur des allégations contenues dans l'affidavit du ministre.

Dans l'affaire *M.R.N. v. Huron Steel Fabricators*, le ministre appelant avait été amené à établir d'autorité les montants des cotisations de l'intimé à l'impôt sur le revenu pour certaines années³³. Pour écarter certaines déductions alléguées par l'intimé, à titre de dépenses, il s'est servi de déclarations de revenu d'une corporation depuis lors dissoute. L'intimé a contesté ces montants de cotisations et a demandé que soient produites les déclarations sur lesquelles le ministre s'était fondé, ce à quoi ce dernier s'est opposé, en s'appuyant sur l'article 41(1) de la *Loi de la Cour fédérale*. Le ministre a allégué que les déclarations de revenu de la corporation dissoute faisaient partie d'une *catégorie* de documents privilégiés comprenant les déclarations de revenu de tiers étrangers à un litige. Il a prétendu que leur production ou divulgation serait de nature à compromettre l'exhaustivité et la précision des déclarations de revenu à venir³⁴. Enfin, en appel, le ministre a ajouté un argument, tiré principalement des arrêts que venait de rendre la Cour d'appel d'Angleterre dans les affaires *Norwich* et *Crompton*³⁵, à savoir qu'un document confié par un particulier au gouvernement pour certaines fins ne doit pas, sans motifs très sérieux, être utilisé à d'autres fins³⁶.

Au nom de deux juges sur trois, le juge Thurlow a assimilé le premier argument à celui de la sincérité. Il n'a eu qu'à se montrer fidèle à lui-même³⁷, pour conclure que ce motif, seul, était faible et peu apte à engendrer une catégorie privilégiée de documents. Surtout lorsque l'exécutif dispose de moyens coercitifs susceptibles de garantir la véracité et l'exactitude des documents en question³⁸. Comme nous l'avons vu, la Chambre des lords ne devait pas prendre, sur ce point, la même orientation libéralisante³⁹.

30. *Idem*, à la p. 965.

31. Voir, par exemple, *Gronlund v. Hansen*, (1968) 68 D.L.R. (2d) 223 (B.C.C.A.); *loc. cit. supra*, note 1, à la p. 407.

32. Voir *supra*, note 19.

33. [1973] C.F. 808 (appel).

34. *Idem*, aux pp. 809-10.

35. *Supra*, notes 10 et 13.

36. *Loc. cit. supra*, note 33, à la p. 813.

37. *Supra*, note 29.

38. *Loc. cit. supra*, note 33, à la p. 810.

39. *Supra*, note 19.

Quant au second argument, il faut admettre que le juge Thurlow en dispose moins bien. Il confond cet argument et celui pouvant découler du seul caractère confidentiel du document impliqué⁴⁰, et se contente de conclure, de façon un peu étonnante, à partir de l'arrêt *Snider*⁴¹ et de son interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴², que les déclarations de revenu n'ont pas une nature confidentielle et qu'elles ne sont pas exemptées de la production en cour⁴³.

Enfin, le juge Thurlow conclut son jugement en des termes qui laissent penser qu'on est sur le point de se rendre compte qu'il n'y a plus, au fédéral, d'autres catégories de documents privilégiés que celles énoncées à l'article 41(2) de la *Loi de la Cour fédérale*. En effet, il termine en affirmant que l'article 41 lui «... semble consacrer dans la loi l'autorité de la Cour d'examiner un document au sujet duquel on demande une exemption (...) et de déterminer si l'intérêt public qui justifie l'exemption l'emporte sur l'intérêt public dans la bonne administration de la justice»⁴⁴. Il reste à constater que l'article 41 ne fait pas que consacrer ce droit des tribunaux; il le crée aussi ce droit, dans le cas des catégories de documents reconnues privilégiées en *common law* (de la même façon qu'il consacre l'inexistence de ce droit dans le cas de quatre catégories), parce qu'il permet, dans tous les autres cas, l'examen *ad hoc* du document particulier, dans les circonstances propres de l'affaire en cause. À toute fin pratique, il ne peut plus y avoir d'autres catégories de documents privilégiés, au fédéral, que ceux de 41(2).

Au Québec, il est toujours possible de se demander si l'article 308(3) du *Code de procédure civile* s'applique à la production en cour des documents du gouvernement du Québec. De par sa situation dans le *Code*, cette disposition vise l'audition des témoins en cour. Or la production de documents s'obtient normalement par l'assignation de «témoins» qui, une fois en cour pour procéder au dépôt des documents, sont dans une situation analogue à celle des témoins appelés à répondre oralement à des questions. Si tel est le cas, c'est dire que le Québec jouit du régime le plus libéral que nous connaissions: l'article 308(3) donne en effet le dernier mot au juge dans tous les cas, sans exception. Suivant ce point de vue, il n'y aurait plus, au Québec, depuis 1965⁴⁵, aucune catégorie de documents publics privilégiés. Comme il appartient en définitive au juge, dans tous les cas, de dire si l'ordre public permet à un fonctionnaire du gouvernement du Québec de refuser de répondre aux questions qui lui sont posées en cour, il appartiendrait également au juge, dans tous les cas, d'établir si l'exécutif québécois a raison de s'opposer à la production d'un document en cour.

40. *Loc. cit. supra*, note 33, à la p. 813.

41. *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *loc. cit. supra*, note 1, à la p. 406.

42. S.C. 1970-71-72, c. 63, a. 241.

43. *Loc. cit. supra*, note 33, à la p. 815.

44. *Idem*, à la p. 816.

45. Année d'entrée en vigueur du nouveau *Code*, les dispositions de l'ancien n'ayant pas du tout la même portée à cet égard.

Pourtant, nous hésitons à admettre que l'état du droit québécois soit tel qu'il autorise tout tribunal à forcer le gouvernement du Québec à produire devant lui n'importe quel de ses documents, de quelque *catégorie* que soit celui-ci, ne serait-ce que pour examen par les juges. Nous sommes porté à douter un peu que l'article 308(3) du *Code de procédure civile* vise assez clairement les droits de l'exécutif québécois sur les documents dont il a la disposition pour qu'il puisse avoir eu effet d'éliminer tout résidu de la prérogative royale relative au secret des documents publics⁴⁶.

S'il faut admettre qu'existent, au Québec aussi, des catégories de documents publics privilégiés, ces catégories sont celles jusqu'ici dégagées par la jurisprudence faisant autorité au Québec en droit public. Par ailleurs, l'ensemble de ce droit jurisprudentiel, que nous avons évoqué, est susceptible d'éclairer la décision particulière que le juge québécois est appelé à prendre dans les cas de tous les documents n'entrant pas dans une catégorie privilégiée. Sur ce chapitre, nous espérons que les décisions récentes rendues par le juge Thurlow, au nom de la Cour d'appel fédérale, influenceront les tribunaux québécois autant que la Cour suprême du Canada. Tout comme nous espérons que les décisions rendues subséquemment par la Chambre des lords ne feront changer d'idée ni le juge Thurlow ni la Cour fédérale.

46. Voir *supra*, note 24. Dans un arrêt rendu en 1964, la Cour suprême a appliqué l'article 332 de l'ancien *Code de procédure civile*, ancêtre formel de l'article 308(3) du présent *Code*, dans une affaire où il s'agissait, essentiellement, de l'audition d'un fonctionnaire en cour, mais où l'appelant avait aussi demandé que ce fonctionnaire, le secrétaire de la Commission des valeurs mobilières, produise une lettre précédemment reçue par la Commission. Voir *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73, à la p. 79 (le juge FAUTEUX, pour 6 juges sur 7). Il faut toutefois tenir compte de ce que cet article 332 n'avait absolument pas la portée de l'actuel article 308(3); son effet était plutôt carrément contraire. À toute fin pratique, il était une référence globale au privilège dont jouissait l'exécutif en *common law* en matière d'audition de témoins, alors que l'article 308(3) aurait pour portée de priver l'exécutif de toute prérogative déterminante sur les documents dont il dispose. Nous ne sommes pas du tout sûr que les tribunaux appliqueraient l'article 308(3) aux documents publics québécois de toute catégorie. Sur d'autres aspects importants de cette même question, voir P. GARANT, *La fonction publique canadienne et québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973, pp. 240ss.