Document generated on 05/09/2025 10:42 a.m.

Revue générale de droit

L'évolution de la primauté du droit comme principe constitutionnel et sa relation avec le pouvoir exécutif en matière de renseignements confidentiels

Marc-André Boucher

Volume 32, Number 4, 2002

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027577ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027577ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Boucher, M.-A. (2002). L'évolution de la primauté du droit comme principe constitutionnel et sa relation avec le pouvoir exécutif en matière de renseignements confidentiels. *Revue générale de droit*, *32*(4), 909–980. https://doi.org/10.7202/1027577ar

Article abstract

The purpose of this article is to demonstrate, through a brief historical study, that the rule of law is a fundamental constitutional principle in Canada. More specifically, the author analyses the application of this constitutional principle to the executive branch by means of the legal framework provided by Crown privilege and section 39 of the *Canada Evidence Act*.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2002

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/

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'évolution de la primauté du droit comme principe constitutionnel et sa relation avec le pouvoir exécutif en matière de renseignements confidentiels

MARC-ANDRÉ BOUCHER*
Étudiant, Programme de maîtrise en droit
Université Laval

RÉSUMÉ

Dans cet article, l'auteur étudie l'évolution historique de la primauté du droit afin de prouver que ce principe est un fondement du droit constitutionnel canadien. Par la suite, l'auteur analyse ce principe constitutionnel à la lumière des privilèges conférés au pouvoir exécutif dans le cadre de la doctrine du privilège de la Couronne et de l'article 39 de la Loi sur la Preuve au Canada.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate, through a brief historical study, that the rule of law is a fundamental constitutional principle in Canada. More specifically, the author analyses the application of this constitutional principle to the executive branch by means of the legal framework provided by Crown privilege and section 39 of the Canada Evidence Act.

* L'auteur a rédigé ce texte sous la direction du professeur Henri Brun, qu'il remercie vivement pour ses commentaires fort utiles. L'auteur tient également à remercier le professeur Benoît Pelletier pour ses judicieux conseils. Il est à noter que le présent texte n'engage que l'auteur.

SOMMAIRE

Introduction 911

I. Source et autorité de la primauté du droit 912

A. Origine et évolution historique de la primauté du droit 912

1. L'émergence du principe de primauté du droit en droit anglais 912
2. La conception moderne de la primauté du droit en Angleterre 915

B. La primauté du droit au Canada : la reconnaissance du principe et ses principales composantes 922

1. La structure constitutionnelle canadienne comme source contemporaine de la primauté du droit : Réception et évolution du principe 922
2. Reconnaissance et consécration de la structure constitutionnelle comme source contemporaine de la primauté du droit 928

II. La primauté du droit constitutionnalisée et son application aux documents de l'exécutif 937

A. Les principes fondamentaux relatifs au secret de l'exécutif. 938

1. L'héritage du droit anglais 939
2. Le secret de l'exécutif en droit fédéral canadien 942

B. Les affaires *Singh*, *Ethyl*, *Babcock* et les documents du Cabinet 945

1. L'affaire *Singh* 945

a) Analyse et décision de la Cour d'appel 948
b) Analyse critique des motifs et de la décision de la Cour d'appel fédérale 951

2. L'affaire *Ethyl* 959

a) Analyse de la décision concernant le contrôle judiciaire et l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada 961
b) Analyse critique de la décision 964

3. L'affaire *Babcock* 965

a) Analyse de la décision de la Cour suprême du Canada: les principes 966
b) Analyse critique des motifs et de la décision de la Cour suprême du Canada 972

4. Proposition d'un critère conciliant le secret de l'exécutif à la primauté du droit 976

Conclusion 980

INTRODUCTION

De nos jours, le principe de la primauté du droit est porteur d'une signification aussi riche que diversifiée, repris par tous et chacun lorsqu'il s'agit de fonder ou de justifier une thèse. Pourtant, bien peu de personnes pourraient dire de façon claire et rigoureuse en quoi consiste ce principe plus que séculaire.

Le présent travail se propose donc de faire l'étude de l'évolution de la primauté du droit et de sa relation avec le pouvoir exécutif à travers les différentes époques. D'emblée, précisons que notre étude cherchera à démontrer le caractère constitutionnel de la primauté du droit et, plus spécifiquement, le rôle d'assise que celle-ci occupe dans la Constitution canadienne. Précisons également que notre étude procédera suivant une démarche bipartite.

Ainsi, dans un premier temps, nous traiterons de la conception britannique de la primauté du droit. En effet, si nous voulons bien saisir les principales facettes et dimensions de ce principe, il nous faut analyser son origine historique ainsi que les multiples changements que celui-ci a connus. Par la suite, nous verrons de quelle façon la primauté du droit a été reçue en terre canadienne. Il est à noter que certains principes connexes et complémentaires à la primauté du droit seront également abordés. De plus, nous ferons une place certaine à la notion de principes structurels et du rôle de pivot que ceux-ci se sont vu conférer par la Cour suprême du Canada.

La seconde partie de cette étude sera consacrée à l'application de la primauté du droit dans un domaine méconnu du droit public, mais combien important et d'actualité, à savoir le privilège de confidentialité de l'exécutif dans le cadre d'un litige devant les tribunaux. En premier lieu, nous ferons un bref historique du secret de l'exécutif au Canada pour ensuite passer à l'analyse de la législation pertinente. En second lieu, nous étudierons l'aspect constitutionnel du privilège conféré à l'exécutif en faisant l'exposé complet et détaillé de trois arrêts types qui nous aideront à comprendre les enjeux relatifs à cette question ainsi que les implications et les impératifs reliés à la primauté du droit. Finalement, nous tenterons

d'élaborer un critère permettant d'établir un certain équilibre entre les exigences du secret de l'exécutif et celles reliées à la primauté du droit.

I. SOURCE ET AUTORITÉ DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT

A. ORIGINE ET ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT

Cerner l'origine historique d'un principe aussi vaste et flou que celui de la primauté du droit est une entreprise quelque peu périlleuse qui, à constater les nombreux écrits sur le sujet, semble se rapprocher plus de la quête que de la simple étude académique. Aussi, tant pour des raisons d'ordre méthodologique que pour des contraintes d'ordre matériel, avons-nous décidé de présenter l'origine et l'évolution de la primauté du droit en deux grandes parties distinctes. La première partie cherchera à exposer les origines médiévales de la primauté du droit jusqu'à l'époque de Sir Edward Coke. La seconde partie, quant à elle, débutera par la conception « Diceyenne » et s'étendra jusqu'à la formulation contemporaine. Il est à noter que cette première sous-partie se cantonnera à l'étude historique anglaise de la primauté du droit en raison de l'importante influence que celle-ci a eue, et continue d'avoir, en droit constitutionnel canadien.

1. L'émergence du principe de primauté du droit en droit anglais

De prime abord, il nous faut dire que la question de l'origine de la primauté du droit ne fait pas consensus et que différentes écoles de pensée ont, encore aujourd'hui, de profondes divergences. Certains auteurs[1] affirment que la primauté du droit remonte à la conception aristotélicienne selon laquelle l'autorité de la loi, plutôt que celle d'un seul

1. Voir T.R.S. ALLAN, "Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism", (1985) 44 *Cambridge L.J.* 111 p. 111, 112; J.N. SHKLAR, *Political Theory and the Rule of Law, the Rule of Law : Ideal or Idelogy*, Toronto, Carswell, 1987; O. HOOD PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1962, p. 36.

homme, doit régner sur la cité et que ceux qui détiennent l'autorité ne sont que les « gardiens de la loi »[2]. Bien que cette thèse semble cohérente et rigoureuse, nous dirigerons plutôt notre étude vers la conception orthodoxe de la primauté du droit, c'est-à-dire celle héritée du Moyen Âge, puisque c'est à cette époque que prit naissance la common law qui est la source première du droit positif anglais.

La *Magna Carta* est sans doute le document qui, dans l'histoire constitutionnelle anglaise, peut être considéré comme étant l'assise et le fondement de la Constitution britannique[3]. Cependant, il n'est pas aisé d'en saisir la portée véritable. Ainsi, la question de savoir si la nature première de celle-ci est un pacte ou une loi, ou encore un traité ou une déclaration, est toujours ouverte et loin de nous le désir d'aborder cette épineuse question. Malgré tout, puisque la *Magna Carta* a eu une importance fondamentale sur le développement et l'évolution du droit anglais et que, selon les termes du professeur Holt, l'histoire de cette charte est aussi l'histoire d'un argument[4], nous nous attarderons donc brièvement sur la fameuse clause[5] de 1215 qui peut être vue comme la forme embryonnaire du *due process*[6], élément essentiel à la primauté du droit. En effet, la clause 39, selon laquelle :

> No freeman shall be taken or imprisoned or disserved or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or [and] by the law of the land,[7]

---

2. ARISTOTE, *Politique*, tome II, Livre III, Paris, Les Belles Lettres, 1989, p. 95, texte établi et traduit par Jean Aubonnet. En parlant de la supériorité du règne de la loi, Aristote affirme qu' « Il est donc préférable que la loi règne plutôt que l'un quelconque des citoyens, et, d'après le même raisonnement, même s'il vaut mieux que certains individus détiennent l'autorité, il faut les établir comme " gardiens et ministres des lois ", car s'il est nécessaire qu'il y ait des magistratures, il n'est pas juste, dit-on, qu'un seul homme ait le pouvoir, du moins quand les citoyens sont tous semblables. »

3. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, volume II, London, Methuen, Sweet & Maxwell, 1952, p. 209; D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedure, A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press Oxford, 1996, p. 171.

4. J.C. HOLT, *Magna Carta*, second edition, Cambridge University Press, New York, 1992, p. 18.

5. La clause 39 devint la clause 29 dans la version ultérieure promulguée par Henry II en 1225. D.J. GALLIGAN, *op. cit.*, note 3.

6. *Ibid.*

7. W.S. M^c^KECHNIE, *Magna Carta*, 2nd, New York, B. Franklin, 1914, p. 375.

a certainement été une des clauses les plus interprétées tant par la doctrine que par la jurisprudence. Toutefois, il faut bien se garder de la croyance commune qui fait de la *Magna Carta* une déclaration des droits et libertés au sens moderne du terme ou encore une promesse de bon gouvernement pour tous[8].

Il est à noter que l'idée de la primauté du droit commença à prendre de l'ampleur grâce à l'influence grandissante acquise par le Parlement et grâce à l'alliance que ce dernier développa avec les tribunaux[9]. Cependant, la conception selon laquelle le roi est soumis au droit était antérieure au phénomène du parlementarisme. Des juristes du XIII^e^ siècle, notamment Bracton, affirmaient déjà que l'exercice du pouvoir royal était soumis au droit et que si le roi transgressait le droit, alors les comtes et barons devaient le rappeler à l'ordre[10].

Néanmoins, il faudra attendre le XIV^e^ siècle avant de voir apparaître le début de l'autorité parlementaire. En 1349, le principe selon lequel le roi fait les lois avec le consentement du Parlement, et non simplement par le biais du Parlement, est officiellement reconnu : « Et fut dit que le Roy fit les leys per assent des pers et de la commune et non par les pers et la commune »[11]. Nous pouvons donc conclure qu'à ses débuts la primauté du droit signifiait la primauté ou la suprématie de la loi, c'est-à-dire de la volonté du roi, des lords et des communes qui constituent le Parlement. Il est donc important de comprendre que la primauté du droit et la souveraineté du Parlement sont deux phénomènes historiquement complémentaires et interdépendants. Malgré cela, il restait encore au pouvoir judiciaire à s'affranchir du joug de l'exécutif. C'est avec la célèbre affaire *Prohibitions Del Roy*[12] et le non moins célèbre lord Edward Coke que l'obstacle fut franchi. Afin de régler un litige entre la Cour du banc du roi et la Cour ecclésiastique, le roi Jacques I voulut siéger personnellement à la Cour du banc du roi. La réponse de lord Coke fut catégorique :

---

8. *Id.*, p. 376.
9. H. BRUN, G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e^ éd., Yvon Blais, Cowansville, 1997, p. 696; W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, supra note 3, p. 254-255.
10. W. HOLDSWORTH, *id.*, p. 253-255.
11. Y.B. 22 Ed. III, Hil. Pl. 25, cité par W. HOLDSWORTH.
12. *Prohibitions Del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 64-65 (K.B.); 77 E. R. 1342-1343.

> The King cannot take any cause out of any of his Courts, and give judgment upon it himself [...] no King after the conquest assumed himself to give any judgment in any cause whatsoever, which concerned the administration of justice within this realm, but these were solely determine in the Courts of Justice.[13]

Quatre ans plus tard, lord Coke confirma à nouveau la doctrine de l'indépendance judiciaire lors du *Case of Proclamations*[14], affaire dans laquelle une proclamation royale créait un nouveau délit criminel, en affirmant que le roi ne pouvait créer un nouveau délit sans l'intervention et la participation du Parlement. Par le biais de ces deux jugements, lord Coke faisait savoir au roi que la Cour du banc du roi était indépendante du pouvoir exécutif et qu'elle ne sanctionnerait qu'une loi dûment votée et adoptée par le Parlement. Bref, la Cour n'est pas un instrument du pouvoir royal.

2. La conception moderne de la primauté du droit en Angleterre

Dans un premier temps, il nous faut dire que la notion moderne de primauté du droit fut grandement influencée par certains textes de lois tels que le *Bill of Rights de 1688* et l'*Act of Settlement de 1700* ainsi que par certaines conventions constitutionnelles[15]. Le professeur A.V. Dicey fut sans doute le premier auteur qui exposa de façon précise et détaillée la notion de primauté du droit ainsi que les corollaires qui en découlent. C'est en 1885 que le professeur Dicey publia son volume, *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*[16], dans lequel celui-ci présenta et expliqua les trois principaux éléments qui constituent la primauté du droit (*rule of law*). Dans le quatrième chapitre de son volume, Dicey tire de la primauté du droit les trois éléments suivants[17]:

1) L'absence de pouvoir arbitraire de la part du gouvernement.

---

13. *Ibid.*
14. *Case of Proclamation*, (1610) 12 Co. Rep. 74. (K.B.).
15. *Halsbury's Laws of England*, vol. 8(2), Fourth edition par Lord Hailsham of St. Marylebone, Butterworths, London 1996, p. 223, par. 303.
16. A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth edition, Macmillan & co Ltd., London, 1961.
17. *Id.*, p. 188 à 195.

2) Chaque personne est soumise au droit tel qu'administré par les tribunaux ordinaires.
3) Les règles et principes généraux du droit constitutionnel sont le résultat du *ordinary law of the land*.

Le premier élément a trait à l'exclusion du pouvoir arbitraire et signifie que tous les pouvoirs octroyés à l'administration publique doivent avoir une assise légale. On reproche souvent à Dicey de ne pas avoir fait la distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire. Pourtant, Dicey fait bel et bien la distinction entre ces deux notions en précisant cependant qu'un vaste pouvoir discrétionnaire doit être exclu :

> It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and exludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionnary authority on the part of the government.[18]

Comme le font remarquer les professeurs Brun et Tremblay :

> il suffit donc d'ajouter, pour l'adapter à notre époque, que la *rule of law* peut et doit supporter que l'administration dispose de marges de discrétion beaucoup plus importantes qu'il [Dicey] ne l'avait probablement imaginé.[19]

Le deuxième élément, quant à lui, signifie que tous sont égaux en droit. Évidemment, compte tenu du rôle que l'État est appelé à jouer au plan social, il est tout à fait normal que l'État jouisse de prérogatives particulières, mais celles-ci doivent êtres légales, donc permises par le droit. Il s'agit en fait, comme le souligne Dicey, que soit exclue l'idée selon laquelle le gouvernement puisse ne pas être soumis au droit et à la juridiction des tribunaux ordinaires[20]. Il est à noter que Dicey était rébarbatif à l'idée de tribunaux administratifs, il critiqua d'ailleurs sévèrement le système juridique français sur ce point, puisque ceux-ci sont, à son avis, dépendants du

18. *Id.*, p. 202.
19. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 9, p. 698.
20. A.V. Dicey, *op. cit.*, note 16, p. 202-203.

pouvoir exécutif. Inutile de dire que concernant cette question, la conception de Dicey manque de pragmatisme et qu'il est possible de concilier l'existence de tels tribunaux avec la primauté du droit grâce, notamment, aux règles d'équité procédurale ainsi qu'au contrôle judiciaire[21]. Néanmoins, soulignons la pertinence et la nécessité du corollaire dégagé par Dicey, selon lequel l'égalité en droit implique l'existence de tribunaux indépendants et impartiaux. Le troisième et dernier élément dégagé par Dicey est, à vrai dire, plus un constat qu'un impératif. Contrairement à plusieurs pays, tels que la France ou les États-Unis, la Constitution britannique n'est pas la source du droit, notamment des droits individuels, mais est au contraire le résultat ou le fruit de celui-ci. C'est-à-dire que les droits, tels que le droit à la liberté d'expression et le droit de se rassembler sont le fruit du droit tel qu'interprété et appliqué par les tribunaux ordinaires[22]. Bref, le droit constitutionnel britannique tire sa source de la common law via l'interprétation et le développement du droit ordinaire par les cours de common law. Malgré le fait que la conception diceyenne de la primauté du droit soit âgée d'un peu plus d'un siècle, celle-ci est toujours valide, à quelques ajustements près, et constitue le fondement moderne de ce que les pays anglo-saxons appellent communément la *rule of law*[23].

Nous proposons maintenant de faire une brève analyse d'un arrêt important de la Chambre des lords dans lequel celle-ci eut l'opportunité de donner une application concrète et contemporaine à la primauté du droit. Il s'agit de l'arrêt *Pierson* v. *Secretary of State for the Home Departement*[24].

Cet arrêt soulevait la question de savoir si le secrétaire d'État pouvait, en vertu du *Criminal Justice Act, 1967* et du *Criminal Justice Act, 1991*, alourdir de façon rétroactive la peine de prison d'un détenu. L'affaire mettait au prise un jeune détenu qui avait été condamné, en 1985, à la prison à

21. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 9, p. 699.

22. A.V. DICEY, *op. cit.*, note 16, p. 203-204.

23. Voir à ce propos le chapitre 2 de l'ouvrage de Wade dans lequel celui-ci adapte au droit administratif anglais contemporain les corollaires développés par Dicey. W. WADE, *Administrative Law*, 7e éd. par W. Wade and C. Forsyth, Clarendon Press, Oxford, 1994.

24. *Pierson* v. *Secretary of State for the Home Departement*, [1997] 3 All ER 577 (H.L.).

perpétuité pour le meurtre de ses parents. En 1988, alors consultés par le secrétaire d'État à propos de la période recommandée avant laquelle le détenu ne soit admissible au programme de libérations conditionnelles, le juge du procès ainsi que le juge en chef recommandèrent une période de 15 ans. Il est à noter qu'en vertu du *Criminal Justice Act, 1967*, qui devint plus tard le *Criminal Justice Act, 1991*, le secrétaire d'État avait un pouvoir discrétionnaire concernant la libération de détenus condamnés à la prison à perpétuité, mais devait consulter le juge en chef et le juge du procès. En 1993, le secrétaire d'État affirma que sa politique (*policy*) générale en matière de libérations conditionnelles pouvait être révisée par son successeur et que la période déterminée concernant une affaire pouvait possiblement être redéterminée à la hausse après étude d'un dossier. Ultérieurement, le nouveau secrétaire d'État décida, après étude du dossier du jeune homme reconnu coupable du meurtre de ses parents, que la période prédéterminée devait être augmentée de 15 à 20 ans compte tenu du fait qu'en l'espèce il s'agissait d'un double meurtre prémédité. Le procureur du détenu rétorqua au secrétaire d'État que la décision prise reposait sur des faits erronés, car les actes de son client n'étaient pas prémédités et qu'il ne s'agissait pas d'un double meurtre, puisque l'événement avait été considéré comme un seul incident. Le secrétaire d'État répondit au procureur qu'il reconnaissait qu'il ne s'agissait pas d'un meurtre prémédité et qu'effectivement l'acte posé avait été considéré comme constituant un seul incident, mais que, malgré tout, la décision demeurait inchangée en raison de l'ensemble du dossier. À la suite de cette réponse, le procureur du détenu décida d'aller en contrôle judiciaire de la décision du secrétaire d'État et réussit à faire casser cette décision. Cependant, la Cour d'appel renversa la décision du juge de première instance. Finalement, c'est une Chambre des lords divisée, à trois contre deux, qui renversa la décision de la Cour d'appel et accueillit les prétentions du demandeur.

Lord Steyn, juge de la majorité, fit reposer l'essentiel de ses arguments sur la primauté du droit. Celui-ci fit d'abord remarquer que le Parlement n'avait pas, selon les termes de la loi, expressément autorisé le secrétaire d'État à augmenter

les périodes de détention obligatoire, préalables aux libérations conditionnelles, de façon rétroactive[25]. Après avoir souligné le fait que la loi était rédigée en des termes larges, mais qu'il ne s'en suivait pas nécessairement un pouvoir discrétionnaire rétroactif, lord Steyn expliqua que toute législation est élaborée dans un cadre bien défini :

> Parliament does not legislate in a vacuum. Parliament legislates for a European liberal democracy founded on the principles and traditions of the common law.[26]

Par la suite, lord Steyn entrepris d'expliquer ce qu'il entendait par l'expression " liberal democracy founded on the principles and traditions of the common law " en débutant par une courte citation de Dicey :

> [...] Dicey explained the context in which Parliament legislates as follows : " [...] Parliamentary sovereignty has favoured the Rule of Law, and that the supremacy of the law of the land both calls forth the exertion of Parliamentary sovereignty, and leads to its being exercised in a spirit of legality ".[27]

Lord Steyn enchaîna par la suite avec une autre citation, tirée d'un traité d'interprétation des lois, par laquelle il précisa sa pensée. Ce dernier souligna certaines présomptions constitutionnelles fondamentales telles celles qui affirment que tout pouvoir discrétionnaire conféré en des termes apparemment absolus doit être exercé raisonnablement, ainsi que la présomption selon laquelle les règles de justice naturelle s'appliquent aux tribunaux administratifs et que ces présomptions s'appliquent même en l'absence d'ambiguïtés linguistiques. La citation se clôt sur cette assertion, qui constitue le pivot du raisonnement de lord Steyn :

> These presomptions of general application not only supplement the text, they also operate at a higher level as expressions of fundamental principles governing both civil liberties and the relations between Parliament, the executive and the

25. *Id.*, p. 603.
26. *Ibid.*
27. *Ibid.*

> Courts. They operate here as constitutional principles which are not easily displaced by a statutory text.[28]

Ainsi, ces présomptions sont à ce point fondamentales dans les relations juridiques définissant les fonctions des trois branches étatiques, ainsi que dans les principes relatifs aux droits et libertés, qu'elles ne pourront être écartées que très difficilement. En analysant les propos de lord Steyn dans leur ensemble, c'est-à-dire en mettant en relation cette dernière citation avec l'affirmation antérieure selon laquelle le Parlement n'avait pas expressément autorisé le secrétaire d'État à agir de façon rétroactive, il ne fait aucun doute que l'expression " not easily displaced by a statutory text " signifie que ces présomptions, dites fondamentales, ne pourront être évincées que par le législateur et de façon explicite. Notons également que les propos de lord Steyn ne se limitent pas au domaine pénal ou criminel, mais au droit public en général, puisqu'il s'agit de principes fondamentaux gouvernant les relations entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ainsi que les principes relatifs aux droits et libertés. En dernier lieu, lord Steyn précisa que la primauté du droit englobe à la fois un contenu procédural et un contenu substantif pour ensuite réaffirmer que :

> Unless there is the clearest provision to the contrary, Parliament must be presumed not to legislate contrary to the rule of law. And the rule of law enforces minimum standards of fairness, both susbtantive and procedural.[29]

Cependant, lord Steyn ne spécifie pas ce qu'implique l'aspect substantif relatif aux « normes d'équité » (*standards of fairness*). En effet, au plan procédural les normes d'équité sont bien connues, tant en droit canadien qu'en droit britannique, et peuvent se résumer par deux maximes : *Audi alteram partem* et *Nemo judex in sua causa*. L'aspect substantif des normes d'équité semble, quant à lui, quelque peu vague et difficile à saisir. Il semble en fait que le contenu substantif des normes d'équité puise ses sources dans la phi-

28. *Id.*, p. 604.
29. *Id.*, p. 607.

losophie politique[30]. Nous n'aborderons pas ces considérations d'ordre philosophique, puisque notre étude, comme déjà énoncé, se limite uniquement aux aspects du droit positif.

L'étude de l'évolution historique de la primauté du droit en terre de common law nous révèle essentiellement trois choses. La première est le constat que la primauté du droit, bien qu'interprétée différemment au cours des siècles, a toujours occupé une place de premier plan dans l'ordre juridique britannique. La seconde est que l'émergence et l'évolution de la primauté du droit sont étroitement liées au développement du parlementarisme et sont donc, pour reprendre l'expression utilisée par les professeurs Brun et Tremblay : « [...] deux phénomènes parallèles et même complémentaires »[31]. La troisième et dernière chose que révèle notre étude à propos de l'application de la primauté du droit en Angleterre est que celle-ci joue le rôle de cadre dans l'élaboration de la législation par le Parlement. Ainsi, comme l'a fait remarquer lord Steyn, le Parlement ne légifère jamais dans un *vacuum* légal, mais, au contraire, est toujours présumé légiférer en respectant les droits et libertés ainsi que les grands principes de la common law tels que les principes de justice naturelle, et ce, en vertu de la primauté du droit. Le Parlement devra donc mentionner de façon claire et explicite toute dérogation à ces présomptions dites fondamentales. Il est donc inexact d'affirmer que la primauté du droit équivaut simplement, en Angleterre, à la suprématie de la loi parlementaire, puisque sans nier cette dernière, la primauté du droit vient non seulement la compléter mais, comme l'a dit lord Steyn, constitue surtout une exigence particulière que le législateur pourra difficilement écarter.

Regardons maintenant comment la primauté du droit fut implantée au Canada et comment celle-ci fut adaptée au fédéralisme canadien.

---

30. Sur cette question, voir notamment J. RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", (1977) 93 *L.Q.R.* 195. N. MAC CORNICK, "The Concept of Law and the 'Concept of Law'" (1994) 14 *O.J.L.S.* 1. P. CRAIG, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law : An Analytical Framework", [1997] *P.L.* 467.

31. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 9, p. 696.

B. LA PRIMAUTÉ DU DROIT AU CANADA : LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE ET SES PRINCIPALES COMPOSANTES

Cette partie se subdivisera en deux sous-parties distinctes et selon un objectif spécifique à chacune d'elles. La première sous-partie se propose de faire une analyse jurisprudentielle de la notion de primauté du droit en terre canadienne et d'en étudier les implications et les conséquences. Nous verrons également évoluer peu à peu la notion de « structure constitutionnelle » à travers les différents arrêts, notamment par l'utilisation que feront les tribunaux du Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*[32], jadis appelée *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*. La seconde sous-partie cherchera pour sa part à étudier la notion de « structure constitutionnelle » qui atteindra son point culminant avec deux principaux renvois, à savoir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*[33] et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[34], qui feront successivement l'objet d'une analyse détaillée.

1. La structure constitutionnelle canadienne comme source contemporaine de la primauté du droit : Réception et évolution du principe

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, les tribunaux canadiens ont souvent fait appel à la notion de primauté du droit. Cependant, cette référence est généralement implicite et ceux-ci n'abordent que certaines facettes de la primauté du droit préférant ainsi régler un problème de droit précis plutôt que de se lancer dans des considérations théoriques et abstraites. Un des premiers arrêts dans lequel la Cour suprême a abordé une des conséquences de la primauté du droit est l'affaire *Valin* c. *Langlois*[35].

32. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

33. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

34. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

35. *Valin* c. *Langlois*, (1880) 3 R.C.S. 1.

Cette affaire soulevait la question de savoir si le Parlement fédéral pouvait imposer aux cours supérieures provinciales certains devoirs en matière de contestations d'élections. Parmi les différents motifs, ce sont ceux énoncés par le juge Fournier qui retiennent notre attention. En effet, celui-ci fit appel au préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* (A.A.N.B.), et plus spécifiquement aux termes « une Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », afin de résoudre le problème :

> [...] Comme nous l'indique le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, leur premier devoir était de doter l'union fédérale des provinces d'une Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. Un des éléments essentiels de la Constitution britannique, comme tout gouvernement régulier, c'est la création d'un pouvoir judiciaire [...].[36]

Par la suite, le juge Fournier infère de cet état de fait, c'est-à-dire l'existence d'un pouvoir judiciaire, qu'il existe une institution chargée de veiller à l'application des lois et donc coexistant avec l'institution parlementaire. Pour sa part, le juge Taschereau nous apprend que c'est au pouvoir judiciaire que revient le devoir d'interpréter et d'appliquer la Constitution et que le Parlement ne peut se substituer aux tribunaux dans l'exécution d'un tel devoir :

> It is for the judicial power to decide whether the interpretation put on the constitutional Act by the Parliament of the Dominion or the Legislatures of the Provinces is correct, and it is so whether they read the law as granting them a right, or read it as refusing them such a right [...] In either case, whether the Parliament was right or wrong, is to be decided by the Courts of justice.[37]

Ainsi, sans l'affirmer de façon explicite, c'est à la primauté du droit que les juges Taschereau et Fournier font référence lorsqu'ils parlent de la nécessité d'un pouvoir judiciaire dont l'un des devoirs fondamentaux est d'interpréter et d'appliquer la loi et la Constitution. Cet impératif découle en

36. *Id.* p. 38.
37. *Id.* p. 73-74.

fait des deux premiers corollaires énoncés par Dicey, à savoir que l'existence de tribunaux impartiaux chargés d'interpréter et d'appliquer le droit permet d'éviter que l'État n'agisse de façon arbitraire et assure que tous sont soumis au droit, y compris le gouvernement.

En 1896, la Cour suprême du Canada eut à nouveau l'occasion de faire appel à la primauté du droit, mais de façon explicite cette fois. La Cour justifia la décision selon laquelle un officier public dont le mandat était expiré, et qui n'avait pas été réassermenté, pouvait néanmoins accomplir son devoir et que les actes accomplis par celui-ci étaient valides au regard des tiers :

> The rule of law is that the acts of a person assuming to exercise the functions of an officer to which he has no legal title are, as regards thirds persons, that is to say, with reference to all persons but the holder of the legal title to the office, legal and binding. Especially is this so in the case of officers holding over and continuing to perform official duties after their term has expired.[38]

Nous abordons maintenant un arrêt particulièrement important en matière de droit administratif, mais qui mérite également d'être étudié sur le plan du droit constitutionnel en raison des principes auxquels il réfère. Il s'agit de l'affaire de l'*Alliance des professeurs catholiques de Montréal*[39]. Dans cette affaire, la Commission des relations ouvrières de la province de Québec annula le certificat d'agent négociateur de l'Alliance des écoles catholiques de Montréal à la suite d'une demande d'annulation faite par la Commission des écoles catholiques de Montréal. Cette décision fut prise sans audition et sans qu'aucun avis n'ait été envoyé à l'Alliance. Dans ses motifs, le juge en chef Rinfret affirme que la Commission se devait d'entendre l'Alliance et devait également lui permettre de présenter une preuve[40]. Ensuite, après avoir souligné que la preuve faite en première instance démontrait que

38. *O' Neil* v. *A.G. Canada*, (1897) 26 R.C.S 122, 130.

39. *Alliance des professeurs catholiques de Montréal* c. *Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140.

40. *Id.*, p. 146.

la décision de la Commission des relations ouvrières avait été prise avant même que la requête officielle ne lui fut parvenue, le juge en chef Rinfret est on ne peut plus caustique :

> Voilà une justice expéditive, s'il en est une : le jugement rendu avant que la requête fut devant la Commission intimée et la partie intéressée informée par télégramme.[41]

Par la suite, l'honorable juge fait une remarque qui n'est pas sans rappeler la décision de lord Coke dans l'affaire *Bonham*, affirmant qu'un tribunal qui accorde une requête avant d'en être saisi est une chose qui répugne à la raison et qu':« il ne s'agit plus ici de discrétion mais de l'arbitraire le plus absolu »[42]. Après avoir souligné l'importance et la vénérabilité de la maxime *Audi alteram partem*, le juge Rinfret réfute l'argument des intimés selon lequel la Commission n'était pas tenue d'entendre l'Alliance, puisque cette prescription n'était expressément enchâssée dans la loi que pour les cas d'infractions prévues à la section des pratiques interdites et qu'en vertu des principes d'interprétation des lois « la mention pour un cas particulier exclut l'application pour les autres cas qui n'y sont pas mentionnés »[43]. Face à cet argument, le juge Rinfret rétorqua que :

> Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu [...] est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un.[44]

Et l'honorable juge d'ajouter :

> À mon avis, il ne faudrait rien de moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu.[45] (Nous soulignons.)

41. *Id.*, p. 147.
42. *Id.*, p. 148.
43. *Id.*, p. 153.
44. *Id.*, p. 154.
45. *Ibid.*

Cette remarque du juge Rinfret ressemble à s'y méprendre à la déclaration de lord Steyn selon qui :

> Unless there is the clearest provision to the contrary, Parliament must be presumed not to legislate contrary to the rule of law. And the rule of law enforces minimum standards of fairness [...].[46]

En analysant de façon globale les propos tenus par le juge Rinfret, notamment les termes « principes fondamentaux de la justice »[47], « l'arbitraire le plus absolu »[48] et « principe [...] d'une équité universelle »[49], ainsi qu'en comparant de tels propos à ceux tenus par lord Steyn quarante ans plus tard, il ne fait aucun doute, selon nous, que le juge Rinfret faisait référence, de façon implicite mais évidente, à la primauté du droit et que cette dernière a joué le rôle de pivot et d'assise dans son argumentation.

Cet arrêt est également très important en ce qui concerne les restrictions aux pouvoirs de contrôle et de surveillance des cours supérieures. En effet, un des nombreux arguments mis de l'avant par la Commission des relations ouvrières soulignait le fait que la Commission possédait tous les pouvoirs et immunités des commissaires nommés en vertu de la *Loi des commissions d'enquête* et que, par conséquent, aucun bref de prohibition ne pouvait être émis à l'encontre de la Commission. La réponse du juge Rinfret à cet argument fut catégorique :

> En plus, toute restriction aux pouvoirs de contrôle et de surveillance d'un tribunal supérieur est nécessairement inopérante lorsqu'il s'agit pour lui d'empêcher l'exécution d'une décision, d'un ordre ou d'une sentence rendue en l'absence de juridiction. [...] Le législateur, même s'il le voulait, ne pourrait déclarer l'absurdité qu'un tribunal qui agit sans juridiction peut être immunisé contre l'application du bref de prohibition. La décision est nulle et aucun texte d'un statut ne peut lui donner de la validité [...].[50] (Nous soulignons.)

---

46. *Pierson* v. *Secretary of State*, *supra*, note 24, p. 607.
47. *Alliance des professeurs catholiques de Montréal* c. *Labour Relations Board*, *supra*, note 39.
48. *Ibid.*
49. *Ibid.*
50. *Id.*, p. 155.

Par cette déclaration, le juge Rinfret impose certaines limites au pouvoir législatif et semble reconnaître que le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours supérieures est constitutionnalisé et donc hors d'atteinte du pouvoir législatif. Les termes employés par le juge Rinfret semblent d'ailleurs ne faire aucune distinction entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le juge Rinfret est clair et limpide lorsqu'il écrit « aucun texte d'un statut ». En fait, c'est encore une fois, de façon implicite mais ô combien évidente, sur la primauté du droit que le juge Rinfret fonde sa décision. Nous pouvons donc constater que, déjà à cette époque, la notion de primauté du droit impliquait l'existence du pouvoir de contrôle judiciaire[51].

Il est un arrêt qui est incontournable lorsque l'on parle de primauté du droit et qui est également un « classique » de la jurisprudence en droit constitutionnel et administratif canadien. Il s'agit, bien évidemment, de l'affaire *Roncarelli* c. *Duplessis*[52]. Puisque cette affaire est notoire nous ne ferons qu'un bref rappel des principaux faits. Le Premier Ministre du Québec, Maurice Duplessis, donna l'ordre au président de la Commission des liqueurs du Québec de retirer le permis d'alcool d'un restaurateur, nommé Roncarelli, qui se portait caution pour les témoins de Jéhovah qui étaient arrêtés par la police. En l'espèce, il était flagrant qu'il s'agissait d'un abus de pouvoir discrétionnaire qui était en fait exercé de façon arbitraire et que la décision de retirer le permis à Roncarelli n'avait aucun lien avec la loi. Dans le cadre de cette affaire, le juge Rand déclara :

> That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be superseded by action

51. En ce qui concerne la question du fondement du contrôle judiciaire, voir notamment H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, note 9, p. 703 à 708; P. GARANT, *Droit administratif*, 4e éd., vol. 2, Cowansville, Yvon Blais, 1996, p. 6-7; D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Farnham, CCH, 1998, p. 22-23; WADE et PHILIPPS, *Constitutionnal Law*, 8th ed., London, Longman, 1970, p. 585, 62-78.

52. *Roncarelli* c. *Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

> dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure.[53]

Ainsi, c'est le principe de l'exclusion du pouvoir arbitraire et celui de la même soumission au droit qui doivent être soulignés dans cette affaire, puisque même un Premier Ministre n'est pas au-dessus de la loi et du droit.

2. Reconnaissance et consécration de la structure constitutionnelle comme source contemporaine de la primauté du droit

Bien que la notion de structure constitutionnelle ne soit pas nouvelle, l'utilisation de cette notion a néanmoins été plus fréquente à partir du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*[54].

En effet, dans le cadre du *Renvoi relatif à la rémunération des juges*[55] ainsi que dans le cadre du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[56], la Cour suprême du Canada eut l'opportunité d'exposer plus en détail sa conception de la structure constitutionnelle canadienne et de la place qu'occupe la primauté du droit au sein de cette structure.

Le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* était en fait composé de quatre pourvois qui posaient tous la même question, à savoir si une législature provinciale pouvait ou non réduire les traitements accordés aux juges des cours provinciales. La principale problématique de ce renvoi touchait la dimension institutionnelle relative à la sécurité financière des magistrats protégée par l'article 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[57]. Cependant, la majorité des

53. *Id.*, p. 142.

54. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33.

55. *Ibid.*

56. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 34.

57. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, nº 44.

juges, le juge La Forest étant dissident, a considéré que la question soulevée était à ce point importante qu'elle méritait d'être étudiée en détail et a, par conséquent, analysé la question en soulignant le rôle essentiel et fondamental joué par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que les principes non écrits qui y sont implicitement contenus.

D'entrée de jeu, le juge en chef Lamer fait remarquer, au nom de la majorité, que :

> [...] l'indépendance de la magistrature est précieuse parce qu'elle sert des objectifs sociétaux importants, elle est un moyen favorisant leur réalisation.
>
> Un de ces objectifs est le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature [...]. Un autre objectif sociétal que sert l'indépendance de la magistrature est le maintien de la primauté du droit, dont un des aspects est le principe constitutionnel suivant lequel l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit.[58]

Lorsqu'ils en viennent à l'étude du fondement de l'indépendance de la magistrature, les juges majoritaires affirment, sous la plume du juge en chef Lamer, que celle-ci prend racine dans un « principe constitutionnel non écrit » puisque ce principe n'est aucunement formulé de façon explicite et absolu dans un document constitutionnel[59]. En effet, après analyse des articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge en chef Lamer en vient à la conclusion que ces derniers articles « ne protègent que l'indépendance des juges des cours supérieures, de district et de comté, et encore, cette protection n'est ni uniforme ni cohérente »[60]. Ainsi, les articles 96 à 100 ne peuvent s'appliquer aux tribunaux provinciaux dont la nomination des juges est de compétence provinciale. De plus, la protection offerte par l'article 11*d*) de la Charte canadienne concernant le droit d'être jugé par un tribunal indépendant, et donc applicable à un vaste éventail

58. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 34.

59. *Id.*, p. 64.

60. *Id.*, p. 65.

de tribunaux, est cependant limitée par le fait que cette protection n'existe qu'en matière pénale ou criminelle. Par conséquent, les juges majoritaires ont décidé qu'en regard du caractère hautement important que constitue l'indépendance de la magistrature ainsi qu'en regard de la nature de notre Constitution, qui est enracinée dans un régime constitutionnel où certaines règles ne sont pas écrites, ce principe devait être interprété et complété par les principes fondamentaux qui constituent la structure et l'assise de la Constitution canadienne[61]. En ce qui a trait à la fonction et à l'importance du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour affirma que celui-ci n'est pas une « source de droit positif » au sens formel du terme[62]. Malgré cela, le préambule est susceptible de produire certains effets et d'avoir une incidence importante au plan juridique, puisque le préambule d'une loi sert à en spécifier l'objet et la nature[63]. Cependant, puisqu'il s'agit d'une loi constitutionnelle particulièrement étoffée qui est, pour ainsi dire, une pièce maîtresse de la Constitution canadienne, les juges majoritaires vont encore plus loin. Le juge en chef Lamer reprend l'idée avancée par le juge Rand, dans l'arrêt *Switzman*[64], selon laquelle le préambule traduit la « thèse politique que la loi exprime »[65]. Ainsi, le préambule serait le reflet des grands principes sous-jacents aux dispositions particulières énumérées dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais là ne s'arrête pas le rôle attribué au préambule. Aux dires de la majorité, le préambule ne se borne pas à contenir les principes structurels de la Constitution, il est aussi :

> Une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la loi.[66]

61. *Id.*, p. 69.
62. *Ibid.*
63. *Ibid.*
64. *Switzman* c. *Elbing*, [1957] R.C.S. 285.
65. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 72-74.
66. *Ibid.*

Le préambule peut donc, selon la majorité, servir de pont entre certaines dispositions afin de compléter ou de parfaire certains liens ou relations qui n'ont pas été faits de façon explicite dans la loi. Le préambule est par conséquent appelé à jouer le rôle d'élément unificateur en ce sens qu'il permet d'assurer une cohésion entre les différents principes qui sont à la base de la Constitution. La Cour réitère également l'idée que l'expression « une Constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni » implique la primauté du droit en tant qu'élément essentiel à l'organisation juridique canadienne[67]. La Cour confirme aussi la thèse énoncée à l'occasion de l'arrêt *Saumur*[68] d'après laquelle le préambule fait référence au régime de démocratie constitutionnelle et assure ainsi une protection et certains privilèges aux institutions parlementaires mais aussi certains droits et impératifs en matière de liberté d'expression politique[69]. Cette question est particulièrement importante en ce qui concerne les notions de primauté du droit et de démocratie parlementaire car, comme le font remarquer les professeurs Brun et Tremblay, le principe de la primauté du droit est intimement lié au développement de la souveraineté parlementaire[70]. C'est également l'avis de lord Steyn, membre de la Chambre des lords, qui, à l'occasion de l'arrêt *Pierson* v. *Secretary of State*, affirma sans ambages que le Parlement ne légifère pas dans un vide juridique et, reprenant à son compte un célèbre passage de Dicey, estime que :

> That parliamentary sovereignty has favoured the rule of law, and that the supremacy of the law of the land both calls forth the exertion of parliamentary sovereignty, and leads to its being exercised in a spirit of legality.[71]

67. *Id.*, p. 71.

68. *Saumur* c. *Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S 299.

69. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 72-74.

70. H. BRUN, G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, note 9, p. 696.

71. *Pierson* v. *Secretary of State for the Home Departement*, *supra*, note 24, p. 603. Voir également l'avis de lord DENNING d'après qui les droits fondamentaux sont et doivent être protégés par la primauté du droit, "The Spirit of the British Constitution", (1951) 29, *The Canadian Bar Review*, p. 1180, 1188-1189.

Poursuivant son exposé de la structure constitutionnelle et de ses multiples dimensions, le juge en chef Lamer souligne le rôle primordial qu'occupent les tribunaux au sein du régime constitutionnel canadien et déclare que les tribunaux jouissent d'une protection constitutionnelle tout aussi grande que celle accordée aux institutions politiques en vertu du même impératif constitutionnel, à savoir la préservation de la structure constitutionnelle fondamentale[72]. Le juge en chef Lamer clôt d'ailleurs son analyse du fondement non écrit de l'indépendance de la magistrature par un énoncé des plus catégoriques : « En fait, c'est dans le préambule, qui constitue le portail de l'édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental »[73]. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* est donc, en définitive et selon l'avis des juges majoritaires, le fondement et l'assise de l'indépendance de la magistrature, puisque ce principe est à la fois consacré en droit anglais par l'*Act of Settlement de 1701*[74] ainsi que par la primauté du droit qui implique que les lois soient interprétées et appliquées par des tribunaux impartiaux et indépendants[75].

Le second arrêt que nous analyserons dans le cadre de cette étude jurisprudentielle est le très célèbre *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[76], communément appelé *Renvoi sur la sécession*. Bien que ce renvoi aborde quatre grands principes structurels de la Constitution canadienne et que ceux-ci sont interdépendants, nous centrerons notre analyse presque exclusivement sur le constitutionnalisme et la primauté du droit.

Dans un premier temps, la Cour pose d'emblée les grandes composantes de la Constitution du Canada parmi lesquelles figure un ensemble de principes non exclusifs qui sont au nombre de quatre, à savoir : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit et le respect des minorités[77]. La Cour précise également la nature de

72. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 77.

73. *Id.*, p. 78.

74. *Act of Settlement (R.U.)*, 12 & 13 Will. 3, ch. 2, art. 3, par. 7. Il est à noter que cette loi ne protège en fait que les juges des cours supérieures britanniques.

75. H. BRUN, G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, note 9, p. 699.

76. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 34.

77. *Id.*, p. 240.

la continuité des principes constitutionnels en soulignant la similarité de certains éléments structurels entre le Canada et le Royaume-Uni qui ont été enchâssés dans la Constitution canadienne par le préambule. Cette continuité des principes constitutionnels implique deux caractéristiques majeures inhérentes à la Constitution du Canada : les institutions démocratiques et la primauté du droit[78]. Ces deux caractéristiques héritées du régime constitutionnel britannique ont d'ailleurs profondément marqué l'évolution constitutionnelle canadienne, tant d'un point de vue politique que juridique, en raison de leur caractère séculaire ainsi que du rôle qu'ils ont occupé sur le plan historique dans la lutte menée en Angleterre contre le pouvoir absolutiste de la monarchie.

Dans son étude de la nature et de la portée des principes constitutionnels, la Cour note que ceux-ci « ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la source vitale »[79]. La Cour note également que ces principes ne se sont pas pétrifiés mais, qu'au contraire, ils sont dynamiques et nécessaires au processus évolutif qui caractérise notre Constitution. Toutefois, la Cour prend bien garde d'attirer à nouveau notre attention sur le fait que la reconnaissance de principes structurels non écrits n'est pas une raison pour sous-estimer l'importance et les avantages de la Constitution écrite. D'ailleurs, la Cour rappelle qu'une Constitution écrite assure la prévisibilité et la certitude juridique, qui sont des corollaires de la primauté du droit, tout en permettant de jeter les bases d'un contrôle judiciaire réel et effectif sur le plan constitutionnel[80]. La Cour réitère également la règle selon laquelle les principes structurels peuvent faire naître certains devoirs ou obligations et que ces obligations peuvent constituer des limites importantes pour le gouvernement. Comme l'affirme la Cour : « Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »[81]. Il s'agit donc, selon les termes utilisés par la

78. *Id.*, p. 245.
79. *Id.*, p. 248.
80. *Id.*, p. 249.
81. *Ibid.*

Cour, d'une force normative ce qui implique, à notre avis, qu'une violation de ces principes amène une sanction qui se doit d'être exécutoire et non pas seulement théorique. Cependant, il faut se rappeler que dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, la Cour avait affirmé que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'était pas une source de droit positif et que, par conséquent, les principes structurels non écrits qui en découlent, bien que créant des effets juridiques, sont avant tout des éléments servant à combler les lacunes du texte constitutionnel[82]. Sans affirmer que la Cour suprême a changé son fusil d'épaule, il est évident que l'expression « force normative puissante » note un certain changement de ton et aménage ainsi une place prépondérante aux principes structurels de la Constitution.

Lorsqu'elle arrive à l'étape de l'étude des principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit, la Cour débute par cette déclaration péremptoire : « Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement »[83]. La Cour enchaîne en faisant une brève énumération des multiples corollaires qui découlent de la primauté du droit et souligne de façon particulière la sujétion de l'exécutif au droit ainsi que les impératifs de stabilité, de prévisibilité et d'ordre normatif que cela implique. La Cour met aussi en évidence la fonction protectrice de la primauté du droit en affirmant que celle-ci est un « rempart contre l'arbitraire de l'État »[84]. Elle réaffirme également à nouveau les trois principales composantes[85] de la primauté du droit que l'on peut résumer ainsi : 1) le gouvernement et tous les citoyens sont soumis au droit; 2) l'existence et la sauvegarde d'un ordre de droit positif; 3) tout pouvoir public doit trouver son fondement et sa justification dans une règle de droit.

À la suite de ce bref survol, la Cour aborde le principe du constitutionnalisme et de son étroite relation avec la primauté du droit. Dans sa description du constitutionnalisme, la Cour suprême commence son exposé par l'étude de

82. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 69.

83. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 34, p. 257.

84. *Ibid.*

85. *Id.*, p. 258.

l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[86] qui stipule que la Constitution est la loi suprême du pays et que toute disposition contraire à celle-ci sera déclarée inopérante. Le constitutionnalisme est donc le principe en vertu duquel aucun organe du corps de l'État ne peut outrepasser les droits que la Constitution lui confère et que tout pouvoir ou autorité doit, en définitive, trouver sa source et être conforme à la Constitution[87]. La Cour poursuit son analyse en exposant les raisons qui justifient le fait qu'une Constitution soit un document législatif particulier qui est hors d'atteinte d'un changement régi par la règle de la simple majorité. Selon la Cour, trois raisons justifient une telle chose :

> Premièrement, une Constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale [...]. Deuxièmement, une Constitution peut chercher à garantir des groupes minoritaires vulnérables bénéficiant des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une Constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement.[88]

Le constitutionnalisme, allié à la primauté du droit, a donc une fonction qui assure à la fois la cohésion et l'équilibre du pouvoir politique et des institutions démocratiques et à la fois une fonction protectrice qui, par l'instauration d'un ordre hiérarchique normatif, assure le respect de certains droits et libertés susceptibles d'être affectés par les décisions du gouvernement. La Cour fait aussi remarquer que le constitutionnalisme, à l'instar de la primauté du droit, est un élément indispensable et complémentaire à la démocratie parlementaire qui est la nôtre. Dans son analyse du principe structurel que constitue la démocratie, la Cour suprême va jusqu'à affirmer que « la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C'est la loi

86. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), App. II, n° 44.

87. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 34, p. 258.

88. *Id.*, p. 259.

qui crée le cadre dans lequel la " volonté souveraine " doit être déterminée et mise en œuvre ».[89] La primauté du droit et le constitutionnalisme sont donc appelés à jouer le rôle de balises dans le processus démocratique, puisque ce sont ces principes qui déterminent les règles et procédures permettant une véritable concrétisation des principes démocratiques. Cependant, la Cour se garde bien de conclure que les relations entre la primauté du droit et la démocratie sont à sens unique. En effet, le seul respect du droit ne peut suffire et être garant à lui seul d'un véritable État démocratique. C'est pour cette raison que la notion de légitimité est toute aussi essentielle que la primauté du droit puisque, comme la Cour suprême le rappelle, les dimensions législatives et légales font appel à la légitimité, c'est-à-dire à un appel aux valeurs et traditions que partagent les citoyens formant une communauté ainsi qu'au processus de discussion et de concertation qu'implique un tel régime démocratique[90].

L'analyse de ce renvoi clôt la première partie de notre étude concernant les origines et l'évolution de la primauté du droit telle que développée par la doctrine et la jurisprudence britanniques et reprise et modifiée par la doctrine et la jurisprudence canadiennes. Notre but n'était pas tant de donner une vision arrêtée et cristallisée de la primauté du droit que de montrer les multiples facettes et avatars qui, à travers les siècles, ont contribué à enrichir et à forger ce principe fondamental de notre Constitution et qui lui permettent, encore aujourd'hui, d'être utilisé comme un argument concis, clair et implacable dans sa dimension formelle, mais aussi comme un argument spécieux et d'ordre rhétorique lorsqu'on cherche à « l'assaisonner » aux goûts du jour.

La seconde partie de cette étude sera consacrée à la recherche et à la proposition d'une application concrète du principe de la primauté du droit en matière de droit administratif concernant le privilège de la Couronne relativement aux documents de l'exécutif.

89. *Id.*, p. 256.
90. *Ibid.*

II. LA PRIMAUTÉ DU DROIT CONSTITUTIONNALISÉE ET SON APPLICATION AUX DOCUMENTS DE L'EXÉCUTIF

Puisque la primauté du droit a été reconnue comme étant un principe fondamental et structurel de la Constitution canadienne, nous pensons qu'il serait intéressant d'en mesurer l'importance et la portée d'un point de vue pratique. En raison de l'ampleur que l'information occupe dans notre société et, notamment, du rôle essentiel que l'information joue dans notre système politique et juridique, nous croyons qu'il est à propos d'analyser la question du privilège de la Couronne, relativement aux documents de l'exécutif, à la lumière du principe de la primauté du droit et de ses corollaires. Il est également intéressant de noter que cette question a récemment été soulevée par la Cour suprême du Canada dans le cadre de l'arrêt *Babcock*[91] et par le commissaire à l'information ainsi que par les médias qui ont reconnu le manque flagrant de transparence concernant la « culture du secret » qui règne au sein de l'administration fédérale et, plus particulièrement, au sein de la branche exécutive[92].

Avant d'aborder le jugement et les deux arrêts qui feront l'objet de cette seconde partie, nous ferons une brève récapitulation des principes relatifs au secret de l'exécutif au Canada et de son évolution à travers les années. Par la suite, nous poursuivrons notre étude par l'analyse des affaires *Singh*[93] et *Ethyl*[94], qui nous permettra de comprendre la complexité de la question ainsi que les problèmes et les risques d'abus que les dispositions législatives fédérales occasionnent et, surtout, de leur incompatibilité avec le principe de la primauté du droit. Nous terminerons cette étude par une décision récente de la Cour suprême du Canada, l'arrêt *Babcock*, qui nous permettra de faire une synthèse des principes fondamentaux en matière de divulgation des documents de l'exécutif.

---

91. *Babcock* c. *Canada (P.G.)*, [2002] C.S.C. 57.

92. H. BUZZETTI, « Tempête autour de la "culture du secret" à Ottawa », *Le Devoir*, Montréal, 26 juillet 2001, p. A1 et A8.

93. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, [1999] 4 C.F. 583; *Singh* c. *Canada (P.G.)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.).

94. *Commissaire à l'information* c. *Ministre de l'Environnement du Canada*, [2001] 3 C.F. 514 (Affaire *Ethyl*).

A. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RELATIFS AU SECRET DE L'EXÉCUTIF

Le droit administratif ayant pour objet « d'établir un équilibre juste et réaliste entre les besoins de l'administration publique et les droits des particuliers »[95], le domaine du secret de l'exécutif, de par sa nature même, soulève une problématique fondamentale qui relève à la fois du droit administratif, en tant que tel, ainsi que du droit constitutionnel. En effet, comme le soulignent les auteurs Dussault et Rhéaume, le droit du secret administratif pose « tout le problème du conflit possible, dans un régime démocratique, entre l'intérêt public apprécié par les détenteurs du pouvoir exécutif et l'intérêt supérieur de l'administration de la justice »[96].

Au Canada, le droit du secret de l'exécutif ne relève point d'un phénomène de « génération spontanée », mais plutôt d'une évolution qui tient sa source de l'héritage du droit anglais. En droit fédéral, ce domaine particulier du droit administratif et constitutionnel a relevé successivement de la *Loi sur la Cour fédérale*[97] et de la *Loi sur la preuve au Canada*[98], le tout tempéré par les différents courants jurisprudentiels qui y sont rattachés.

À cet égard, une brève rétrospective de l'évolution historique de ces règles nous apparaît s'imposer, afin de circonscrire de façon adéquate le sujet de la présente étude. Aussi, allons-nous analyser successivement l'héritage du droit anglais, en rapport avec le secret de l'exécutif, pour ensuite examiner de façon particulière comment ces règles anglo-saxonnes ont influencé le droit fédéral applicable au secret de l'exécutif.

95. R. DUSSAULT, J. RHÉAUME, *Le rôle de la jurisprudence et de la législation dans le développement du droit du secret administratif en Angleterre, au Canada, au Québec et dans les autres provinces*, Cambridge Lectures, 1985, n° 27, 351, p. 355.

96. *Ibid.*

97. *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, c. F-7.

98. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5.

1. L'héritage du droit anglais

L'héritage jurisprudentiel anglais étant abondant, comme le souligne avec raison le professeur Henri Brun[99], notre approche historique prendra comme point de départ l'arrêt *Duncan*, rendu par la Chambre des lords en 1942[100]. Dans cette affaire, l'appelant Duncan, demandeur dans une action en dommages contre un particulier, à la suite de la mort de 99 personnes dans le naufrage d'un sous-marin de la marine britannique, demandait la production de certains documents, plus particulièrement le contrat de construction du sous-marin ainsi qu'un rapport sur la construction de celui-ci et de nombreux plans et spécifications de ses différentes parties[101]. Les autorités gouvernementales se sont objectées à la production des documents requis par Duncan au motif que ces documents ne pouvaient être produits, relevant de l'intimité de l'exécutif.

Rendant jugement pour la Chambre des lords, lord Simon énonçait spécifiquement que, dans chacun des cas, il y avait lieu d'examiner où se situait l'intérêt public, cet examen pouvant se faire, soit en examinant le document lui-même de façon spécifique, soit en classant le document dans une série ou catégorie de documents qui devaient ou non être produits selon le cas, le tout eu égard à l'intérêt public en tant que tel. À cet égard, lord Simon s'exprimait en ces termes :

> The principle to be applied in every case is that documents otherwise relevant and liable to production must not be produced if the public interest requires that they should be withheld. This test may be found to be satisfied either (a) by having regard to the contents of the particular document or (b) by the fact that the document belongs to a class which, on grounds of public interest, must as a class be withheld from production.

---

99. H. BRUN, « La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif », (1973) 14 *C. de D.* 387, p. 398.

100. *Duncan* c. *Cammell*, (1942) 1 All. E.R. 587.

101. Nous référons, pour le résumé des faits, au texte du professeur H. BRUN, *loc. cit.*, note 99, p. 399.

> Two further matters remain to be considered. First, what is the proper form in which objection should be taken that the production of a document would be contrary to the public interest? Secondly, when this objection is taken in proper form, should it be treated by the Court as conclusive, or are there circumstances in which the judge should himself look at the documents before ruling as to their production?[102]

Ainsi, suivant les principes qui nous semblent se dégager de l'arrêt *Duncan* et comme le souligne le professeur Henri Brun :

> Il existerait, de par la volonté des tribunaux, des catégories de documents privilégiés relevant exclusivement de l'exécutif [...] l'existence même de catégorie de documents impliquant nécessairement que les documents entrant dans ces catégories n'ont pas à être examinés à la pièce.[103]

En 1968, la Chambre des lords décidait de l'affaire *Conway* c. *Rimmer*[104], jugement que certains ont considéré comme marquant un renversement de la jurisprudence rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *Duncan*[105].

Les faits de la cause sont relativement simples. Conway, un ancien policier, fit l'objet d'accusations criminelles sur recommandation de son supérieur Rimmer. Ayant été acquitté, il poursuivit Rimmer en dommages et, dans le cadre de la preuve qu'il voulut faire, il réclama la production de rapports rédigés sur son compte par Rimmer durant sa période de probation. Le ministre responsable s'opposa au dépôt de ces documents, alléguant qu'ils faisaient partie d'une catégorie de documents que l'intérêt public ne permettait pas de dévoiler, le ministre alléguant de plus que la sincérité des personnes ayant rédigé de semblables documents s'en trouverait affectée[106].

---

102. *Duncan* c. *Cammell*, *supra*, note 100, p. 592.
103. H. BRUN, *loc. cit.*, note 99, p. 400.
104. *Conway* c. *Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L).
105. H. BRUN, *loc. cit.*, note 99, p. 400.
106. Nous référons pour le résumé des faits, au texte du professeur H. BRUN, *Id.*, p. 400-401.

Dans son analyse de la problématique soumise, la Chambre des lords énonça trois principes applicables, lesquels sont résumés comme suit par le professeur Brun, à savoir que :

— la Chambre des lords maintient le principe selon lequel il y a lieu de voir, dans chaque cas, si l'intérêt public du gouvernement l'emporte sur l'intérêt public de la justice[107];
— le Tribunal confirme l'idée qu'il existe des catégories de documents dont l'inspection par les tribunaux tient au bon vouloir du gouvernement[108];
— la Chambre des lords précise que les documents dont la divulgation risquerait seulement de diminuer la sincérité de leurs auteurs habituels ne peuvent, pour ce seul motif, former une catégorie de documents privilégiés ni entrer dans la catégorie de ceux dont le secret est essentiel au bon fonctionnement de l'État[109].

Depuis l'arrêt *Conway*, la Chambre des lords a rendu, entre 1968 et 1973, trois arrêts en la matière, lesquels ont confirmé les énoncés principaux des arrêts *Duncan* et *Conway*. Ainsi, dans l'affaire *Rogers* v. *Secretary of State*[110], il a été décidé « qu'une lettre envoyée par un chef de police au *Gaming Board*, dans le but d'aider celui-ci à exécuter une des fonctions que lui confie la loi, était un document privilégié »[111].

Dans une autre décision rendue en 1973, la Chambre des lords décidait que les « rapports fournis aux commissaires aux douanes par les exportateurs, pouvaient être produits en Cour »[112]. Enfin, dans une autre affaire en 1973, la Chambre des lords confirmait une décision de la Cour d'appel selon laquelle « la production de documents gouvernementaux relatifs à un conflit judiciaire en matière de taxes de vente ne pouvait être requise à l'occasion de ce conflit »[113].

---

107. *Id.*, p. 401.
108. *Ibid.*
109. *Ibid.*
110. *Rogers* v. *Secretary of State*, [1972] 2 All. E.R. 1057.
111. H. BRUN, *loc. cit.*, note 99, p. 402.
112. *Norwich Pharmacal Co.* c. *Commissionners of Customs and excise*, [1973] 2 All E.R. 943.
113. *Crompton* c. *Commissionners of Customs and Excise* (N° 2), The Times, Londres, le 5 juillet 1973, cité dans H. BRUN, *loc. cit.*, note 99, p. 402-403.

Dans le cadre des décisions dont nous venons de faire état, il semble que le droit anglais, en ce qui concerne le privilège de l'exécutif de s'opposer à la production de documents publics en Cour, soit orienté, suivant l'expression du professeur Henri Brun, « dans le sens libéral »[114]. En effet, comme le souligne l'auteur :

> 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 de documents. Toutefois, il a continué d'être admis qu'existent aussi des catégories de documents dont la maîtrise appartient exclusivement à l'exécutif.[115]

2. Le secret de l'exécutif en droit fédéral canadien

Sur le plan de la législation fédérale, la situation est nettement différente de ce qu'elle est en droit anglais ou dans les provinces canadiennes, en ce que toute la question du secret de l'exécutif n'est point déterminée ou sujette à suivre une règle de common law. Les principes applicables ayant plutôt été établis formellement sur la base d'un énoncé législatif.

Ainsi, dans un tel cas, le fait de dévoiler ou de mettre en preuve un document de l'exécutif pourrait être refusé sans aucun examen ni audition d'un Tribunal, et ce, en vertu de la volonté du législateur fédéral. En effet, dans le cadre d'une disposition législative adoptée en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*[116], il a été établi qu'il existe des documents et des catégories de documents échappant à toute emprise des tribunaux, même pour la seule fin d'examen, lesquels documents, suivant l'affidavit d'un ministre, seraient préjudiciables aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale[117].

Quant à déterminer l'effet de la disposition législative adoptée en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, relativement au secret de l'exécutif, le professeur Henri Brun soulignait avec raison que « les catégories sont donc fixées, mais leur

---

114. H. BRUN, « L'exécutif et ses documents : orientation récente du droit canadien », (1974) 15 *C. de D.* 658.

115. *Id.*, p. 662.

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

117. H. BRUN, *loc. cit.*, note 99, p. 403.

contenu, surtout ceux des deux dernières années, peuvent manifestement s'avérer suffisamment extensifs pour finalement englober tous les documents qui impliquent les paliers supérieurs de la hiérarchie exécutive »[118].

En 1982, les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* étaient abrogées et remplacées par les articles 36.1, 36.2 et 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*[119].

Comme le soulignent les auteurs Dussault et Rhéaume,

> [...] plus élaborées que celles adoptées en 1970, ces dispositions visent principalement à étendre expressément le pouvoir de contrôle judiciaire aux renseignements dont la divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales et partant, de reconnaître implicitement le pouvoir d'examen de ces documents. En revanche, elles interdisent expressément tout examen et, par conséquent, toute divulgation des renseignements confidentiels du Cabinet.[120]

Enfin, dans le cadre d'une modification législative adoptée en 1985, le législateur canadien modifiait la *Loi sur la preuve au Canada* et adoptait formellement les dispositions de l'article 39, lesquelles se lisent comme suit :

> 39 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.
>
> (2) Pour l'application du paragraphe (1), un « renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada » s'entend notamment d'un renseignement contenu dans :
>
> a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

118. *Id.*, p. 403-404.

119. *Loi sur la preuve au Canada*, S.C., 1980-81-82-83, c. 111, sanctionnée le 7 juillet 1982 et entrée en vigueur le 23 novembre 1982.

120. R. DUSSAULT, J. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 95, p. 360-361.

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise de décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement;

(3) Pour l'application du paragraphe (2), « Conseil » s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, ou Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.[121]

Comme le souligne avec raison le professeur Mullan, en vertu de cette nouvelle disposition législative, laquelle est encore applicable aujourd'hui, c'est le certificat d'un ministre de la Couronne ou du greffier du Conseil privé qui crée l'immunité en tant que telle[122].

C'est ainsi que dans cette seconde partie de notre étude, nous tenterons de déterminer dans quelle mesure les documents de l'exécutif peuvent ou non échapper à l'autorité et à l'examen des tribunaux, et surtout de déterminer dans quelle mesure ce privilège accordé à l'exécutif est compatible avec la primauté du droit.

---

121. *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 98, art. 39.

122. D. MULLAN, *Administrative Law*, Irwin Law, Toronto, 2001, p. 278.

B. LES AFFAIRES *SINGH*, *ETHYL*, *BABCOCK* ET LES DOCUMENTS DU CABINET

Ces affaires[123] soulèvent des questions fort importantes en matière de droit constitutionnel et administratif, puisqu'elles concernent la validité constitutionnelle de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* analysée à la lumière des principes fondamentaux et structurels de la Constitution du Canada, à savoir la primauté du droit, la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la magistrature. Puisque ces arrêts constituent un élément majeur de notre étude, nous pensons qu'il s'avère important de faire un exposé détaillé des faits qui ont donné naissance à ces affaires.

1. L'affaire *Singh*

En 1997, à la suite à la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (A.P.E.C.), le demandeur, Singh, ainsi que d'autres citoyens, ont déposé des plaintes auprès de la Commission des plaintes du public (ci-nommée la Commission) contre la Gendarmerie royale du Canada (ci-nommée G.R.C.) concernant la conduite de membres de la G.R.C. dans le cadre de l'exécution de leurs fonctions. Les plaignants alléguaient que leurs libertés fondamentales de réunion et d'expression avaient été violées par les agents de la G.R.C.

En 1998, la Commission décida, au nom de l'intérêt public et en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*[124], de tenir une audience devant les membres de la Commission (ci-nommée, la Formation). En février 1998, M. Gérald Morin fut nommé président de la Formation, mais, à la suite de la démission de celui-ci, M. Ted Hughes y fut nommé à titre de président, en décembre 1998, afin d'étudier les plaintes déposées. À la suite d'un avis de requête déposé

123. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93; *Commissaire à l'information* c. *Ministre de l'Environnement*, *supra*, note 94; *Babcock* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 91.

124. *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. 8, (2e suppl.).

en janvier 1999, le commissaire Hughes décida que la Commission avait la compétence nécessaire afin d'enquêter :

> [...] sur la question de savoir si le très honorable Jean Chrétien, Premier Ministre du Canada, les membres du Cabinet du Premier Ministre (CPM), le Bureau du Conseil privé (BCP) ou le gouvernement du Canada aurait donné des directives ou des ordres inappropriés à des membres de la G.R.C. relativement à la question de la sécurité lors de la conférence de l'A.P.E.C.[125]

Le commissaire Hughes décida également que la Commission avait compétence pour tirer des conclusions ainsi que pour formuler des recommandations en ce qui a trait à la sécurité lors de la conférence de l'A.P.E.C. et à la question de l'ingérence politique de la part du gouvernement. Il faut aussi souligner qu'en raison de la compétence de la Commission et du fait que celle-ci était un tribunal établi par la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, le commissaire Hughes décida que la Commission avait la compétence d'enjoindre à toute personne, dont la Commission jugeait le témoignage nécessaire, de venir témoigner. Le commissaire Hughes affirma aussi que le mandat de la Commission était d'enquêter sur la conduite des membres de la G.R.C. relativement aux incidents allégués et que cette question était le but, la fonction et la raison d'être de l'enquête.

En avril 1998, les avocats de la Commission avaient déjà demandé aux avocats du gouvernement du Canada certains documents jugés importants pour l'accomplissement du mandat confié à la Commission. En octobre 1998, une série de certificats furent émis par des fonctionnaires du gouvernement canadien. Parmi ces certificats se trouvaient ceux émis par le greffier du Conseil privé qui, en vertu de l'article 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, s'opposait à la divulgation de huit documents qui, à son avis, contenaient des renseignements confidentiels du Conseil privé. En février 1999, le greffier du Conseil privé s'opposa à la divulgation de nouveaux documents gouvernementaux qui, en vertu du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au*

125. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93, p. 594.

Canada, contenaient des renseignements du Conseil privé et ne pouvaient également être divulgués.

Il est à noter que dès décembre 1997, la G.R.C. avait préparé un document relatif aux mesures de sécurité de l'A.P.E.C. et dans lequel on y affirmait que le Cabinet du Premier Ministre n'avait été aucunement impliqué dans la mise en place des mesures de sécurité. Cependant, les avocats du gouvernement canadien présents à l'audition de la Commission ont affirmé que des agents du Cabinet du Premier Ministre avaient eu des discussions avec des policiers affectés à la sécurité de l'A.P.E.C. Malgré cette déclaration, les avocats du gouvernement ont néanmoins précisé que la G.R.C. était, en définitive, le seul organisme responsable de la sécurité et que celle-ci avait le dernier mot. Notons finalement, l'existence de preuves documentaires qui ont été déposées au dossier et qui révèlent que le Cabinet du Premier Ministre aurait communiqué avec la G.R.C. afin de demander à celle-ci que :

> [traduction] « tout ce qui peut être fait soit fait afin d'apaiser les inquiétudes des indonésiens ».[126]

Et cela afin que le président indonésien participe à la conférence et aux discussions de l'A.P.E.C. C'est donc sur fond de tractations politiques et policières à propos de ce que certains ont surnommé le « Pepper Gate » que l'affaire Singh a pris son envol[127].

À la suite du refus du greffier du Conseil privé de communiquer les renseignements demandés, les avocats de la Commission ne firent rien afin de contester cette décision. Le 13 avril 1999, le demandeur intenta une action en jugement déclaratoire visant à faire déclarer inconstitutionnel l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

La Cour fédérale rejeta l'action en jugement déclaratoire en faisant valoir que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* respectait l'indépendance de la magistrature et la

126. *Id.*, p. 595.

127. Il est à noter que le commissaire Hughes, qui a remis son rapport, est notamment arrivé à la conclusion qu'il y a eu une « implication déplacée du gouvernement ». Voir l'article de M. CORNELLIER, *Le Devoir*, Mardi 7 août 2001, p. A-1.

primauté du droit. Comme nous le verrons, la Cour d'appel fédérale analysa ces questions de façon plus détaillée.

a) Analyse et décision de la Cour d'appel

D'emblée, la Cour d'appel affirme, sous la plume du juge Strayer, qu'elle est d'accord avec l'ensemble des conclusions auxquelles le juge de première instance est arrivé et qu'elle ne fera qu'approfondir certaines questions[128].

La Cour d'appel débute son analyse par l'étude de la souveraineté parlementaire à propos de laquelle elle affirme que ce principe est toujours en vigueur au Canada et qu'il s'exerce dans le cadre d'une Constitution écrite et qu'il faut se référer aux dispositions constitutionnelles pertinentes afin de savoir si le Parlement a excédé ou non sa compétence[129]. Le juge Strayer souligne, par la suite, que le Parlement du Canada a pleine compétence pour légiférer en matière d'immunité relative à la Couronne fédérale et que, par conséquent, le Parlement fédéral était en droit d'adopter l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Après cette conclusion, la Cour aborde la raison d'être de l'article 39 qui est le principe de la solidarité du Cabinet, en vertu duquel il est fondamental que les membres du Cabinet puissent s'exprimer librement et en toute franchise et que les discussions du Cabinet doivent, pour cette raison, demeurer confidentielles[130].

La Cour passe ensuite à l'examen du principe de la séparation des pouvoirs. Le juge Strayer semble, contrairement au juge de première instance, reconnaître l'existence du principe de la séparation des pouvoirs en droit constitutionnel canadien, mais il s'empresse d'ajouter :

> [qu']il est difficile de voir dans le principe de la soi-disant doctrine de la séparation des pouvoirs une norme et non une description (générale). Si de fait elle avait son origine dans le préambule, il est difficile de la réconcilier avec les principes de la Constitution du Royaume-Uni [...].[131]

128. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93, p. 200.
129. *Id.*, p. 204.
130. *Id.*, p. 206.
131. *Id.*, p. 210.

La Cour poursuit son analyse de la question en soulevant le problème posé en l'espèce, à savoir la décision du Parlement d'interdire aux tribunaux le droit d'examiner les documents du Conseil privé, dont il est fait mention à l'article 39, et d'attribuer certains pouvoirs au greffier du Conseil privé. De l'avis du juge Stayer, l'article 39 ne confère pas au greffier du Conseil privé un pouvoir de nature judiciaire, puisque le greffier ne fait qu'émettre une attestation qui, en raison de la nature du sujet, est exécutoire[132]. La Cour affirme d'ailleurs qu'il est normal que le pouvoir exécutif puisse, par le biais d'une loi, jouir d'une certaine latitude dans la gestion et l'identification des documents et qu'il s'agit en fait d'un processus de décision interne nécessaire à la protection des délibérations du Cabinet[133].

La Cour en vient par la suite à l'étude du principe de la primauté du droit à propos duquel elle rappelle les trois principales composantes qui sont, comme nous l'avons déjà vu, la suprématie du droit sur les actes du gouvernement, le maintien d'un ordre réel de droit positif et le principe selon lequel tout pouvoir doit tirer sa source d'une règle de droit[134]. La Cour poursuit en affirmant que la primauté du droit est respectée en l'espèce, puisque l'article 39 est un élément du droit positif et qu'il a été adopté dans un champ de compétence qui respecte la Constitution. La Cour souligne également le fait que :

> [...] la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, on reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial.[135]

Bref, la Cour ne fait que réitérer le principe en vertu duquel le Parlement peut, s'il le désire, attribuer certaines immunités à l'exécutif dans le cadre de son champ de compétence. La primauté du droit ne permet donc pas, de l'avis de

132. *Id.*, p. 211.
133. *Id.*, p. 212.
134. *Id.*, p. 213.
135. *Id.*, p. 215.

la Cour, d'écarter ou d'invalider les dispositions de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Lorsque la Cour aborde l'argument relatif à l'indépendance de la magistrature, celle-ci fait remarquer que ce privilège est aussi invoqué en conjonction avec le principe de la primauté du droit et celui de la séparation des pouvoirs. Dans un premier temps, la Cour se dit d'accord avec la décision rendue par le juge de première instance, puisque les composantes de l'indépendance de la magistrature (inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative) sont respectées[136]. De plus, la Cour déclare que l'article 39 ne compromet en rien l'indépendance et l'impartialité d'un juge d'un tribunal judiciaire, puisque ce dernier ne subit aucune « pression inappropriée », mais qu'il se voit simplement refuser l'accès à certains documents[137]. La Cour est également d'avis que l'article 39 respecte les limitations constitutionnelles relatives à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 11*d*) de la Charte canadienne. En effet, les pouvoirs conférés au greffier du Conseil privé, la délivrance d'attestations certifiées, ne sont pas des fonctions traditionnelles et nécessaires d'une Cour supérieure telle qu'elle existait en 1867[138]. La Cour croit également que l'audience devant la Commission n'a aucune similitude et n'est pas de même nature qu'un procès pénal et que, en conséquence, l'article 11*d*) n'est pas violé[139]. Selon le juge Strayer, la Cour peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, contrôler l'attestation délivrée par le greffier en vertu de l'article 39, mais elle ne peut en contrôler que l'aspect formel et procédural ; elle ne peut non plus en contrôler la véracité du contenu[140].

La Cour en vient finalement à l'analyse du dernier argument avancé par le demandeur, c'est-à-dire l'inapplicabilité de l'article 39. Rappelons seulement qu'aux dires du demandeur l'article 39 permet, en l'espèce, d'exempter l'exécutif d'un examen relatif à ses agissements et de la conformité de ceux-ci avec la Constitution et que, par conséquent, la Cour a

136. *Id.*, p. 216.
137. *Ibid.*
138. *Id.*, p. 217.
139. *Ibid.*
140. *Id.*, p. 218.

le devoir de limiter l'application de l'article 39 afin que l'exécutif soit obligé de répondre de ses faits et gestes. À cet argument, la Cour rétorque simplement « qu'il n'y a aucune allégation d'inconduite de la part de "l'exécutif" » et que l'enquête de la Commission ne cherche à faire la lumière que sur le comportement de la G.R.C.[141]. La Cour fait aussi remarquer qu'il serait possible, par le contrôle judiciaire, d'attaquer la compétence du greffier concernant une hypothétique application inconstitutionnelle de l'article 39 mais que :

> [...] la juridiction saisie du recours au contrôle judiciaire se heurterait à un certain obstacle du fait qu'il lui serait interdit d'examiner les documents faisant l'objet de l'attestation visée au paragraphe 39 (1).[142] (Nous soulignons.)

À la suite de cet euphémisme, la Cour clôt son étude du dossier en affirmant que si elle faisait droit aux arguments du demandeur, cela aurait « pour effet de réduire de façon draconienne la protection absolue des délibérations du Cabinet [...] »[143]. Faut-il en conclure que la réduction draconienne d'une protection absolue conduirait à une protection relative inacceptable? N'existe-t-il pas un juste milieu? C'est ce que nous tenterons de voir dans la prochaine sous-partie de cette étude.

b) Analyse critique des motifs et de la décision de la Cour d'appel fédérale

Comme nous l'avons vu, la doctrine de la séparation des pouvoirs n'est, aux yeux de la Cour d'appel fédérale, qu'une description générale et non une norme constitutionnelle[144]. Le juge Strayer affirme d'ailleurs que cette doctrine est difficilement réconciliable avec les principes de la Constitution du Royaume-Uni[145]. Cependant, la réalité semble être tout autre. En effet, en 1985, la Cour suprême du Canada reconnaissait l'existence d'une séparation des pouvoirs au

141. *Id.*, p. 220.
142. *Id.*, p. 221.
143. *Id.*, p. 222.
144. *Id.*, p. 210.
145. *Ibid.*

Canada qu'elle décrivait en ces termes : « Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi [...] »[146]. Notons aussi que, dès 1956, le professeur Lederman publiait un important article[147] dans lequel il affirmait que les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* instauraient une véritable séparation des pouvoirs à l'endroit des cours supérieures et des cours fédérales. Soulignons également que dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, le juge Lamer, au nom des sept autres juges composant la majorité, affirma que la séparation des pouvoirs était en fait la source de l'indépendance de la magistrature[148]. Comme l'expliquent les professeurs Brun et Tremblay, la séparation des pouvoirs existe surtout au profit de la branche judiciaire :

> La séparation des pouvoirs est donc dans notre droit un principe de portée restreinte. Elle n'a pour objet que le statut d'une des fonctions de l'État, la judiciaire, par rapport aux deux autres, les législative et exécutive.[149]

De plus, contrairement à ce qu'affirme le juge Strayer, il n'est pas difficile de concilier la séparation des pouvoirs avec les principes de la Constitution du Royaume-Uni, puisque la séparation des pouvoirs est un des principes fondateurs de la Constitution britannique. Comme le fait remarquer lord Diplock dans l'affaire *Duport Steels* v. *Sirs* :

> [T]he British Constitution, though largely unwritten, is firmely based on the separation of powers : Parliament makes the laws, the judiciary interprets them.[150]

---

146. *Fraser* c. *C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470. Deux ans auparavant, la Cour suprême avait également reconnu l'existence de la séparation des pouvoirs dans *McEvoy* c. *P.G. du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704.

147. W.R. LEDERMAN, "The Independance of Judiciary", (1956) 34 *R. du B. can.* 769-809 et 1139-1179.

148. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 87.

149. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, *supra*, note 9, p. 761.

150. *Duport* v. *Sirs*, [1980] 1 All E.R. 529, p. 541.

Nous pouvons donc constater que loin d'être une simple description, le principe de la séparation des pouvoirs, entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs législatif et exécutif, est bel et bien une norme qui peut d'ailleurs être qualifiée de fondamentale en raison du rôle essentiel que celle-ci occupe au sein de notre Constitution.

En ce qui concerne l'argument relatif à l'indépendance de la magistrature, commençons d'abord par souligner le fait que ce principe est, comme nous l'avons déjà fait remarquer, un corollaire de la séparation des pouvoirs, mais aussi un corollaire de la primauté du droit. Cependant, nous traiterons cet aspect dans le cadre de notre prochain point et nous nous cantonnerons, pour l'instant, au simple exposé du principe de l'indépendance de la magistrature relativement aux propos tenus par le juge Strayer. Ce dernier affirme, en effet, que « L'article 39 ne porte nullement atteinte à l'inamovibilité, la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges [...] »[151] telles qu'expliquées par l'arrêt *Valente*[152]. Il nous faut d'abord préciser que les trois composantes auxquelles le juge Strayer fait référence ne sont pas les seuls éléments qui constituent le principe de l'indépendance de la magistrature. Ainsi que le rappelait le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* :

> Les trois caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature — inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative — doivent être distinguées de ce que j'ai appelé les deux dimensions de l'indépendance judiciaire. Dans Valente, le juge Le Dain a fait une distinction entre les deux dimensions de l'indépendance judiciaire, l'indépendance individuelle d'un juge et l'indépendance institutionnelle ou collective de la Cour ou du Tribunal auquel le juge appartient.[153]

Et l'honorable juge d'expliquer un peu plus loin :

> [...] Les caractéristiques essentielles de la magistrature et les dimensions de cette indépendance sont deux concepts très

151. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93, p. 216.
152. *Valente* c. *R*, [1985] 2 R.C.S. 673.
153. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 33, p. 81-82.

> différents. Les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature sont des facettes distinctes de la définition de cette indépendance.[154]

Par conséquent, il est donc possible, comme le juge Lamer l'indique d'ailleurs, qu'une caractéristique ait à la fois une dimension institutionnelle et une dimension individuelle. Les motifs du juge Strayer sont donc lacunaires en ce sens qu'ils font abstraction de l'aspect institutionnel de l'indépendance de la magistrature. En effet, lorsque le juge Strayer parle de l'inamovibilité, il ne fait référence qu'à l'aspect individuel de la magistrature alors que celle-ci implique également un aspect collectif et institutionnel. Comme le déclare le juge en chef Lamer :

> [...] l'indépendance institutionnelle de la magistrature découle du rôle des tribunaux en tant qu'organes constitutionnels et protecteurs de la Constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées — la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes.[155]

À notre avis, l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* constitue une violation de l'aspect institutionnel de l'indépendance et de l'impartialité de la magistrature puisqu'il vient limiter la compétence juridictionnelle des tribunaux en les empêchant de contrôler la légalité des décisions prises par le greffier du Conseil privé, et ce, même par le biais du contrôle judiciaire où le juge ne peut vérifier que la forme de l'attestation du greffier sans avoir droit aux documents auxquels celle-ci réfère. Bref, la Cour ne pourra jamais vérifier si le greffier n'a pas erré en droit dans son interprétation et son application de l'article 39. L'exécutif est ainsi mis à l'abri du regard des tribunaux concernant les décisions prises par le greffier du Conseil privé. L'indépendance institutionnelle est donc minée par le fait que les tribunaux ne peuvent plus jouer le rôle de « protecteurs de la Constitution et des valeurs qui y sont enchâssées »[156]. Notons également

154. *Ibid.*
155. *Id.*, p. 84.
156. *Ibid.*

que l'indépendance de la magistrature est non seulement un principe fondamental contre les possibles abus de l'exécutif, mais qu'il sert aussi « à contrer toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif au moyen de lois »[157] puisqu'il y a ingérence de la part de l'exécutif. Ce qui implique que, contrairement à ce que pense le juge Strayer, le simple fait que le Parlement fédéral ait légiféré dans son champ de compétence, à savoir l'immunité accordée à la Couronne fédérale, ne suffit pas à affirmer que l'article 39 est nécessairement valide et constitutionnel car la disposition législative doit également être conforme aux autres impératifs constitutionnels, dont la primauté du droit constitue sans nul doute l'un des principes les plus essentiels.

À la lecture des motifs énoncés par la Cour d'appel, il est surprenant de constater le peu de cas que celle-ci fait du principe de la primauté du droit. En effet, la Cour d'appel se borne à rappeler uniquement les trois composantes du principe de la primauté de droit, mais ne fait aucunement mention des principaux corollaires qui en découlent. De l'avis du juge Strayer « [...] la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents [...] »[158]. En d'autres termes, la primauté du droit n'exclut pas le fait que la Couronne puisse se voir attribuer certains privilèges ou immunités. Cependant, ce que le juge Strayer a omis de dire est qu'un privilège attribué à la Couronne ne peut évincer de façon complète et absolue le pouvoir judiciaire. S'il est vrai que la soumission de tous au droit ne signifie pas que le droit est applicable à tous de la même façon, il n'en demeure pas moins que le principe en vertu duquel tous sont soumis au droit implique nécessairement l'existence d'un arbitre indépendant qui interprète, applique et sanctionne le droit, c'est-à-dire l'existence de tribunaux judiciaires. Comme le rappellent les professeurs Brun et Tremblay :

> Du premier des agents de l'État jusqu'au plus humble citoyen, tous sont soumis au droit interprété et appliqué par les tribunaux.[159]

157. *Id.*, p. 85.
158. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93, p. 215.
159. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 9, p. 698.

Ainsi, une loi ne peut conférer un privilège à l'exécutif qui fait de ce dernier le seul et unique titulaire pouvant interpréter et appliquer une disposition législative et qui, du même coup, interdit aux tribunaux judiciaires de vérifier et de surveiller l'interprétation et l'application que l'exécutif donne à la disposition législative en question. Pourtant, c'est exactement ce que fait l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Dans ses motifs, le juge Strayer affirme que les pouvoirs attribués au greffier du Conseil privé, par l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ne sont pas des pouvoirs de nature judiciaire et que le greffier ne fait qu'émettre une attestation qui a force obligatoire, sans plus[160]. Voilà une vision très réductrice du travail qu'effectue le greffier du Conseil privé dans le cadre de l'application de l'article 39. En effet, le juge Strayer semble oublier que c'est le greffier, et lui seul et non un juge, qui interprète et applique l'article 39 et qui, par la suite, rend une décision concernant la divulgation des documents. À cela, le juge répond que :

> Le déni du droit de regard du juge judiciaire a été tempéré pour la première fois par l'adoption d'une définition légale de « renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada » [...].[161]

Par conséquent, il semblerait que le greffier ne fasse qu'appliquer les termes clairs de la loi. Cependant, la réalité est tout autre. D'une part, il faut reconnaître que, bien que le paragraphe 2 de l'article 39[162] fasse une énumération de ce qu'implique le terme « renseignements confidentiels », la définition inscrite à l'article 39 est très floue et vague en raison du mot « notamment » qui indique que l'énumération n'est pas exhaustive. De plus, le paragraphe 4 de l'article 39[163] fait mention d'exceptions qui, comme nous le verrons ultérieurement, sont susceptibles d'être interprétées et appliquées de façon erronée par le greffier du Conseil privé. Si, comme la Cour suprême l'affirme : « les rapports entre l'État et les indi-

160. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93, p. 211.
161. *Id.*, p. 208.
162. *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 98, art. 139.
163. *Ibid.*

vidus doivent être régis par le droit »[164], cela signifie aussi, comme nous l'avons déjà dit, qu'il doit exister un organe qui interprète et applique le droit de façon indépendante et impartiale afin d'exclure l'arbitraire.

Notons également qu'en vertu de la primauté du droit, les titulaires de pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires ont le devoir d'agir de façon impartiale. Ainsi que le fait remarquer le professeur Denis Lemieux :

> L'exigence d'impartialité constitue un principe général du droit et possède une large assise juridique, tant législative que jurisprudentielle. [...] Cette règle jurisprudentielle repose en fait sur la *rule of law*, qui prévoit l'égalité de traitement des individus devant la loi.[165]

Qui plus est, non seulement cette exigence d'impartialité, plus connue sous la maxime *Nemo judex in sua causa*, impose que le titulaire du pouvoir agisse de façon impartiale, mais elle impose en plus qu'il y ait aussi apparence d'impartialité, et ce, même dans le cadre d'un processus quasi judiciaire, où la flexibilité et une certaine latitude sont nécessaires :

> Je rappelle toutefois que cette nécessaire flexibilité, et la difficulté d'isoler les éléments essentiels de l'impartialité institutionnelle, ne doivent pas permettre d'éluder les lacunes sérieuses d'un processus quasi judiciaire. La perception d'impartialité reste essentielle au maintien de la confiance du public dans le système de justice.[166]

Il est à noter que le critère, afin de déterminer s'il y a ou non partialité institutionnelle, est :

> qu'une personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, éprouve une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas.[167] (Nous soulignons.)

---

164. *Singh* c. *Canada (P.G.)*, *supra*, note 93, p. 213.
165. D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 51, p. 549.
166. *2747-3174 Québec inc.* c. *Régie des permis d'alcool du Québec*, [1996] 3 R.C.S. 919, p. 952, le juge Gonthier au nom de la majorité.
167. *Id.*, p. 951.

À notre avis, compte tenu du fait que le greffier du Conseil privé est nommé par l'exécutif (le gouvernement) sur proposition du Premier Ministre[168], il ne fait aucun doute qu'il existe une très grande crainte raisonnable de partialité, puisque le greffier est appelé à occuper des fonctions quasi judiciaires dans l'interprétation et l'application de l'article 39 tout en étant un proche collaborateur des membres du Cabinet. Il existe donc une dualité des rôles qui met sérieusement en doute l'impartialité du greffier sachant que ce dernier n'est aucunement inamovible et qu'il peut, par conséquent, subir une forte pression de la part des membres du Cabinet. Effectivement, le greffier du Conseil privé est appelé, par la multiplicité de ses fonctions, à un devoir de loyauté envers le Conseil privé et ses membres, dont les membres du Cabinet, mais aussi à un devoir d'impartialité lorsqu'il est appelé à déterminer si, oui ou non, certains documents peuvent être divulgués. De façon concrète et réaliste, il est clair que la divulgation de certains documents du Cabinet, surtout dans le cadre d'une commission d'enquête, est potentiellement susceptible de nuire à la crédibilité du gouvernement. Il est donc certain que le greffier se voit pris entre l'arbre et l'écorce et peut difficilement faire preuve d'impartialité sachant que la divulgation de documents « chauds » pourrait lui coûter son poste si la décision qu'il rendait déplaisait au gouvernement. En un sens, le greffier du Conseil privé est, dans sa fonction d'interprétation et d'application de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, juge et partie dans sa cause. En effet, il doit veiller à une application impartiale de l'article 39 tout en veillant aux intérêts du Conseil privé, dont les membres n'ont pas intérêt à ce que certains documents soient divulgués, et cela, non seulement en raison du principe de la solidarité ministérielle, mais aussi en raison de secrets et d'intérêts politiques plus que douteux, qui, aux dires du Commissaire à l'information, semblent avoir donné naissance à une véritable « culture du secret »[169]. Rappelons que le principe selon lequel une personne ne peut être juge et partie dans sa cause est fondamental en droit anglais ainsi

168. D. LEMIEUX et P. ISSALYS, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 248-249.

169. Voir l'article de H. BUZZETTI, *loc. cit.*, note 92.

qu'en droit canadien et qu'il découle, comme nous l'avons vu dans la toute première partie de cette étude, de la primauté du droit telle qu'elle fut développée à ses débuts[170].

À la lumière de tous les principes exposés, tant constitutionnels que ceux relatifs au droit administratif et, plus spécifiquement en regard du principe constitutionnalisé de la primauté du droit, il nous semble incontestable que la réponse apportée par la Cour d'appel fédérale à la problématique du secret de l'exécutif, dans le cadre d'un litige devant les tribunaux, est non seulement inadéquate, mais démontre une profonde incompréhension à l'endroit de la primauté du droit et de ses principaux corollaires. La dernière partie de notre étude cherchera donc à proposer une solution qui, tout en ménageant le principe de la solidarité ministérielle, qui est à la base du secret de l'exécutif, permettra le respect intégral de la primauté du droit et donc de la Constitution.

Avant d'exposer et d'expliquer le critère que nous proposons, nous croyons pertinent de faire une brève synthèse d'un jugement de la Cour fédérale qui nous a été utile dans la conception et l'élaboration de notre critère ainsi que du récent arrêt *Babcock*, de la Cour suprême du Canada.

L'affaire *Ethyl*[171] pose, à l'origine, une question concernant la *Loi sur l'accès à l'information*[172], mais qui, à la suite de la poursuite judiciaire intentée par le Commissaire à l'information, a pris une dimension autre et s'est transformée en question concernant l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada.*

2. L'affaire *Ethyl*

En septembre 1997, la compagnie Ethyl Canada Inc. (*Ethyl*) a demandé au ministre de l'Environnement de lui communiquer certains documents du Cabinet qui traitaient d'un additif pour carburant (M.M.T.). Les documents

170. Voir à ce propos l'article du professeur D.E.C. YALE, "*Judex in Propria Causa* : an Historical Excursus ", (1974) Cambridge *L.J.* 80.

171. *Commissaire à l'information* c. *Ministre de l'Environnement du Canada*, *supra*, note 94. Il est à noter que cette décision a été portée en appel.

172. *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1.

demandés étaient en fait des documents de travail du Cabinet. À la suite de cette demande, le ministre de l'Environnement répondit, qu'après analyse des documents, ceux-ci étaient des documents confidentiels du Cabinet et qu'ils étaient protégés par l'article 69 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Peu après, Ethyl déposa une plainte auprès du Commissaire à l'information qui, après étude du dossier, conclut que la plainte était fondée. En effet, le Commissaire à l'information remarqua que, avant 1984, le système de dossiers du Cabinet était composé de deux types de documents : les mémoires au Cabinet et les documents de travail. Ces derniers étaient constitués de considérations générales, d'analyses et d'options politiques. En 1984, un nouveau système de dossiers fut adopté. Ce nouveau système venait modifier la composition des documents de travail en transférant la partie analytique et les informations générales, à la catégorie des mémoires au Cabinet. Bref, on vidait la catégorie des documents de travail de leur contenu. Lorsque le Commissaire à l'information se rendit compte du stratagème élaboré par le Cabinet, il demanda, conformément à l'article 25 de la *Loi sur l'accès à l'information*, que les parties analytiques, options politiques et informations destinées à la présentation de problèmes, anciennement constitutives des documents de travail, soient prélevées de la catégorie des mémoires du Cabinet et puissent être divulguées conformément à l'alinéa 69(3)*b*) de la *Loi sur l'accès à l'information* qui autorise la divulgation des documents de travail lorsque les décisions s'y rapportant ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant. À la suite du refus du Ministre, le Commissaire à l'information déposa une demande en contrôle judiciaire. Dans le cadre des procédures préliminaires, le greffier du Conseil privé émit une attestation de non-divulgation et de non-communication en vertu des alinéas 39(2)*a*) et *e*) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'une des deux questions en litige dans cette affaire consistait à savoir si l'attestation du greffier du Conseil privé, délivrée en vertu de l'article 39, pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire et, si oui, qu'elles en étaient les conditions.

a) Analyse de la décision concernant le contrôle judiciaire et l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada

Après un bref survol de certaines décisions rendues par la Cour fédérale, le juge Blanchard en vient à la conclusion, en se fondant notamment sur l'arrêt *Singh*, qu'il existe trois raisons donnant ouverture à un contrôle judiciaire concernant l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les deux premières raisons sont énoncées comme suit :

> [...] la Cour a jugé, dans l'affaire *Singh*, qu'un grief possible de contrôle consiste à se demander si l'attestation paraît ou non reprendre le libellé de l'article 39. La Cour a aussi noté que le fait pour le greffier d'avoir invoqué des motifs irréguliers au moment de délivrer une attestation pouvait constituer un grief de contrôle judiciaire.[173]

Il faut reconnaître que les deux premières raisons offrent une latitude très mince à la Cour. En effet, le premier motif est d'ordre strictement formel où le juge ne peut évaluer que la conformité de l'attestation avec les termes du libellé de l'article 39. Le second motif, malgré son caractère moins formel, n'en demeure pas moins tout aussi faible, puisqu'il ne porte que sur la régularité des motifs énoncés par le greffier lors de la délivrance de l'attestation qui, en l'absence du droit de regard des documents, restreint considérablement la latitude donnée à la Cour. Ainsi, dès que le greffier délivre une attestation qui respecte le libellé de l'article 39, il devient alors impossible de contester l'attestation. La lacune majeure de cette procédure est que le greffier pourrait, dans son attestation, énoncer un motif prévu à l'article 39 alors que dans les faits celui-ci ne correspondrait en rien au cas en question. Bref, pour le dire simplement, le greffier du Conseil privé pourrait mentir et le juge ne le saurait pas faute de pouvoir vérifier l'adéquation entre les motifs énoncés dans l'attestation et la nature véritable des documents demandés.

La troisième, et dernière raison, permettant de procéder au contrôle judiciaire relativement à l'application de

---

173. *Commissaire à l'information* c. *Ministre de l'Environnement du Canada*, *supra*, note 94, p. 22-23.

l'article 39 est, selon la Cour, l'existence d'une preuve extrinsèque, suffisamment claire, démontrant qu'il existe une incohérence ou une contradiction par rapport à ce qui est déclaré dans l'attestation du greffier[174]. En fait, dans la présente affaire, la preuve extrinsèque démontrant que la catégorie « document de travail » avait été vidée de sa substance et intégrée à un autre type de catégorie était à ce point flagrante que le juge Blanchard n'eut aucune difficulté à conclure que :

> [...] la Cour ne peut ignorer la preuve qui laisse à penser que les quatre documents déclarés documents confidentiels du Cabinet contiennent des renseignements destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques.[175]

Le juge Blanchard affirme d'ailleurs que le changement apporté au système de dossiers du Cabinet « pourrait être considéré comme une tentative de faire fi de la volonté du législateur »[176].

En effet, si l'on regarde de façon objective ce que le bureau du Conseil privé a fait du système des dossiers, on ne peut que conclure qu'il a transféré le contenu des documents de travail à une autre catégorie pour ensuite affirmer que le droit d'accès, tant celui de la *Loi sur l'accès à l'information* que celui sur la *Loi sur la preuve au Canada*, était éteint et n'existait plus. Lorsque le juge Blanchard aborde la question du critère dont s'est servi le greffier afin d'évaluer les documents, celui-ci est catégorique et affirme que, en regard du témoignage du greffier, ce dernier a utilisé le mauvais critère[177]. En effet, dans son témoignage, la greffière adjointe au greffier du Conseil privé a déclaré que :

> [...] le but dans lequel le document avait été préparé est très pertinent. C'est ça qu'on regarde. On ne regarde pas si ça correspond à d'autres choses.[178]

174. *Id.*, p. 23.
175. *Id.*, p. 24.
176. *Id.*, p. 29.
177. *Ibid.*
178. *Ibid.*

Comme le fait remarquer le juge Blanchard, compte tenu du fait que la catégorie « document de travail » a été vidée de son contenu et que le greffier ne regarde que le but dans lequel un document a été préparé, sans tenir compte de la nature de celui-ci, cela doit amener la Cour à conclure : « qu'il est impossible pour des renseignements d'être considérés comme matière d'un " document de travail ". »[179]

Notons également que, puisque l'alinéa 69(3)*b*) de la *Loi sur l'accès à l'information* et l'alinéa 39(4)*b*) de la *Loi sur la preuve au Canada* sont quasi identiques, le raisonnement élaboré par la Cour s'applique aux deux alinéas[180].

Finalement, le juge Blanchard décrit la procédure que le greffier aurait dû suivre dans son interprétation et son analyse de l'article 39. Dans un premier temps, il aurait fallu que le greffier se demande si les renseignements qui figurent dans un document et qui entrent dans les alinéas qui prohibent la divulgation de certaines informations, entrent également dans l'alinéa qui permet la divulgation d'informations relatives aux documents de travail et qui, à ce titre, constituent une exception[181]. Dans un second temps, si la réponse à la première étape avait été affirmative, en l'espèce elle l'était, il aurait fallu que le greffier se demande si « ces renseignements peuvent être extraits du document sans que cela pose de problèmes sérieux »[182]. Lorsque la réponse à la seconde question est aussi affirmative, alors les renseignements demandés peuvent être communiqués au public. À la lumière des motifs énoncés, et sans avoir eu accès aux documents, le juge Blanchard arrive à la conclusion que la demande en contrôle judiciaire doit être accueillie et que les documents doivent être renvoyés au greffier du Conseil privé afin d'être réexaminés[183].

179. *Ibid.*
180. *Id.*, p. 31.
181. *Id.*, p. 33.
182. *Ibid.*
183. *Id.*, p. 35.

b) Analyse critique de la décision

Dans cette affaire, il était nécessaire que le contrôle judiciaire intervienne, puisque le bureau du Conseil privé avait admis qu'il avait changé la définition du terme « document de travail ». La reconnaissance de cet état de fait, par le biais du témoignage de la greffière adjointe, corroborait et confirmait les justifications mentionnées dans l'attestation émise par le greffier du Conseil privé. Une telle reconnaissance de la part du bureau du Conseil privé est, pour reprendre les mots du Commissaire à l'information, une chose troublante qui ne fait que démontrer le peu de compréhension ainsi que le peu de compétence dont le greffier du Conseil privé a fait preuve dans l'interprétation et l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* ainsi que concernant la *Loi sur la preuve au Canada*. À notre avis, l'aveu de la greffière adjointe, relativement à la méthode utilisée afin de vider la catégorie « documents de travail » de sa substance, est une preuve flagrante de mauvaise foi de la part du bureau du Conseil privé. Il faut d'ailleurs admettre que ce type d'aveu est chose rare, pour ne pas dire exceptionnelle, surtout lorsqu'il émane d'un membre du bureau du Conseil privé.

En ce qui a trait à la méthode d'analyse suggérée par le juge Blanchard relativement à l'interprétation et à l'application de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il nous semble que cette méthode pose deux problèmes majeurs. Tout d'abord, la seconde étape de la méthode, qui consiste à ce que le greffier se pose la question « les renseignements demandés peuvent-ils être extraits d'un document sans que cela pose de problèmes sérieux? », nous semble extrêmement floue. En effet, que signifient les termes « problèmes sérieux »? Qui sera appelé à définir ces termes? Selon nous, la notion de « problèmes sérieux » est trop vague et donne une latitude trop grande au greffier du Conseil privé et lui permettrait, encore une fois, d'éluder les exceptions prévues à l'article 39. Le second problème que pose cette méthode est l'absence de contrôle de la part des tribunaux puisque, n'ayant toujours pas accès aux documents du Cabinet, la Cour ne dispose donc pas des moyens nécessaires afin de vérifier si le greffier a bien appliqué la méthode en question. Comment un juge peut-il

vérifier si des renseignements peuvent être extraits d'un document, sans que cela pose de problèmes sérieux, sans même avoir accès à ce document? Une telle chose est tout simplement absurde. Nous aborderons maintenant l'arrêt *Babcock* qui sera le dernier cas étudié.

3. L'affaire *Babcock*

En 1990, à la suite d'une décision du Conseil du trésor du Canada accordant une rémunération plus élevée aux avocats du ministère de la Justice en poste à Toronto que ceux en poste ailleurs au pays, les avocats du ministère de la Justice en poste à Vancouver intentèrent une action contre le gouvernement canadien devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Au soutien de leur action, les avocats de Vancouver prétendirent que le gouvernement canadien n'avait pas respecté leur contrat de travail et que celui-ci avait aussi manqué à son obligation fiduciaire en ne leur accordant pas un salaire identique à celui des avocats de Toronto. Au cours des années 1996 et 1997, les parties échangèrent certains documents et le gouvernement déposa une liste de documents qui pouvaient être divulgués et qui justifiaient la disparité salariale. Par la suite, le gouvernement canadien modifia sa décision et s'opposa à la divulgation de certains documents en produisant une attestation émise par le greffier du Conseil privé, en vertu du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Plus spécifiquement, le gouvernement invoqua l'immunité concernant 12 documents qui avaient été préalablement identifiés comme pouvant faire l'objet d'une divulgation, dont certains avaient d'ailleurs déjà été divulgués, ainsi que cinq documents en possession des demandeurs et 34 documents préalablement identifiés comme ne pouvant faire l'objet d'une divulgation.

Les demandeurs présentèrent donc une demande au juge siégeant en chambre afin de contraindre le gouvernement à divulguer les documents protégés par l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge de première instance rejeta la demande de production des documents. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, arriva à la conclusion que le juge de première instance avait erré en droit en ce qui con-

cerne l'interprétation de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La Cour d'appel affirma que le gouvernement avait renoncé à son immunité à l'endroit de certains documents lorsque ce dernier avait indiqué que ceux-ci pourraient être divulgués ainsi qu'en divulguant certains autres documents. Les juges majoritaires décidèrent également que la renonciation valait pour l'ensemble d'une catégorie de documents et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu d'examiner la constitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, puisque tous les documents pertinents seraient dès lors divulgués.

La Cour suprême du Canada fut appelée à trancher le litige qu'elle formula en deux grandes questions : 1) Quelle est la nature de la confidentialité des délibérations du Cabinet et par quels mécanismes peut-on l'invoquer et y renoncer? 2) L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il constitutionnel?

a) Analyse de la décision de la Cour suprême du Canada : les principes

La Cour suprême du Canada débute son analyse par l'étude de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, plus spécifiquement, par le rôle que ce dernier est appelé à jouer dans la protection de la confidentialité des délibérations du Cabinet dans le cadre d'une instance judiciaire. Sous la plume du juge en chef McLachlin, la Cour distingue l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* des articles 32 et 38 de cette même loi en faisant remarquer que, en ce qui concerne ces derniers articles, c'est un juge qui est appelé à déterminer si l'intérêt public justifie la divulgation des renseignements, alors que dans le cadre de l'article 39 c'est au ministre ou au greffier du Conseil privé que revient la responsabilité d'évaluer l'intérêt public et, en définitive, de déterminer si les renseignements peuvent être divulgués. La Cour suprême souligne la raison d'être des principes sous-jacents à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans un régime parlementaire britannique, en spécifiant que la confidentialité s'explique par le fait que les personnes membres du Cabinet :

> [...] doivent se sentir libres de discuter de tous les aspects des problèmes dont elles sont saisies et d'exprimer toutes les opi-

> nions possibles, sans crainte de voir les documents qu'elles ont lus, les propos qu'elles ont tenus et les éléments sur lesquels elles ont fondé leur décision faire ultérieurement l'objet d'un examen public [...].[184]

La Cour souligne aussi la nécessité d'établir un mécanisme qui permet de vérifier si la confidentialité invoquée est réellement fondée en droit et en fait. Par la suite, la Cour rappelle que c'est la délivrance d'une attestation, par le greffier du Conseil privé, qui met en branle le mécanisme d'application de l'article 39 dans le cadre d'une instance judiciaire ou quasi judiciaire. La Cour fait aussi remarquer que l'article 39 n'empêche aucunement la divulgation volontaire de renseignements confidentiels, une telle décision étant laissée à l'appréciation du greffier ou du ministre concerné. La Cour nous enseigne également que le greffier du Conseil privé doit répondre à deux questions afin de déterminer s'il délivrera une attestation :

> Premièrement, s'agit-il d'un renseignement confidentiel au sens du par. 39(1) et (2)? Deuxièmement, s'agit-il de renseignements que le gouvernement doit protéger compte tenu des intérêts opposés voulant, d'une part, qu'ils soient divulgués et, d'autre part, que la confidentialité soit préservée? C'est uniquement dans les cas où le greffier ou la ministre répondent à ces deux questions par l'affirmation et où ils attestent que les renseignements sont confidentiels que les protections prévues au par. (39) entrent en jeu.[185]

Ainsi, c'est la décision, prise par le greffier ou le ministre, d'émettre l'attestation affirmant qu'un renseignement est confidentiel, qui permet au renseignement en question de bénéficier de la protection de l'article 39. Une fois la décision prise d'appliquer l'article 39, l'organisme et les personnes qui sont saisies de l'affaire doivent refuser d'ordonner la divulgation des renseignements en question. La Cour souligne bien que ces restrictions sont plus sévères que les critères élaborés par la common law, où le juge peut examiner les renseignements et déterminer, en vertu de l'intérêt public, si ceux-ci

184. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, p. 8, par. 18.
185. *Id.*, p. 9, par. 22.

peuvent être divulgués[186]. La Cour suprême se demande par la suite ce que signifie une attestation valide et établit, à ce propos, quatre conditions[187]: 1) L'attestation doit émaner du greffier ou d'un ministre. 2) L'attestation doit viser un renseignement appartenant à l'une des catégories énumérées au paragraphe 39(2). 3) L'attestation doit être divulguée de bonne foi et dans le cadre d'un pouvoir délégué valide. 4) L'attestation doit viser des renseignements qui, jusque-là, sont demeurés confidentiels. Suite à cela, la Cour met en évidence le fait que, concernant la première question que le greffier doit se poser relativement aux renseignements confidentiels visés par l'article 39, ce dernier doit donner une description suffisante des renseignements, dans son attestation, afin d'établir qu'ils appartiennent aux catégories prévues ou analogues au paragraphe 39(2) de la loi. La Cour définit aussi ce qu'elle entend par description suffisante. En effet, en se référant aux règles de pratique relatives au secret professionnel de l'avocat en matière civile, la Cour affirme qu'il suffira au greffier de divulguer : la date, le titre, l'auteur et le destinataire du document dans lequel se trouvent les renseignements[188]. Comme la Cour le fait remarquer, le demandeur pourra seulement invoquer, à l'encontre de l'attestation, un excès de pouvoir de la part du greffier ou encore que les documents ne sont pas, au vu de leur description, énumérés à l'article 39 de la loi.

Dans un deuxième temps, la Cour étudie la question de la renonciation et reconnaît quatre cas précis dans lesquels la protection apportée par l'article 39 ne s'applique pas ou cesse de s'appliquer :

> [...] la protection apportée par l'art. 39 s'applique automatiquement [...] sauf si : (1) l'attestation est contestée avec succès pour le motif qu'elle se rattache à des renseignements qui ne relèvent pas de l'article 39; (2) le greffier ou le ministre ont exercé leur pouvoir de délivrer l'attestation de façon irrégu-

186. À ce propos, voir l'évolution historique décrite précédemment, notes 99 à 115.

187. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, p. 10, par. 27.

188. *Id.*, p. 10, par. 28.

> lière; (3) le par. 39(4) s'applique; ou (4), le greffier ou le ministre décident de révoquer l'attestation délivrée à l'égard des renseignements.[189]

Ainsi, si une attestation n'est pas émise ou est émise de façon irrégulière et que la Couronne divulgue des renseignements, ceux-ci ne pourront jouir de la protection de l'article 39, car il s'agira d'une renonciation. Cependant, la Cour souligne bien qu'en renonçant à invoquer l'article 39 à l'endroit de certains renseignements, la Couronne ne renonce pas à invoquer la protection de l'article 39 à l'endroit des autres renseignements. La Cour note au passage que de telles restrictions peuvent faire craindre aux justiciables que la Couronne utilise la divulgation sélective de renseignements à des fins tactiques, dans le cadre de procédures judiciaires, et tente ainsi de cacher des éléments de preuve. Toutefois, la Cour mentionne deux mécanismes qui peuvent, à son avis, prévenir de tels abus. Tout d'abord, les personnes témoignant pour le gouvernement peuvent être contre-interrogées, mais, souligne la Cour, elles ne peuvent l'être uniquement qu'à l'égard des renseignements produits. Par ailleurs, la Cour nous apprend qu'une inférence défavorable peut-être induite du fait que la Couronne refuse de divulguer certains renseignements. À ce propos, la Cour donne l'exemple tiré de l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.* c. *Canada*[190] dans lequel le Procureur général refusa de divulguer des renseignements liés à une interdiction, en matière de publicité sur le tabac, ce qui permit à la Cour de tirer une inférence défavorable à l'égard des études et des prétentions gouvernementales.

Par la suite, la Cour examine les arguments relatifs au contrôle judiciaire. Dans un premier temps, la Cour rappelle que tous « les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière »[191]. À partir de ce principe, la Cour déduit qu'une attestation, délivrée par le greffier ou le ministre en vertu de l'article 39, peut être contestée « lorsque les renseignements à l'égard desquels l'immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même

189. *Id.*, p. 11, par. 31.
190. *RJR-MacDonald Inc.* c. *Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199.
191. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, p. 12, par. 39.

du par. 39(1) »[192] ou encore si le ministre ou le greffier ont exercé leur pouvoir discrétionnaire de façon irrégulière. Cependant, la Cour souligne, en citant l'arrêt *Singh*[193], qu'en aucun cas les tribunaux ne sont habilités à contrôler la véracité de cette attestation si cette dernière est valide. Ainsi, le tribunal ou l'organisme qui contrôle l'émission de l'attestation ne pourra contrôler que le degré de précision de l'attestation et les éléments de preuve externes afférents. Face à une clause aussi draconienne que celle de l'article 39, le tribunal pourra néanmoins, comme nous l'avons déjà mentionné, tirer certaines inférences de l'ensemble de la preuve ainsi que de la preuve circonstancielle. La Cour suprême termine son analyse des principes par une remarque quelque peu surprenante. En effet, dans le cadre de l'arrêt *Singh*[194], la Cour d'appel fédérale avait affirmé que l'attestation délivrée en application de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne pouvait être contrôlée que par un tribunal judiciaire et qu'un tribunal administratif n'avait pas une telle compétence, puisqu'il s'agissait d'un organisme relié à la branche exécutive qui n'avait que les pouvoirs énumérés dans sa loi constitutive. La Cour suprême infirme ce raisonnement en disant que les termes de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont clairs et que ceux-ci mentionnent de façon explicite « le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements [...] »[195] et qu'en conséquence ces autorités ont également le pouvoir d'ordonner la divulgation de renseignements lorsque les conditions d'application de l'article 39 ne sont pas respectées.

Application des principes à la présente affaire. Dans un premier temps, la Cour rappelle que l'article 39 ne s'applique pas aux renseignements déjà divulgués. En partant de ce principe, la Cour arrive à la conclusion que lorsque le gouvernement a déposé l'affidavit de Madame Joan McCoy, cadre au Secrétariat du Conseil du trésor, il a choisi de divulguer certains renseignements et que l'article 39 ne peut plus s'appliquer à ces renseignements et que, par conséquent, l'affidavit

192. *Ibid.*
193. *Ibid.*
194. *Singh*, *supra*, note 93.
195. *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 98, par. 39(1).

doit être divulgué et le contre-interrogatoire relatif à son contenu peut avoir lieu. Concernant la divulgation des renseignements connexes, la Cour se contente de rappeler que si ces renseignements ont été divulgués dans d'autres documents, l'article 39 est inapplicable et, qu'autrement, l'immunité prévue par l'article 39 peut être invoquée par la Couronne, mais qu'une inférence défavorable pourra être tirée par la Cour ou le Tribunal.

Dans un deuxième temps, la Cour est amenée à s'interroger sur la constitutionnalité de l'article 39 en regard du préambule et de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour débute son analyse des principes non écrits du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* en énonçant « qu'il faut appliquer les principes non écrits en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement »[196]. Ainsi, le principe de la primauté du droit doit être interprété de façon à se concilier avec la souveraineté du Parlement et, en reprenant à son compte les propos tenus par le juge Strayer de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Singh*, la Cour suprême clôt la question en affirmant laconiquement que la primauté du droit n'exclut pas que certaines immunités soient accordées à la Couronne par le Parlement. Il s'ensuit donc que l'article 39 respecte la primauté du droit[197]. Cependant, la Cour souligne que la législation adoptée par le Parlement ne doit pas, sous un aspect fondamental, nuire ou faire obstacle aux rapports existants entre l'exécutif et les tribunaux.

Finalement, la Cour examine l'argument selon lequel l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* viole l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et constitue une ingérence inadmissible dans la compétence fondamentale des cours supérieures en restreignant ces dernières dans leur capacité de contrôler leur propre procédure en cas d'abus, ainsi qu'en les privant d'éléments de preuve pertinents dans le cadre d'un litige. À cet argument, la Cour souligne que la notion de compétence fondamentale des cours supérieures, protégée par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est très limitée et qu'« au moment de la confédération, aucun tribunal n'avait

196. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, p. 15, par. 55.
197. *Id.*, p. 15, par. 56.

compétence pour connaître d'une action contre le souverain : Voir *R.* c. *Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 551 ».[198]

En définitive, la Cour arrive à la conclusion que, puisque tout contrôle judiciaire n'est pas exclu et qu'un tribunal peut contrôler l'attestation émise par le greffier ou un ministre, l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est constitutionnel.

b) Analyse critique des motifs et de la décision de la Cour suprême du Canada

A priori, les motifs et la décision de la Cour suprême dans cette affaire peuvent sembler cohérents. Cependant, si on y regarde d'un peu plus près, on s'aperçoit que les arguments avancés par la Cour, aussi séduisants puissent-ils paraître, sont incomplets et ne sont que partiellement justifiés. Tout d'abord, bien que la Cour affirme qu'il doit « exister un moyen de déterminer si les renseignements dont on invoque la confidentialité sont réellement liés aux délibérations du Cabinet et si leur non-divulgation est justifiée »[199], force est de constater que la conclusion à laquelle arrive la Cour ne permet pas une telle chose. En effet, comme nous l'avons déjà expliqué en analysant les affaires *Singh* et *Ethyl*, même la révision judiciaire ne permet un véritable contrôle afin de vérifier si le greffier du Conseil privé a bien interprété et appliqué l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il n'existe donc aucun mécanisme permettant de vérifier si les renseignements que le greffier refuse de divulguer sont réellement liés aux différentes catégories spécifiées dans la loi. Il est vrai que sous le régime de la common law, c'était aux tribunaux de droit commun qu'il revenait de déterminer si l'intérêt public justifiait ou non la divulgation des renseignements[200]. Néanmoins, la Cour suprême semble confondre la détermination de l'intérêt public avec l'exercice de vérification permettant de savoir si le greffier a respecté les catégories énumérées dans la loi et une telle chose ne peut être faite sans que le juge n'ait accès aux documents qui contiennent les renseignements.

198. *Id.*, p. 16, par. 60.
199. *Id.*, p. 9, par. 19.
200. *Conway* c. *Rimmer*, *supra*, note 104.

En second lieu, la Cour suprême souligne que le but recherché par l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas de permettre au greffier ou à un ministre d'obtenir des avantages tactiques ou de nuire au bon déroulement de certaines enquêtes. Dans son énumération des règles qui doivent être respectées afin que l'attestation délivrée soit valide, la Cour spécifie, en énonçant la troisième condition, que l'attestation doit être délivrée dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir délégué. Afin de déterminer si le pouvoir a été exercé de bonne foi, la Cour nous dit qu'il faudra se référer à la preuve et aux circonstances dans lesquelles le pouvoir a été exercé[201]. Cependant, le problème demeure entier, puisque la preuve permise exclut les renseignements qui font l'objet de la demande de divulgation. Qui plus est, les circonstances entourant la délivrance de l'attestation sont souvent difficiles à apprécier et à expliquer, comme le démontre le jugement de la Cour fédérale dans l'affaire *Ethyl*[202] où la Commissaire à l'information, malgré ses nombreux pouvoirs d'enquête, arriva difficilement à obtenir des renseignements sur le mode de fonctionnement administratif relié à la gestion des documents du Conseil privé et sur les circonstances entourant leur analyse et divulgation. De plus, dans cette affaire, il a été démontré que le bureau du Conseil privé avait aboli administrativement la catégorie des renseignements relatifs aux documents de travail, ce qui a permis de soustraire nombre de documents à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la preuve au Canada*, et cela, pendant une période d'environ 15 ans! La Cour suprême affirme que les règles ordinaires du droit de la preuve offrent une protection contre les abus en permettant le contre-interrogatoire des témoins du gouvernement relativement aux renseignements produits[203]. Cependant, comme la Cour le fait remarquer, le contre-interrogatoire est limité aux questions touchant les renseignements produits, ce qui signifie que le contre-interrogatoire est grandement limité pour ne pas dire inutile. La Cour suprême affirme également que l'inférence défavorable, que la Cour peut tirer à la suite d'un refus de divulguer les

201. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, p. 10, par. 24.
202. *Ethyl*, *supra*, note 94.
203. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, p. 12, par. 36.

renseignements, offre une protection contre les abus. À ce propos, nous croyons important de souligner que la notion d'inférence défavorable est plutôt vague et qu'il ne s'agit pas d'une conséquence nécessaire découlant du refus de divulgation. En d'autres mots, la notion d'inférence défavorable sera laissée à l'entière discrétion du tribunal et, à supposer qu'un tribunal tire une telle inférence, la Cour suprême ne donne aucune indication sur la portée générale qu'aura ou que pourrait avoir une telle inférence sur l'issue du procès.

Comme nous l'avons vu dans le cadre de l'analyse des principes, la Cour suprême nous dit que le greffier, avant de délivrer une attestation, doit répondre à deux questions dont la première est ainsi formulée : « Les renseignements constituent-ils des renseignements confidentiels au sens de l'article 39? »[204]. Dans son analyse de la question, la Cour suprême souligne l'obligation qu'a le greffier ou le ministre de donner une description suffisante des renseignements « pour établir à la face même de l'attestation qu'il s'agit de renseignements confidentiels du Cabinet et qu'ils appartiennent aux catégories prévues au par. 39(2) ou à une catégorie analogue »[205]. Dans la définition que nous donne la Cour suprême de ce qu'est une description suffisante, on retrouve uniquement les éléments suivant : la date, le titre, l'auteur et le destinataire du document qui renferme les renseignements dont il est question[206]. Si une telle description est suffisante en matière civile dans la protection du secret professionnel de l'avocat, il nous semble qu'en matière de règles de divulgation relatives aux renseignements confidentiels du Cabinet, cette description est insuffisante. En effet, puisque l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* fait référence à des renseignements confidentiels contenus dans des documents et non pas uniquement à de simples catégories de documents confidentiels, un document de n'importe quelle nature (académique, scientifique, économique, politique, sociale, culturelle, etc.) pourrait, en théorie, contenir des renseignements confidentiels. D'un point de vue pratique, cela signifie que la date, le titre, l'auteur et le destinataire du document seront de peu d'utilité

204. *Id.*, p. 10, par. 28.
205. *Ibid.*
206. *Ibid.*

afin de déterminer si les renseignements appartiennent aux catégories décrites à l'article 39 de la loi, surtout si l'on tient compte du fait que le terme « notamment » du paragraphe 2 ouvre la porte à toutes les formes de documents. Bref, il est impossible à partir de ces seules informations (date, titre, auteur et destinataire) de déterminer si les renseignements demandés sont contenus dans un document de travail plutôt que dans un document d'information. Notons que la distinction est importante, puisque, dans le cas des documents de travail, les renseignements y appartenant doivent être divulgués quatre ans après la prise de décision, alors que dans le cas des autres documents la période est fixée à 20 ans[207]. De plus, soulignons qu'un document ne contenant aucune information confidentielle pourrait, par erreur ou par mauvaise foi, être catalogué par le greffier comme un document contenant des informations confidentielles simplement parce que ce document aurait été présenté au Conseil des ministres. En somme, si, dans le cadre d'un procès, le gouvernement voulait soustraire des informations constituant des éléments de preuve, il n'aurait qu'à les envoyer au Conseil des ministres.

Avant de clore la présente analyse, nous ferons une dernière remarque à propos de la validité constitutionnelle de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, plus spécifiquement, à propos de l'allégation concernant l'atteinte portée à la compétence fondamentale qu'ont les cours supérieures de contrôler leur propre procédure. Toutefois, il est à noter que nous n'avons pas la prétention de faire une étude approfondie de la question. Soulignons seulement que dans l'arrêt *R.* c. *Carosella*, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Sopinka, déclara que :

> Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis.[208]

En fait, une Cour supérieure doit pouvoir contrôler, de façon complète et réelle, dans la détermination des éléments

207. *Loi sur la preuve au Canada*, *supra*, note 98, art. 39.
208. *R.* c. *Carossella*, [1997] 1 R.C.S. 80, 114.

de preuve admissibles au cours d'un procès, la présence d'irrégularités à toutes les étapes de la procédure, puisque l'intégrité et l'équité du procès sont tributaires du respect de toutes les étapes importantes de la procédure. Par conséquent, il est nécessaire que, dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour puisse contrôler toutes les étapes relatives à la divulgation de la preuve et qu'elle en ait la pleine maîtrise. Il est manifeste que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* permet à l'exécutif une intrusion dans une étape importante de la procédure judiciaire, soit celle de la divulgation d'éléments de preuve, en raison du fait que cet article constitue un obstacle au contrôle, par les cours supérieures, de la légalité des actes posés par le greffier du Conseil privé.

Certes, le Parlement peut confier à un autre organe, qui doit par ailleurs jouir d'une certaine indépendance et impartialité, le pouvoir d'analyser et de déterminer si certains éléments particuliers constituant la preuve peuvent être divulgués au nom d'un principe comme celui de la solidarité ministérielle. Toutefois, à notre avis, les tribunaux judiciaires doivent avoir les moyens de pouvoir véritablement contrôler le processus quasi judiciaire au nom de la primauté du droit, ce qui, en l'espèce, compte tenu des arguments précédents, n'est pas le cas.

Afin de remédier aux différentes difficultés précédemment soulevées, nous avons élaboré un critère qui, nous le croyons, permet de respecter le principe de la solidarité ministérielle tout en respectant la primauté du droit et ses corollaires. La présentation de ce critère fera l'objet de la prochaine et dernière partie de cet article.

4. Proposition d'un critère conciliant le secret de l'exécutif à la primauté du droit

Sans rejeter la méthode avancée par la Cour suprême, nous pensons que celle-ci devrait être complétée par un critère additionnel permettant de pallier les lacunes décrites précédemment. Selon nous, un critère « d'adéquation », s'exerçant dans le cadre d'un contrôle judiciaire, semble être une solution appropriée afin de permettre un contrôle de la légalité des actes de l'exécutif, tout en laissant à ce dernier une

latitude concernant son privilège de confidentialité. En effet, c'est grâce au contrôle judiciaire que les tribunaux peuvent notamment veiller à ce que l'exécutif agisse de bonne foi et de façon non arbitraire. Ainsi que le rappelait la Cour suprême dans l'affaire *Port Louis* :

> Le principe de subordination de l'administration publique au pouvoir de surveillance des cours supérieures est la pierre angulaire du système de droit administratif canadien et québécois. Ce contrôle judiciaire est une conséquence nécessaire de la *rule of law* [...].[209]

Le critère que nous proposons permettrait simplement au juge, *in camera*, de pouvoir vérifier s'il y a adéquation entre les motifs énoncés dans l'attestation du greffier et la nature véritable des documents et des renseignements qu'ils contiennent. Il ne s'agit donc pas d'un critère qui permet au Tribunal de faire une étude approfondie des documents et de remettre en question les fondements de la décision prise par le greffier, il s'agit plutôt d'un mécanisme de contrôle qui ne fait que permettre au juge de s'assurer que les motifs invoqués par le greffier correspondent réellement aux renseignements contenus dans les documents. Un tel mécanisme permettrait ainsi au Tribunal de s'apercevoir, sans avoir à faire une analyse poussée, qu'une note catégorisée confidentielle, c'est-à-dire visant à soumettre des recommandations au Conseil privé, mais contenant essentiellement l'exposé d'options politiques, n'est en fait qu'un élément d'un document de travail qui aurait été, de façon flagrante, très mal catégorisé. Ce critère d'adéquation permettrait en fait de compléter la méthode préconisée par la Cour suprême concernant le processus d'évaluation des renseignements et documents relatifs à l'interprétation de l'article 39[210]. Ainsi, le Tribunal pourrait contrôler, de façon concrète et véritable, l'application par le greffier de la méthode à suivre. De plus, ce critère permettrait aussi aux tribunaux judiciaires de repérer les erreurs simples, déraisonnables ou manifestes qui sont assimilables, selon la norme de contrôle applicable, à des

209. *Immeuble Port Louis* c. *Lafontaine*, [1991] 1 R.C.S. 326, 360.
210. *Babcock* c. *Canada*, *supra*, note 91, par. 22 à 28.

erreurs portant sur la compétence et la juridiction[211]. Rappelons que dans l'affaire *Ethyl*, le Tribunal avait pu intervenir grâce à l'existence d'une preuve extrinsèque plus qu'évidente et qu'une telle chose arrive très rarement. Soulignons, encore une fois, que cette stratégie de « camouflage » a perduré pendant plus de 15 ans. Comme le soulignait le juge Blanchard en reprenant les propos du Commissaire à l'information :

> Cette enquête m'a d'ailleurs révélé, d'une manière absolue et troublante, à quel point l'approche préconisée [...] par le BCP s'accorde peu avec les objets déclarés de la loi. Des documents ont été portés à mon attention, qui montrent que les fonctionnaires ont entrepris de modifier le système de dossiers du Cabinet presque immédiatement après l'adoption de la Loi sur l'accès à l'information.[212]

Chose certaine, on ne peut dire que le bureau du Conseil privé pèche par excès de bonne foi. Cela démontre, avec encore plus de vigueur, la nécessité d'adopter un critère qui permet aux tribunaux de contrôler les décisions du greffier du Conseil privé dans son interprétation et son application de l'article 39. En fait, l'article 39, en empêchant les tribunaux judiciaires de vérifier l'existence d'erreurs simples, déraisonnables ou manifestement déraisonnables, permet indirectement au bureau du Conseil privé d'excéder sa compétence, ce qui le place au-dessus du droit et viole la primauté du droit et la Constitution[213].

Il est à noter que le critère d'adéquation respecte le principe de la solidarité ministérielle, puisque le juge est le seul à pouvoir regarder les documents et qu'il le fait en chambre. Par conséquent, les délibérations du Cabinet ne seront pas divulguées, puisque le juge est tenu à un devoir de discrétion. Ainsi, les membres du Cabinet ne seront pas troublés par la

---

211. *S.C.F.P. section locale 933* c. *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Blanchard* c. *Control Data*, [1984] 2 R.C.S. 476; *U.E.S. local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Abarajithan* c. *Canada*, [1992] C.F. (C.A.), A-805-5; *Baker* c. *Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817.

212. *Commissaire à l'information* c. *Ministre de l'Environnement du Canada*, *supra*, note 94, p. 33.

213. *Alliance des professeurs catholiques de Montréal* c. *Labour Relations Board*, *supra*, note 39.

peur que leurs propos soient rendus publics, sauf dans la mesure prévue par la loi et que le juge fera respecter, et ils pourront donc délibérer dans un climat de franchise nécessaire à la solidarité ministérielle. Il est également intéressant de remarquer que le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* utilise les termes « sans l'examiner », ce que la Cour fédérale et la Cour suprême considèrent comme un déni du droit de regard pour le Tribunal. Cependant, nous sommes plutôt d'avis que les termes « sans l'examiner » confèrent un droit de regard, mais un droit de regard restreint. En effet, le mot « examiner » est défini comme étant « observer attentivement, minutieusement »[214]. Puisque les termes utilisés sont « sans examiner », et que ces termes signifient « observer attentivement », cela veut donc dire que c'est le fait d'examiner attentivement ou minutieusement les documents qui est interdit et non pas le simple droit de regard et de vérification. Notre interprétation est d'ailleurs confortée par les propos tenus par lord Steyn, selon qui, la primauté du droit et les principes constitutionnels du droit anglais créent une présomption d'application générale, qui peut être difficilement évincée par les textes législatifs, présomption d'après laquelle un pouvoir discrétionnaire conféré dans des termes apparemment absolus doivent être exercés raisonnablement et en accord avec les droits et libertés et les principes de justice naturelle ainsi qu'en accord avec les principes et traditions d'une démocratie libérale[215]. Il est à noter que cette présomption s'applique même en l'absence d'ambiguïté dans la loi.

Finalement, le critère proposé permet le respect de la règle de justice naturelle *Nemo judex in sua causa* en permettant qu'un juge indépendant et impartial de l'exécutif puisse vérifier l'adéquation entre les motifs énoncés par le greffier et la nature véritable des documents et renseignements. Notons aussi qu'un tel mécanisme serait, à notre avis, un élément dissuasif concernant de probables manipulations de documents de la part de membres de l'exécutif.

---

214. *Le Petit Larousse illustré*, 1995, *s.v.* « examiner ».
215. *Pierson* v. *Secretary of State*, *supra*, note 24, p. 603-604.

CONCLUSION

Comme nous l'avons démontré dans le cadre de cette étude, la primauté du droit est un concept d'une richesse historique complexe qui n'a, au cours des siècles, cessé d'évoluer. Toutefois, c'est surtout dans sa relation avec le pouvoir exécutif que la primauté du droit a été appelée à prendre une dimension concrète et pragmatique.

Compte tenu du rôle de plus en plus prépondérant qu'occupe de nos jours le gouvernement ainsi que du vaste champ d'application de l'action gouvernementale, il est nécessaire, plus que jamais, que ce dernier soit véritablement assujetti, par le biais de mécanismes juridiques, au droit et, par conséquent, à une institution impartiale et indépendante, soit les tribunaux judiciaires, chargée de veiller au respect des lois et de la Constitution.

Les exigences d'impartialité, de transparence et de respect mutuel des différents pouvoirs au sein de l'État, ne sont pas des éléments secondaires ou facultatifs à un système démocratique sain et viable. Au contraire, ils en sont des éléments clés et fondateurs. Si, à ses débuts, la primauté du droit a eu maille à partir avec les prétentions absolutistes de la monarchie, il semble qu'aujourd'hui c'est avec le pouvoir exécutif que la lutte est engagée. Cette lutte est d'autant plus fondamentale en regard du système parlementaire qui est le nôtre où le gouvernement est un « *Prime Minister Government* » et que ce dernier est généralement majoritaire à la Chambre des communes.

Ainsi, c'est par la vigilance constante des tribunaux judiciaires, et par l'affermissement et la consolidation des principes relatifs au droit administratif et constitutionnel, que la partialité et l'arbitraire pourront être endigués et que l'idée de primauté du droit pourra se concrétiser dans une administration publique où la « culture du secret » n'a pas sa place.

Marc-André Boucher
7-1140, Avenue de la Tour
QUÉBEC (Québec) G1R 2W7
Tél.: (418) 523-3727
Courriel: carochoisselet@hotmail.com