

Les Cahiers de droit



La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif

Henri Brun

Volume 14, numéro 3, 1973

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/041766ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/041766ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brun, H. (1973). La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif. *Les Cahiers de droit*, 14(3), 387–410.
<https://doi.org/10.7202/041766ar>

La séparation des pouvoirs, la suprématie législative et l'intimité de l'exécutif

Henri BRUN *

Le 19 octobre 1973, le président des États-Unis, Richard Nixon, prenait la décision de ne pas porter devant la Cour suprême des États-Unis l'affaire des rubans magnétiques se rapportant au Watergate¹. Il annonçait plutôt, à la même occasion, qu'un compromis allait rendre possible le règlement extrajudiciaire de l'affaire. Il pouvait affirmer que plusieurs personnes, impliquées de par leurs fonctions, avaient acquiescé à ses propositions, mais il lui fallait aussi ajouter que l'une d'entre elles, le professeur Archibald Cox, les avait rejetées². Or, malheureusement pour le président Nixon, le professeur Cox était la première personne qu'il lui eût fallu convaincre du bien-fondé de son offre de compromis. En cette affaire, le professeur Cox représentait en effet le gouvernement des États-Unis, et c'était à ce titre qu'il avait mis en branle les procédures judiciaires visant à ce que des documents de la Maison-Blanche, à savoir l'enregistrement de conversations entre le président, ses conseillers et le procureur général, soient déposés devant un *grand jury*, pour que ce dernier vit s'il y avait lieu de porter des accusations criminelles en rapport avec le scandale du Watergate. Il avait ainsi obtenu qu'un juge de la Cour de district des États-Unis (Washington) ordonne au président Nixon, qui a la maîtrise ultime de tels documents, de déposer devant lui les rubans magnétiques en question, afin qu'il puisse ensuite décider, en chambre, dans quelle mesure ces documents devraient être transmis à la chambre de mise en accusation ou *grand jury*³. Sur appel du président, la justesse de cette décision fut confirmée par la Cour d'appel des États-Unis (District of

* Professeur, Faculté de Droit, actuellement en congé sabbatique à l'Université de Cambridge en Angleterre.

1. Déclaration du président, vendredi, le 19 oct. 1973 : *The Times*, Londres, 22 oct. 1973.

2. *Idem*.

3. Décision rendue par le juge SIRICA, le 29 août 1973, non encore rapportée : *The Times*, Londres, 31 août 1973.

Columbia), une semaine exactement avant que le président ne fasse connaître publiquement ses propositions de compromis⁴.

Si le professeur Cox avait été d'accord avec les termes de ce compromis, le débat judiciaire relatif au dépôt des rubans magnétiques (et autres documents de la Maison-Blanche) eut été clos: le professeur Cox n'avait alors qu'à ne pas requérir l'exécution de la décision de la Cour de district confirmée par la Cour d'appel. Dans l'hypothèse inverse, le président ne pouvait atteindre le même résultat qu'en se pliant à l'ordre du tribunal ou en enjoignant le professeur Cox, étant son supérieur, de ne pas poursuivre l'exécution de la décision⁵. S'il optait pour la deuxième voie, et si le professeur Cox refusait d'obéir⁶, il ne lui restait plus qu'à démettre celui-ci de ses fonctions⁷ afin qu'un nouveau procureur représente à l'avenir le gouvernement des États-Unis dans cette affaire⁸.

En congédiant le professeur Cox, le président Nixon mettait donc un terme au débat judiciaire portant sur la production des rubans magnétiques de la Maison-Blanche. Et cela d'une façon tout aussi légale que s'il s'était plié au jugement du tribunal ou s'il avait rallié le professeur Cox aux termes de son compromis.

Un aspect particulier du débat constitutionnel soulevé par le scandale du Watergate, à savoir le problème du dépôt de documents de la Maison-Blanche, était clos. L'ensemble du problème constitutionnel n'était pas pour autant réglé.

Le professeur Cox avait été nommé procureur spécial du gouvernement des États-Unis dans l'affaire du Watergate pour des raisons très spéciales. Au moment de cette nomination, le président Nixon était soupçonné d'avoir été au moins au courant d'un complot ourdi à la Maison-Blanche même, complot visant à ce que la justice puisse difficilement suivre son cours relativement au cambriolage des locaux du Comité du parti démocrate situés dans l'immeuble du Watergate. Les soupçons apparaissaient assez fondés pour que le Congrès songe à mettre en branle la procédure de l'*impeachment*. Et cette menace ne fut mise en sourdine que parce que le président accepta la nomination d'un procureur spécial, au-dessus de tout soupçon, pour enquêter au nom du gouvernement des États-Unis sur

4. Décision rendue le 12 octobre 1973, par cinq juges sur sept: *The Times*, Londres, 23 oct. 1973.

5. Ce qu'il fit dans sa déclaration du 19 oct. 1973: *The Times*, Londres, 22 oct. 1973.

6. Ce qui fut le cas. Voir la conférence de presse donnée par le professeur COX, le 20 oct. 1973: *The Times*, Londres, le 22 oct. 1973.

7. Ce qui fut fait le même jour: *The Times*, Londres, le 22 oct. 1973.

8. M. Henry PETERSEN fut nommé le 22 oct. 1973: *The Times*, Londres, le 23 oct. 1973.

toute l'affaire. Or une fois relevé de ses fonctions ce personnage tampon, qui devait d'ailleurs jouir de la plus grande liberté, la menace de l'*impeachment* devait forcément réapparaître⁹.

Le 23 octobre, à la surprise générale, le président Nixon faisait savoir qu'il avait décidé de se soumettre volontairement aux jugements rendus par la Cour de district et par la Cour d'appel fédérale¹⁰. L'explication la plus répandue veut qu'il ait pris cette décision pour juguler la menace d'*impeachment*. Une autre pourrait être qu'il ait sciemment voulu faire le léger détour qu'impliquait la destitution du professeur-procureur, dans le but précis de se débarrasser de ce dernier. Car il faut bien admettre que le professeur Cox, avec sa cinquantaine d'avocats et ses millions, convaincu qu'il était, dès le départ, de devoir laisser planer son ombre sur Washington pendant au moins cinq ans, ne pouvait que troubler une quiétude présidentielle déjà ébranlée. Les moyens déjà déployés par le professeur Cox, impressionnants comme peuvent l'être les plus belles manifestations du gigantisme américain, ont peut-être fini par convaincre l'exécutif qu'il avait une vipère en son sein. Il faut quand même constater, en effet, la position quelque peu ridicule dans laquelle le gouvernement américain, sur une question particulière, pouvait finalement se trouver placé. En définitive, dans l'affaire des rubans magnétiques, le gouvernement des États-Unis cherchait à obtenir que soient produits en cour des documents détenus par la tête de ce même gouvernement. Bien sûr, le président s'était lui-même placé dans cette situation, afin d'enrayer l'action du Congrès. Il n'en demeure pas moins que la voie était sans issue : si l'enquête du procureur spécial n'était pas sérieuse, elle était inutile, même face à l'opinion publique, si ce n'est comme moyen dilatoire ; si l'enquête devait être sérieuse, l'exécutif ne devait pas pouvoir en supporter longtemps le cours. Contre les maux de l'exécutif en place, il n'y a pas de remèdes « exécutifs » vraiment efficaces. Surtout si le mal se situe à la tête. Même aux États-Unis, où sévit la séparation des pouvoirs, on a suffisamment douté des vertus purgatives du masochisme de l'exécutif pour devoir confier à des instances législatives des remèdes comme l'*impeachment* ou les pouvoirs d'enquête du Sénat. Ce n'est pas à dire que ces remèdes sont les seuls qui existent et qu'ils doivent être regardés comme suffisants dans tous les cas.

Au sujet de la production en cour des rubans magnétiques de la Maison-Blanche, le gouvernement des États-Unis, à partir d'un

9. Il a été concrètement question d'*impeachment* dès le 21 oct. 1973 : *The Times*, Londres, le 22 oct. 1973.

10. *The Times*, Londres, le 24 oct. 1973.

certain moment, s'en est reporté au judiciaire pour le règlement de sa crise intérieure: le procureur spécial a demandé à un juge d'ordonner au président de déposer les rubans; le président a répliqué qu'un tel ordre ne pouvait être exécuté s'il s'objectait au dépôt des pièces. Opposant deux parties du corps, plus précisément la tête et un membre, la joute était factice. Il pouvait y être mis fin en tout temps, ce qui fut doublement fait, une fois la décision rendue en Cour d'appel, par la destitution du procureur spécial et par la décision subséquente du président de se soumettre volontairement à la décision de la cour. Mais même si le débat est terminé sur cet aspect de la question, il n'est pas sans intérêt de se demander quelle en fut la portée constitutionnelle. Les décisions rendues par la Cour de district et par la Cour d'appel fédérale se situent-elles dans la ligne de continuité du droit constitutionnel américain? Est-ce que, en d'autres termes, la Cour suprême des États-Unis aurait confirmé ces décisions? La question, qui intéresse de façon importante la catégorie des remèdes pouvant découler des rapports existant entre l'exécutif et le judiciaire, pourra à l'avenir être soulevée à la requête de particuliers. Il y a même beaucoup plus de chances qu'il en soit habituellement ainsi. Déjà, d'anciens ministres et conseillers du président Nixon, poursuivis en rapport avec l'affaire du Watergate, manifestent un grand intérêt pour certains des rubans ayant fait l'objet des jugements de la Cour de district et de la Cour d'appel¹¹. Dans ce cas-ci, la chose est jugée, mais la logique découlant de ces décisions devra aussi valoir pour tout autre document de l'exécutif dont on demandera à l'avenir la production en cour.

L'intimité de l'exécutif

La Cour de district des États-Unis, avons-nous dit, a donné l'ordre au président Nixon de remettre à un de ses juges un certain nombre de bandes magnétiques se rapportant au scandale du Watergate. Ce juge décidera ensuite dans quelle mesure ces documents pourront être remis à un grand jury de mise en accusation¹². Et cette décision fut confirmée par la Cour d'appel des États-Unis¹³.

11. Les procès de MM. John MITCHELL, ancien procureur général, et Maurice STANS, ancien secrétaire d'état au commerce, ont été reportés pour ce motif: *The Times*, Londres, le 24 oct. 1973. À l'aide de certains rubans magnétiques, ils entendent discréditer le principal témoin de la poursuite. Par ailleurs, l'avocat de M. EHRLICHMAN réclame la production de certains rubans, afin de démontrer que certains gestes reprochés à son client ont été posés sous l'ordre du président: *The Times*, Londres, le 25 oct. 1973.

12. *Supra*, note 3.

13. *Supra*, note 4.

À première vue, la justesse de ces décisions semble s'imposer. Si l'état de droit existe aux États-Unis, et non l'état de force, le président lui-même est sous la loi. À moins qu'il ne jouisse d'un privilège explicite, le président doit obéissance aux lois, etc, etc... Tel est le genre de réflexion qu'on entend le plus souvent, même en milieu juridique, particulièrement chez ceux qui évoluent en régime de suprématie législative. Tel est aussi le genre de réflexion qu'inspirent les deux décisions : celles-ci, dans la mesure où nous avons pu en prendre connaissance¹⁴, apparaissent être des dénégations froides et sèches du point de vue de la Maison-Blanche. Assez peu d'arguments juridiques directement pertinents y semblent opposés aux allégations présidentielles. D'ailleurs, les deux décisions n'ordonnent le dépôt des documents que pour fin d'examen par un juge en chambre.

Pourtant, il est possible d'imaginer qu'il puisse être souhaitable que des documents ou même des catégories de documents, doivent demeurer sous la maîtrise exclusive des autorités exécutives. Ce pourrait être le cas, par exemple, de documents ayant trait à la défense nationale, aux relations extérieures, ou encore de nature telle que leur absolu secret soit essentiel au bon fonctionnement du gouvernement. Pour que la chose existe en régime de suprématie législative, elle doit se fonder sur l'existence d'une prérogative ou d'un privilège exécutif expressément exprimé en droit. En régime de séparation des pouvoirs, elle pourrait en revanche n'être que l'application concrète des grands principes constitutionnels. Il est essentiel, au moins au départ, de faire cette distinction.

L'intimité de l'exécutif et la séparation des pouvoirs

L'argumentation de la Maison-Blanche a pour pierre angulaire le principe de la séparation des pouvoirs¹⁵. Le président des États-Unis peut seul décider du sort de l'enregistrement de conversations qu'il a eues au cours de l'exercice de ses fonctions, parce qu'il jouit, en vertu de la Constitution, de pouvoirs exécutifs exclusifs et indépendants du législatif. Or il faut bien admettre que le régime constitutionnel

14. Ces décisions ne sont pas encore rapportées. Nous en avons toutefois obtenu des extraits substantiels.

15. Le jugement de la Cour d'appel résume bien cette argumentation. Malheureusement, les extraits que nous avons obtenus de ce jugement, de même que de celui de la Cour de district, ne sont pas paginés à partir du texte même du jugement. Les médias ont aussi fait état de l'argumentation de la Maison-Blanche, développée par le professeur Charles WRIGHT. Voir *The Times*, Londres, le 31 août 1973 et *Le Devoir*, de la même date.

américain ne procède pas à cet égard du même principe fondamental que le nôtre, où rien de tel qu'un pouvoir exécutif autonome n'existe¹⁶. La *rule of law* existe aux États-Unis, vaguement comme ailleurs, mais sa mise en œuvre risque toujours d'être mitigée par l'existence du principe supérieur de la séparation des pouvoirs¹⁷. Il est significatif, à cet égard, de constater que les grandes collections de droit américain considèrent comme des accrocs à la séparation des pouvoirs les techniques de contrôle judiciaire de l'exécutif qui sont pour nous des applications de la *rule of law*.

Ce n'est pas à dire, donc, bien au contraire, que tous les actes de l'exécutif américain échappent au contrôle des tribunaux. L'interprétation judiciaire de ce qui doit être considéré comme étant vraiment du domaine exécutif, et comme pouvant ainsi échapper au contrôle des tribunaux, a conduit à une délimitation en définitive assez restreinte de ce domaine. À tel point qu'on est parvenu à l'emploi régulier du mot « privilège » pour qualifier ce résidu de pouvoir exécutif pur. En ce qui regarde la production en cour des documents gouvernementaux, le pouvoir de l'exécutif s'en est trouvé effectivement circonscrit. La plupart du temps, comme le dit la Cour d'appel dans sa décision, les tribunaux ont rejeté l'objection de l'exécutif, tout au moins pour permettre l'examen du bien-fondé de l'objection. En revanche, la Cour d'appel admet aussi l'existence de catégories de documents dont l'exécutif dispose seul et entièrement. Elle donne comme exemple de telles catégories les documents qui ont trait à la défense nationale ou aux relations extérieures. Elle applique même cette conviction au présent cas, en affirmant que le président pourrait refuser de produire les rubans ou partie de rubans magnétiques qui auraient pour objet ces deux sujets.

Dans ce contexte, la Maison-Blanche devait donc préciser son objection et aller au-delà de la simple référence à la séparation des pouvoirs. Elle le fit en soulignant que la sincérité des conversations entre le président et ses assistants et hauts-fonctionnaires exigeait que le contenu de telles conversations ne puisse être divulgué sans le

16. Voir *Marbury v. Madison*, (1803) 2 U.S. 137, à la p. 170. Voir aussi 16 C.J.S. 483 : « The separation of governmental powers into legislative, executive and judicial is provided for by constitutional provisions, and it is an established and fundamental principle that one department cannot interfere with, or encroach, either of the other departments, except in cases expressly provided for. » « Constitutional government in the United States is distinguished by the care that has been exercised in committing the legislative, executive and judicial functions to separate departments, and in forbidding any encroachment by one department on another in exercise of the authority so delegated. »

17. Voir 16 C.J.S. 484, note 5.

consentement du président¹⁸. Au-delà de la séparation des pouvoirs, ce pouvoir exécutif ne pouvait toutefois trouver de fondement juridique explicite, jurisprudentiel ou autre. La Cour d'appel n'a d'ailleurs pas manqué de souligner cette faiblesse de la thèse présidentielle, tout en exigeant en même temps, de la part du procureur spécial, que la démonstration du besoin réel des documents réclamés, exigence qui apparaît davantage comme une condition de base nécessaire pour pouvoir réclamer les documents que comme un motif suffisant pour pouvoir les obtenir. La Cour de district, pour sa part, s'était appuyée sur une décision de la Cour suprême de 1807¹⁹, qui ne nous a convaincu de rien du tout, et que le *Corpus juris Secundum* a interprété de façon diamétralement opposée²⁰. En revanche, lorsque la Cour d'appel affirme que la discrétion réclamée par le président engendrerait la confusion des pouvoirs, il semble y avoir erreur. Il s'agit seulement, en l'espèce, de savoir si les documents au dépôt desquels s'objecte le président appartiennent ou non à une catégorie de documents dont il a la disposition exclusive, au même titre que les documents portant sur la défense nationale ou les relations extérieures. Question dont la réponse appartient évidemment au judiciaire et non à l'exécutif.

La décision de la Cour d'appel nous semble en définitive essentiellement un choix équitable entre deux intérêts publics, suivant l'expression utilisée par la cour elle-même : intérêt public à ce que l'enquête du procureur spécial dispose de toutes les informations qui lui sont nécessaires et intérêt public à ce que les conversations présidentielles ne puissent rien perdre de leur confidentialité. Il n'est pas certain, toutefois, que la Cour suprême, procédant par déduction à partir de base plus rigoureusement juridique, serait parvenue aux mêmes conclusions²¹.

Au sujet de la question précise de la production des documents gouvernementaux, la jurisprudence américaine semble faire montre d'une relative carence. Notre recherche ne se prétend pas exhaustive,

18. Voir également le jugement de la Cour d'appel.

19. *U.S. v. Burr*, (1807) 4 Cranch's Rep. 469; 2 L. ed. 684. Dans cette affaire, le juge MARSHALL semble admettre que le président JEFFERSON refuse d'obéir à un *subpoena duces tecum* ayant pour objet une lettre qu'il aurait écrite en tant que président.

20. À 16 C.J.S. 832, on tire la conclusion suivante de l'arrêt BURR : « It is well settled that public officials are not bound to disclose state secrets or to submit public papers to judicial scrutiny. Partly on this ground and partly because on the immunity of the executive from judicial control on account of the tripartite separation of powers, it seems now to be undisputed that courts cannot compel the attendance of the chief executive as a witness. »

21. Nous ne disposons malheureusement pas des opinions des deux juges dissidents (sur sept) de la Cour d'appel.

mais une démarche similaire en droit anglais et canadien s'est avérée davantage fertile. Le fait, en soi, est peut-être révélateur de l'impact, sur ce genre de question, d'une séparation des pouvoirs encore vivace. Dans un premier temps, c'est à partir de l'interprétation judiciaire de ce principe constitutionnel premier qu'il faut chercher réponse à notre question ²².

La conséquence première tirée de la séparation des pouvoirs est que chacun des organes de l'État exerce ses fonctions en exclusivité : parce que leur autorité respective découle de la même source juridique, ils n'ont pas à subir l'empiètement de l'autre ²³. Ainsi, le législatif ne peut envahir un certain domaine exécutif, qui appartient exclusivement, en vertu de la Constitution, à des organes exécutifs ²⁴. C'est sur ce point précis que la différence entre le régime de séparation des pouvoirs et le régime de suprématie législative est le plus directement mise en évidence. Car, à l'inverse, la suprématie législative octroie aux organes législatifs, par définition, une compétence matérielle illimitée. Si la logique de cette dissimilitude était poussée jusqu'au bout, elle devrait normalement produire les mêmes effets en ce qui regarde le

22. Bien sûr, il ne peut être question d'exhaustivité en la matière. Notre but est simplement de relever un certain nombre d'arrêts importants, assez récents, et particulièrement pertinents par rapport à la question soulevée.

23. Voir, particulièrement *O'Donohue v. U.S.*, (1933) 289 U.S. 516, à la page 530. Voir aussi *supra*, note 16 et 16 C.J.S. 484 : « Since all the departments of government derive their authority from the same source, they in equal degree represent the sovereignty, and each within its own sphere is supreme and independent, and the several departments are not merely equal, but are also exclusive. » Dans l'arrêt *U.S. v. U.S. District Court*, (1972) 407 U.S. 297, aux pp. 320ss. on a établi que le président ne jouissait pas d'un pouvoir exclusif en matière d'espionnage électronique, même quand des questions de sécurité étaient en jeu. Pour ce, on s'est toutefois fondé sur le quatrième amendement de la Constitution, et encore a-t-on fait la distinction entre sécurité intérieure et sécurité extérieure. Voir aussi *Kwai Chiu Yen v. Immigration and Naturalization Service*, (1969) 395 U.S. 908 ; *Charrington v. Foster*, (1969) 166 N.W. (2d) 377 (N.D.S.C.), à la p. 382 ; et *State v. Ronek*, (1970) 176 N.W. (2d) 153 (Iowa S.C.), à la p. 155.

24. Voir *Myers v. U.S.*, (1926) 272 U.S. 106, au sujet des pouvoirs de destitution du président : on y précise que ce dernier peut destituer, sans le consentement du Sénat, un officier public nommé avec ce consentement. Dans *Ahearn v. Bailey*, (1969) 471 P. (2d) 30 (Ariz. S.C.), à la p. 32, on précise que la Législature ne peut décider que certains membres d'une commission gouvernementale ne sont plus membres de cette commission. Sur la même question voir aussi *Humphrey v. U.S.*, (1935) 295 U.S. 602, à la p. 629. Au sujet des pouvoirs de nomination de l'exécutif, voir *Springer v. Philippine*, (1928) 277 U.S. 189, à la p. 203. Dans l'affaire *People v. N.Y. Ry. Co.*, (1957) 141 N.E. (2d) 38 (Ill. S.C.), à la p. 43, on a considéré qu'une loi ne pouvait pas être interprétée comme ayant une portée spéciale ou particulière, la Constitution ne permettant pas que la loi ait une telle portée. Sur le même type de question, voir *Werner v. U.S.*, (1956) 233 F. (2d) 52 (U.S.C.A.), à la p. 55 : une loi ne doit pas être interprétée comme visant un bail entre le gouvernement des États-Unis et un particulier, la question étant clairement de nature exécutive. Cet arrêt a été implicitement confirmé par la Cour suprême à (1956) 352 U.S. 842. Voir, enfin, *Massachusetts v. Mellon*, (1923) 262 U.S. 447, à la p. 488.

rapport judiciaire-exécutif. Or si la situation est effectivement la même à ce niveau²⁵, une immense marge d'interprétation ne manque toutefois pas d'y jouer en faveur du judiciaire. Les limites du domaine exécutif ont toujours besoin d'être précisées, qu'il s'agisse du domaine formel indiqué par la Constitution²⁶ ou des domaines matériels précisés par la loi ordinaire²⁷.

Cette interprétation de la séparation des pouvoirs, en ce qui regarde son orientation générale, semble avoir particulièrement prévalu en faveur de la tête de l'exécutif, c'est-à-dire le président. La Cour suprême des États-Unis et la Cour d'appel fédérale ont eu l'occasion de manifester leurs tendances, dans des arrêts relativement récents, en matière militaire²⁸, en matière d'urgence, tant en ce qui regarde l'existence de la situation d'urgence qu'en ce qui regarde les pouvoirs que la situation confère au président²⁹, en matière douanière³⁰, en ce qui a trait à l'immunité en matière de relations extérieures³¹, quant au pouvoir de destituer les officiers publics³², en matière

25. Voir *Greene v. McElroy*, (1958) 254 F. (2d) 944 (U.S.C.A.), renversé par la Cour suprême pour des motifs différents, à (1959) 360 U.S. 474; *Nashville Steering Com. v. Ellington*, (1967) 387 F. (2d) 179 (U.S.C.A.), à la p. 185, implicitement confirmé par la Cour suprême à (1968) 390 U.S. 921; *Esteban v. Central Mo. State College*, (1969) 415 F. (2d) 1077 (U.S.C.A.), à la p. 1090, implicitement confirmé à (1970) 398 U.S. 965; *Knuckles v. Prusse*, [1970] F. (2d) 1255 (U.S.C.A.), à la p. 1257, implicitement confirmé à (1971) 403 U.S. 877 et 936; *U.S. v. Borden*, (1954) 347 U.S. 514; *N.B.C. v. U.S.*, (1943) 319 U.S. 190, à la p. 224.
26. Voir *State v. Darby*, (1940) 137 S.W. (2d) 532 (Mo. S.C.), à la p. 536, au sujet des qualifications que requiert l'exercice de fonctions publiques. Voir aussi *Commonwealth v. Favalli*, (1967) 224 N.E. (2d) 422 (Mass. S.C.); *Hobson v. Hansen*, (1967) 265 F. Supp. 902 (U.S.D.C.); et *Opinion of the Justices*, (1970) 266 A. (2d) 823 (N.H.S.C.).
27. Voir *Consolo v. Federal Maritime Commission*, [1966] U.S. 607, à la p. 619, quant à la portée de certains articles du U.S. *Administrative Procedure Act*.
28. La guerre du Vietnam a donné à la Cour d'appel fédérale l'occasion de réaffirmer les pouvoirs présidentiels en matière militaire. Voir *Velvel v. Richard Nixon*, (1969) 415 F. (2d) 236 et, surtout, *U.S. v. Hogans*, (1966) 369 F. (2d) 359, à la p. 360: « the courts will not examine the purposes for which the executive employs the armed forces in foreign military operations. »
Voir aussi *Hirabayashi v. U.S.*, (1942) 320 U.S. 81, à la p. 102, relatif à l'imposition d'un couvre-feu dans une certaine région, en exécution d'un ordre du président.
29. Voir *Bauer v. U.S.*, (1957) 244 F. (2d) 794 (U.S.C.A.), à la p. 797: il n'appartient pas aux tribunaux de statuer sur ces questions.
30. Voir *Aimcee Wholesale Corp. v. U.S.*, (1972) 468 F. (2d) 202 (U.S.C.C.P.A.), à la p. 205 et, surtout, *U.S. v. Bush*, (1939) 310 U.S. 371.
31. *Rich v. Naviera Vacuba*, (1961) 295 F. (2d) 24 (U.S.C.A.), à la p. 26: les tribunaux n'ont pas à mettre en question la décision, prise par l'exécutif, à l'effet qu'un navire, cubain en l'occurrence, jouit de l'immunité due à un État souverain.
32. Voir *Myers v. U.S.*, (1926) 272 U.S. 106: les pouvoirs exécutifs du président lui permettent de destituer sans le consentement du Sénat un officier public nommé avec consentement. Voir, aussi, *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, (1951) 341 U.S. 123, aux pp. 138, 185, 203 et 212.

d'espionnage électronique et de sécurité extérieure³³ et, aussi, en matière de sécurité intérieure³⁴.

Quant à la question précise de la production en cour des documents gouvernementaux, la jurisprudence américaine apparaît en revanche assez peu abondante, avons-nous dit. Une distinction de base s'en dégage toutefois, entre documents d'État et documents de routine. Les seconds pourraient être déposés en cour de par l'autorité du tribunal seul, au moins pour qu'ils fassent l'objet d'un examen par un juge en chambre³⁵, tandis que la production des premiers dépendrait de la bonne volonté de l'exécutif. Feraient, par exemple, manifestement partie de ces documents d'État les documents ayant une signification militaire³⁶. Il ne semble pas, toutefois, qu'il s'agisse là de la seule catégorie de documents devant échapper à tout examen de la part du judiciaire. Ainsi, la Cour d'appel fédérale a-t-elle reconnu qu'il devait en être ainsi de communications entre le gouvernement et les particuliers, lorsque l'intérêt public apparaissait exiger un tel degré d'intimité³⁷. Par ailleurs, certaines communications internes du gouvernement doivent aussi, selon elle, être tenues à l'écart de toute divulgation³⁸. S'il n'est pas possible de dire si ces catégories de documents sont en nombre limitatif, leur existence est en

33. Voir *U.S. v. U.S. District Court*, (1972) 407 U.S. 297, aux pp. 320ss.

34. Voir l'important arrêt *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, (1951) 341 U.S. 123. Dans cette affaire, le procureur général des États-Unis avait entrepris, sur l'ordre du président, et sans entendre les intéressés, de dresser une liste d'organisations réputées communistes. La démarche avait pour but d'empêcher que les membres de ces associations puissent être employés dans la fonction publique ou parapublique. Quatre juges sur sept ont admis l'appel, mais en se fondant sur le cinquième amendement de la Constitution : l'ordonnance du président ne pouvait être interprétée comme autorisant le procureur général à procéder comme il l'avait fait (pp. 138, 141, 151, 162, 173ss. 185, 186 et 201). Un seul juge, en revanche, a affirmé que le président n'avait pas le pouvoir de faire une telle ordonnance (p. 143). Trois autres, au contraire, ont reconnu que normalement le pouvoir de congédier les fonctionnaires n'a pas à être interrogé par les tribunaux (pp. 138 et 185). Et trois autres ont jugé que c'était même le cas dans la présente affaire (pp. 203 et 212).

35. Voir *Bank Line v. U.S.*, (1947) 163 F. (2d) 133 (U.S.C.A.).

36. Voir *Totten v. U.S.*, (1876) 92 U.S. 105; *U.S. v. Coplon*, (1950) 185 F. (2d) 629 (U.S.C.A.); et, surtout, *U.S. v. Reynolds*, (1953) 345 U.S. 1.

37. Voir *Foltz v. Moore McCormack Lines*, (1951) 189 F. (2d) 537 (U.S.C.A.), à la p. 540; il s'agissait de communications faites par un particulier au *Federal Bureau of Investigation*. Voir aussi *State v. Starke Circuit Court*, (1958) 147 N.E. (2d) 585 (Ind. S.C.), où il s'agissait de documents d'un *County Welfare Board*.

38. Voir *Zacher v. U.S.*, (1955) 227 F. (2d) 219 (U.S.C.A.), à la p. 226, où on a considéré qu'une lettre entre un procureur du gouvernement et le procureur général des États-Unis, dans une affaire d'impôt, ne pouvait être déposée en cour. Cet arrêt a été implicitement confirmé par la Cour suprême à 350 U.S. 993.

Voir aussi *State v. Starke Circuit Court*, loc. cit. *supra*, note 37.

tout cas admise³⁹. Au sujet des documents de la Maison-Blanche, des documents impliquant le président, la tête de l'exécutif, nous ne connaissons pas d'autres arrêts que celui de 1807, dont la Cour de district des États-Unis et le *Corpus Juris Secundum* ont tiré des enseignements tout à fait divergents⁴⁰.

Même s'il ne se rapporte pas à des documents présidentiels, l'arrêt clef en la matière semble être l'arrêt de la Cour suprême *U.S. v. Reynolds*, de 1953⁴¹. Il s'agissait, dans cette affaire, de la production d'un document pouvant avoir une signification militaire: un avion militaire s'était écrasé, tuant trois civils dont Reynolds, lors de l'essai d'un nouveau matériel électronique. Poursuivant le gouvernement américain, les héritiers de Reynolds tentèrent d'obtenir que soit produit en cour le rapport de l'enquête menée sur l'accident par les officiers du ministère de la défense. Le gouvernement des États-Unis s'opposa à ce dépôt en se fondant sur une disposition législative, mais en précisant aussi que cette dernière n'était que la reconnaissance législative d'un pouvoir exécutif protégé constitutionnellement par le principe de la séparation des pouvoirs. Parlant pour une majorité de six juges sur neuf, le juge Vinson a été amené, en raison de l'argumentation du gouvernement, à dépasser les strictes circonstances de l'affaire en cause. Il a admis que si le judiciaire ne devait pas abdiquer devant les caprices de l'exécutif, il existait en revanche des catégories de documents dont les tribunaux ne devaient pas demander la production, même pour examen par un juge en chambre⁴². Et c'était évidemment le cas des documents pouvant, comme dans le présent cas, avoir des implications militaires. Reste à savoir s'il faut considérer, partant des principes premiers de la Constitution, que les documents de la Maison-Blanche impliquant directement le président peuvent ou doivent former une catégorie de cette espèce.

Pour rendre sa décision au nom de la majorité de la Cour suprême, le juge Vinson a dû se tourner vers la jurisprudence anglaise. Il s'en est effectivement remis, principalement, au jugement rendu en 1942 par la Chambre des lords dans l'affaire *Duncan*⁴³. Jugement perçu comme étant l'affirmation la plus pure du privilège dont a besoin l'exécutif en régime de suprématie législative pour jouir de la dose d'intimité qui lui est nécessaire pour s'acquitter de ses tâches.

39. Voir 16 C.J.S. 747, où l'on semble tirer de semblables arrêts des conclusions plutôt générales.

40. *Supra*, notes 19 et 20.

41. 345 U.S. 1.

42. *Id.*, p. 10.

43. *Duncan v. Cammell Laird Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624; 1 All. E.R. 587 (H.L.).

L'examen de la situation en régime de suprématie législative n'a donc pas que l'intérêt du droit comparé. Il est requis par l'état présent du droit positif américain.

L'intimité de l'exécutif et la suprématie législative

En régime de suprématie législative, la question de la production des documents gouvernementaux en cour s'est davantage posée aux tribunaux. La chose, en soi, est peut-être ici aussi significative. Dans ce contexte, l'exécutif est soumis à la loi. En conséquence, il apparaît logique de requérir à priori des tribunaux qu'ils appliquent la loi générale à l'exécutif⁴⁴. Cependant, rien n'interdit que l'exécutif ne jouisse de privilèges en quelque matière. Si tel privilège découle d'une disposition législative particulière, il est clair qu'il résiste à la loi générale, en vertu des principes les plus généraux d'interprétation législative. Mais la situation est également la même s'il est d'origine coutumière, s'il est un de ces résidus volontairement conservés d'un pouvoir exécutif originaire révolu, résidus qu'on appelle prérogatives royales. La loi ne peut en effet abolir une prérogative dite royale, pas plus qu'un privilège d'origine législatif, qu'en termes exprès⁴⁵. Or il est bien évident que ces privilèges (ou prérogatives) n'existent en général que parce qu'ils ont été régulièrement affirmés par les tribunaux, et que dans la mesure où ils ont été ainsi affirmés. Et c'est probablement pour ce motif qu'un privilège comme celui concernant la production des documents gouvernementaux en cours apparaît en définitive, un peu paradoxalement, mieux assuré en régime de suprématie législative qu'en régime de séparation des pouvoirs.

Au Royaume-Uni

La jurisprudence anglaise sur la question est extrêmement abondante. Elle a été analysée, résumée et commentée dans certains arrêts récents et il est hors de notre intention de vouloir refaire ce travail. Notre propos est seulement de faire ressortir l'état présent du droit, à partir des arrêts récents les plus importants.

44. Voir *Eastern Trust Co. v. McKenzie, Mann and Co.*, [1915] A.C. 750, à la p. 759.

45. Voir *British Coal Corp. v. R.*, [1935] A.C. 500. Voir aussi les lois d'interprétation canadienne, fédérale et québécoise, S.R.C. 1970, c. 1-23, art. 16 et S.R.Q. 1964, c. 1, art. 42 et le *Code civil québécois*, art. 9.

Dans l'affaire *Reynolds*⁴⁶, la Cour suprême des États-Unis s'était référée à l'arrêt *Duncan* rendu par la Chambre des lords en 1942⁴⁷. Or durant environ un quart de siècle, cet arrêt a effectivement fait figure de crédo juridique en la matière au Royaume-Uni : en bonne tradition jurisprudentielle britannique, les tribunaux inférieurs confrontés avec la question se sont considérés liés par la décision de 1942. De fait, ce faisant, ils adhéraient davantage à une certaine interprétation de cet arrêt qu'à l'arrêt lui-même⁴⁷.

Dans cette affaire, l'appelant Duncan était demandeur dans une action type en dommage dirigée contre un particulier, à la suite de la mort de 99 personnes dans le naufrage d'un sous-marin. Il demanda la production de certains documents, dont, entre autres, le contrat de construction du sous-marin, un rapport sur la construction de celui-ci et de nombreux plans et spécifications de ses différentes parties. La décision rendue par lord Simon, au nom d'un banc de sept juges siégeant en cette affaire, apparaît à première vue quelque peu contradictoire. Elle semble prendre plaisir à passer d'un point extrême à un autre. Nous nous hasarderons néanmoins à en résumer l'essentiel de la façon suivante. Personne n'a un droit strict à ce que le gouvernement dépose en cour des documents⁴⁸. Même si l'objection ministérielle dûment faite à la production de documents est décisive, la décision à cet égard appartient au juge⁴⁹. Dans chaque cas, il faut voir où se situe l'intérêt public. La chose peut se faire en examinant le document lui-même, ou encore en constatant que le document appartient à une catégorie de documents qui, pour des raisons d'intérêt public, ne doivent pas être produits⁵⁰. Ne constitueraient toutefois pas une semblable catégorie, les documents classés confidentiels, officiels ou d'État, simplement parce qu'ils ont classés tels⁵¹. En revanche, les documents qui ont trait à la défense nationale, aux relations diplomatiques ou, encore, ceux dont le secret apparaît nécessaire au bon fonctionnement du service public formeraient

46. *U.S. v. Reynolds*, (1953) 345 U.S. 1.

47. *Duncan v. Cammell*, (1942) 1 All. E.R. 587.

47A. Voir *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), aux pp. 948ss. (lord Reid).

48. *Duncan v. Cammell*, (1942) 1 All. E.R. 587, à la p. 591.

49. *Id.*, p. 595 : ces deux éléments, que nous trouvons difficilement conciliables, se trouvent effectivement contenus dans la même phrase : « Although an objection validly taken to production (...) is conclusive, it is important to remember that the decision ruling out such documents is the decision of the judge ».

50. *Id.*, p. 592.

51. *Id.*, p. 595 : en d'autres termes, des documents forment une catégorie privilégiée *pour cause*, et non parce que le gouvernement désire qu'il en soit ainsi.

autant de catégories reconnues⁵². Enfin, ce privilège gouvernemental est d'intérêt public; si nécessaire, le tribunal devrait soulever d'office⁵³.

Il nous semble, à nous, que tout ce qui se dégage de façon sûre de cet arrêt est qu'il existerait, de par la volonté des tribunaux, des *catégories* de documents privilégiés relevant exclusivement de l'exécutif. Et que, parmi ces catégories, il en serait une, davantage souple, qui regrouperait tous les documents que le bon fonctionnement de l'État exigerait de ne pas divulguer. Si la souplesse d'une telle catégorie est de nature à laisser au tribunal une marge d'interprétation importante, en revanche l'existence même de catégories de documents implique nécessairement que les documents entrant dans ces catégories n'ont pas à être examinés à la pièce. C'est là en effet le seul intérêt de la distinction entre documents isolés et documents faisant partie de catégories. Enfin, il nous est impossible de déduire de cet arrêt qui, du juge ou du ministre, décide dans le cas de documents n'entrant pas dans des catégories reconnues^{53a}.

En 1968, la Chambre des lords a rendu, dans l'affaire *Conway v. Rimmer*, un jugement unanime régulièrement considéré comme marquant un renversement brutal de jurisprudence par rapport à la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Duncan*⁵⁴. Au point que certains y ont vu l'élimination du principe de la *stare decisis* appliqué aux instances suprêmes. Il nous semble que ces conclusions sont pour le moins excessives⁵⁵.

Conway, un ancien policier, a fait l'objet d'accusations criminelles sur recommandation de son supérieur Rimmer. Il a été acquitté. Il poursuit Rimmer en dommages, et réclame à cette fin la production de cinq rapports rédigés sur son compte par ce dernier durant sa période

52. *Idem*: Sciemment, nous demeurons ici le plus près possible des mots utilisés par Lord SIMON: «... where the practice of keeping a class of documents secret is necessary for the proper functioning of the public service.»

53. *Idem*.

53A. Cette interprétation est conforme à celle qu'en donne la Cour suprême des États-Unis dans *U.S. v. Reynolds*, (1953) 345 U.S.1, aux pp. 8ss.

54. [1968] A.C. 910.

55. Outre les motifs d'ordre matériel découlant des paragraphes qui suivent, il y a aussi, formellement, le soin mis par les juges à distinguer, vu les faits en cause, l'affaire *Duncan* de la présente (au moins trois sur cinq, pp. 940ss., 980 et 990), et à préciser que les principes généraux dégagés en *obiter* dans l'affaire *Duncan* constituaient, suivant la compréhension qu'ils en avaient, un mauvais jugement ou un jugement *per incuriam* (ceci à l'unanimité, pp. 938, 959ss., 976, 980 et 990). Lord MORRIS et lord HODSON, il est vrai, ont exprimé des opinions pouvant fonder les conclusions auxquelles nous avons fait allusion (pp. 958 et 976). Il ne s'agit là, toutefois, que d'opinions minoritaires qu'ils n'avaient pas besoin d'exprimer vu le jugement qu'ils portaient par ailleurs sur l'arrêt *Duncan* (pp. 959ss et 976).

de probation. Le ministre responsable s'oppose au dépôt de ces documents, alléguant qu'ils font partie d'une catégorie de documents que l'intérêt public ne permet pas de dévoiler. S'il en était autrement, prétend-on, la sincérité des personnes ayant à rédiger de semblables documents s'en trouverait affectée.

La réponse donnée par la Chambre des lords à cette objection nous semble confirmer, préciser et compléter l'arrêt *Duncan* davantage que le contredire. D'abord, se trouve maintenu le principe de base à l'effet qu'il s'agit de voir dans chaque cas si l'intérêt public du gouvernement l'emporte sur l'intérêt public de la justice⁵⁶. Ensuite, est confirmée l'idée qu'existent des *catégories* de documents dont l'inspection par les tribunaux tient au bon vouloir du gouvernement⁵⁷. Existe même cette catégorie-bateau, où peuvent loger ces documents dont la confidentialité est nécessaire au bon fonctionnement de l'État⁵⁸. Il appartient au judiciaire, et non à l'exécutif, de déterminer ces catégories ou de dire quels documents en font partie, comme il appartient également au judiciaire de prendre des décisions *ad hoc* dans le cas des documents ne faisant pas partie de catégories⁵⁹. Sur ce dernier point, il faut admettre toutefois que la décision complète l'arrêt *Duncan* qui apparaissait contradictoire à cet égard. Enfin, 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'État⁶⁰. Mais plusieurs juges, individuellement, en *obiter*, ont énuméré un nombre impressionnant de genre de documents qui formeraient semblables catégories ou entreraient dans la catégorie de ceux dont le fonctionnement correct de l'État exige la non-divulgation⁶¹. Et cette liste donne à penser que le niveau hiérarchique auquel se situe un document n'est pas sans rapport avec le statut qui est censé être le sien devant les tribunaux. Outre les documents militaires et diplomatiques, il y est question, des minutes des discussions entre les chefs de départements, y compris, évidemment, les minutes du Cabinet (quatre juges sur cinq), des *policy*

56. *Id.*, pp. 940, 950, 971, 980 et 992 : quatre juges sur cinq.

57. *Id.*, pp. 952, 971, 973, 980 et 993 : cinq juges.

58. *Id.*, pp. 952, 973, 980 et 993 : quatre juges. Lord REID (p. 952), à l'opinion duquel adhère lord PEARCE (p. 980), reprend les mots utilisés par lord SIMON dans l'affaire *Duncan* : « necessary for the proper functioning of the public service. »

59. *Id.*, pp. 943ss. 947, 952, 954ss., 971, 980 et 993 : cinq juges.

60. *Id.*, pp. 941ss., 952, 957, 973, 980, 994 : cinq juges. Cet argument a autorisé le tribunal à ordonner la production des cinq rapports.

61. *Id.*, pp. 952, 973, 980 et 993.

making documents, des minutes rédigées par des fonctionnaires et de la correspondance entre le gouvernement et les organismes extérieurs (deux juges), et, finalement, de communications interministérielles et de documents relatifs à la nomination des hauts fonctionnaires (un juge). Si l'affaire des rubans magnétiques du Watergate était gouvernée par ce droit jurisprudentiel, l'argument de la sincérité ne convainquerait peut-être pas davantage à lui seul. Mais visant des documents impliquant directement la présidence, il conduirait vraisemblablement à des résultats différents de ceux atteints par la Cour d'appel des États-Unis.

Depuis que l'arrêt *Conway* a été rendu, la Chambre des lords a rendu trois jugements en la matière. Tout en confirmant les grands principes dégagés dans *Duncan* et *Conway*, ces décisions tendent à préciser ce que peut englober la catégorie qui a pour objet les nécessités absolues du fonctionnement de l'État ou, encore, ce qui revient au même, à identifier les catégories mêmes de documents privilégiés.

Une première fois en 1972, la Chambre des lords a décidé à l'unanimité 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 privilégié⁶². En l'occurrence, quelqu'un s'était vu refuser l'autorisation d'exploiter une salle de bingo. Devant ce refus, cette personne avait prétendu avoir fait l'objet d'un rapport diffamatoire. Dans le but de porter plainte au criminel, elle avait réclamé la production de la lettre mentionnée. La Chambre des lords a affirmé à l'unanimité que cette lettre faisait partie d'une catégorie de documents dont le secret était essentiel pour que le *Gaming Board* puisse s'acquitter de ses tâches. La plupart des juges se sont référés à l'arrêt *Conway*⁶³. Quatre d'entre eux (sur cinq) ont repris l'affirmation, faite dans l'arrêt *Duncan*, voulant que le privilège en soit un d'intérêt public, qui peut être soulevé d'office⁶⁴. Enfin, lord Salmon, après avoir énuméré, à titre d'exemples, des catégories de documents qui seraient privilégiés, précise qu'il n'y a rien d'immuable en la matière⁶⁵.

Encore en 1972, la Chambre des lords a décidé, de façon assez surprenante, que les rapports fournis aux commissaires aux douanes par les exportateurs pouvaient être produits en cour⁶⁶. On a jugé,

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

63. *Id.*, pp. 1060, 1064 et 1065.

64. *Id.*, pp. 1060, 1070 et 1071. Voir *supra*, note 53.

65. *Id.*, p. 1071.

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

renversant sur ce la Cour d'appel⁶⁷, que ce fait n'empêcherait pas les commissaires d'exécuter adéquatement leurs fonctions⁶⁸. Dans cette affaire, le demandeur-appelant cherchait à connaître les noms des personnes qui importaient un certain médicament qu'il était seul à pouvoir produire en vertu des lettres-patentes dont il était propriétaire, dans le but de pouvoir ultérieurement exercer un recours.

Enfin, en 1973, dans un jugement non encore rapporté⁶⁹, la Chambre des lords a confirmé une décision de la Cour d'appel⁷⁰ voulant que la production des documents gouvernementaux relatifs à un conflit judiciaire en matière de taxe de vente ne pouvait pas être requise à l'occasion de ce conflit. L'époque à partir de laquelle le privilège joue est celle où la partie privée fait connaître son intention de contester la base ou le montant de sa contribution fiscale. Le privilège professionnel de l'avocat joue en faveur du gouvernement lorsque l'avocat est employé à plein temps par le gouvernement. Enfin, le bon fonctionnement de l'administration veut que les documents émanant de tiers, dans ce contexte, ne soient pas produits.

Au Canada

Le droit régissant la production en cour des documents gouvernementaux a fait au Canada l'objet de dispositions législatives en ce qui regarde les documents du gouvernement fédéral⁷¹. Manifestement inspirées, dans leurs termes mêmes, de l'arrêt *Conway* de 1968⁷², ces dispositions de 1970 établissent essentiellement ce qui suit. D'une part, continuent d'exister des *catégories* de documents échappant à toute emprise des tribunaux, même pour seule fin d'examen. Ces catégories sont toutefois énumérées limitativement : ils regroupent les documents dont la production, aux dires d'un ministre certifiés par affidavit, seraient préjudiciables aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale, ou encore dévoileraient une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, c'est-à-dire, concrètement, une communication confidentielle du Cabinet fédéral. Les catégories sont donc fixées, mais leurs contenus, surtout

67. (1972) 3 All. E.R. 813, aux pp. 818, 819 et 823.

68. (1973) 2 All. E.R. 943, aux pp. 949, 954, 955, 962, 968, 969 et 976.

69. *Crompton v. Commissioners of Customs and Excise* (n° 2), *The Times*, Londres, le 5 juillet 1973.

70. (1972) 2 All. E.R. 353.

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

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

ceux des deux dernières, peuvent manifestement s'avérer suffisamment extensifs pour finalement englober tous les documents qui impliquent les palliers supérieurs de la hiérarchie exécutive.

Dans les autres cas, sauf les dispositions de toute autre loi, le tribunal peut examiner le document, et éventuellement ordonner sa production, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge appropriées, « s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit » du ministre. Pour décider de sa conduite, même en ce qui regarde l'examen du document, le tribunal ne manquera certainement pas de s'en rapporter largement à l'état de la jurisprudence. Même si elles ne pourront jamais plus s'imposer de façon absolue, l'existence de nouvelles catégories de documents fédéraux privilégiés pourra ainsi se dessiner.

Au Québec, il n'est pas de dispositions législatives visant expressément la production des documents du gouvernement québécois⁷³. En revanche, un amendement de 1966 au *Code de procédure civile* est venu établir que celui qui avait un recours à exercer contre le gouvernement québécois pouvait désormais le faire comme s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable⁷⁴. Même si cette situation nouvelle est établie sous réserve seulement de dispositions adjacentes, et que ces dernières ne font pas état de l'existence d'un privilège exécutif visant la production en cour des documents du gouvernement du Québec, nous ne croyons pas que ce droit législatif nouveau ait eu pour effet d'éliminer ce privilège. Il ne nous semble pas que ces dispositions législatives visent assez clairement cette prérogative pour l'avoir fait disparaître. Elles nous semblent plutôt, dans leurs termes mêmes, l'équivalent des dispositions par lesquelles le Parlement fédéral a établi en 1953 le principe de la responsabilité du gouvernement fédéral⁷⁵, sans que cela ne l'ait empêché de sentir le besoin de légiférer en 1970 eu égard au privilège concernant la production des documents en cour⁷⁶. De toute façon, il est clair que le privilège du gouvernement du Québec demeure inchangé au moins dans le cas des conflits auxquels il n'est pas partie.

En conséquence, pour ces différents motifs, l'état présent du droit jurisprudentiel canadien conserve en la matière son importance, qu'y soient en cause des documents du gouvernement québécois, du

73. Voir le *Code de procédure civile*, art. 401 à 403.

74. S.Q. 1966, c. 21, a. 5, devenu l'art. 94 du *Code de procédure civile*.

75. Voir la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, c. 30, devenue S.R.C. 1970, c. C-38.

76. *Supra*, note 71.

gouvernement fédéral ou des gouvernements des autres membres de la fédération. Quitte à faire les distinctions qui s'imposent quant à l'autorité des différentes décisions^{76a}

Selon lord Reid, le droit jurisprudentiel des autres pays du Commonwealth est différent de celui du Royaume-Uni en ce qui a trait à la production des documents gouvernementaux en cours⁷⁷. Il fonde son opinion sur une décision du Conseil privé de 1931, dont il tire justement l'enseignement que le droit privilégié de l'exécutif en faveur d'un document ne doit pas jouer automatiquement, sur objection ministérielle⁷⁸. Émanant d'Australie, cette décision ne lie toutefois pas de façon absolue les tribunaux canadiens⁷⁹. Alors qu'au contraire, la décision de la Chambre des lords de 1942, rendue dans l'affaire *Duncan*⁸⁰, fait partie du droit canadien tant qu'elle n'a pas été contredite par la Cour suprême du Canada⁸¹.

Dans l'affaire *Robinson*, l'appelant avait poursuivi en dommage le gouvernement, parce que, alléguait-il, celui-ci avait manifesté de l'incurie quant à la conservation de stocks de blé placés sous sa garde en vertu de la loi. Au cours de l'instance, il avait demandé la production de documents gouvernementaux, comprenant entre autres des communications entre fonctionnaires du ministère impliqué. En termes très généraux, le ministre responsable avait prétendu privilégier une quantité massive de documents pertinents. Il avait simplement dit qu'il s'agissait de documents d'État, et qu'il serait contraire à l'intérêt public de les rendre publics. Le Conseil privé a établi lui-même que l'enjeu en cette affaire était de savoir si l'objection ministérielle devait prévaloir dans tous les cas⁸². Et il a répondu négativement à la question, en ordonnant au gouvernement de produire les documents réclamés⁸³. Au passage, il est vrai, il a aussi

76A. Ceci est d'autant plus vrai que les provinces qui ont légiféré sur la question l'ont fait en utilisant des termes très généraux qui signifient à toute fin pratique une référence globale à l'état du droit jurisprudentiel sur la question. Voir, par exemple, les *Proceedings against the Crown Acts* de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan : R.S.O. 1970, c. 365, s. 12 (a), R.S.N.S. 1967, c. 239, s. 10 et R.S.S. 1965, c. 87, s. 13.

77. *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), à la p. 947.

78. *Robinson v. State of South Australia* (n° 2), [1931] A.C. 704.

79. Voir *Negro v. Pietro's Bread Co.*, (1933) 1 D.L.R. 490 (Ont. C.A.) et *Will v. Bank of Montreal*, (1931) 3 D.L.R. 526 (Alta S.C.).

80. *Duncan v. Cammell Laird Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 ; 1 All.E.R. 587.

81. Voir *Robins v. National Trust*, [1927] A.C. 515 (P.C.), à la p. 519 et *Woods Manufacturing Co. v. R.*, (1951) 2 D.L.R. 465 (C. supr.), à la p. 475.

D'une façon générale, sur ces questions, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L., 1972, pp. 21ss.

82. *Robinson v. State of South Australia* (n° 2), [1931] A.C. 704, à la p. 713.

83. *Id.*, p. 722.

évoqué l'idée que les tribunaux ont le pouvoir d'examiner tout document⁸⁴. Mais ce propos débordait manifestement les stricts besoins de l'affaire en cause. La question de l'existence possible de catégories de documents privilégiés nous semble demeurer entière au-delà de cette décision.

Si nous ne croyons pas les tribunaux canadiens liés par ce jugement, nous ne croyons pas, non plus, qu'il s'agisse là d'un jugement globalement erroné. Cette affirmation, faite par lord Simon dans l'affaire *Duncan*⁸⁵, est une opinion qui n'a que l'autorité d'un *obiter dictum*⁸⁶.

Si, par contre, il semble qu'il faille considérer que l'arrêt *Duncan* fait partie du droit canadien, il ne peut toutefois s'agir que du contenu véritable de cet arrêt, et non de son contenu tel que compris et interprété subséquemment par des instances inférieures⁸⁷, surtout après l'abolition des recours au Conseil⁸⁸. Il existerait donc au Québec, des catégories de documents privilégiés, dont une visant les documents qu'il est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'État de ne pas déposer en cour. Il appartiendrait aux tribunaux de décider de l'existence de ces catégories et de la composition de celle mentionnée⁸⁹. Encore faut-il voir si la Cour suprême du Canada ne s'est pas écartée de ce droit et dans quelle mesure celui-ci a été explicité et complété par les tribunaux canadiens en général.

En 1954, la Cour suprême du Canada a interprété restrictivement l'arrêt *Duncan*⁹⁰. Elle en a reçu les principes généraux⁹¹, mais a établi que ceux-ci ne s'appliquaient pas à la production des rapports d'impôt⁹² dans des procès criminels⁹³. Dans cette affaire, le procureur général de la Colombie britannique avait obtenu, contre le directeur de l'impôt pour le district de Vancouver, l'émission d'un *subpoena duces*

84. *Id.*, p. 716.

85. *Duncan v. Cammell*, (1942) 1 All. E.R. 587, à la p. 595 : lord SIMON s'en prend d'ailleurs surtout là à l'*obiter* exprimé dans *Robinson* (p. 716) voulant que les tribunaux puissent examiner tout document.

86. Voir *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), à la p. 948 (lord REID).

87. Voir *Robins v. National Trust*, [1927] A.C. 515 (P.C.), à la p. 519 et *Bright v. Kern*, (1939) 1 D.L.R. 193 (C. surp.), à la p. 196.

88. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *loc. cit. supra*, note 81.

89. Voir *supra*, note 53A.

90. *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479.

91. *Id.*, aux pp. 482 et 487 (six juges sur neuf), à l'effet qu'il faut chercher à savoir si l'intérêt public se situe du côté du judiciaire ou du côté de l'exécutif, pour décider de l'existence ou du contenu d'une catégorie de documents.

92. *Id.*, pp. 484, 488, 492 et 493 (sept juges).

93. *Id.*, pp. 481, 486, 492 et 497 (huit juges) : distinction dont l'arrêt *Duncan* avait d'avance envisagé le bien-fondé. Voir (1942) 1 All. E.R. 587, à la p. 591.

tecum visant des rapports d'impôt. Le gouvernement fédéral avait porté l'affaire devant la Cour suprême, sous la forme d'un renvoi consultatif.

En matière non criminelle, une décision unanime à sens contraire avait d'ailleurs été rendue deux ans plus tôt sur le même sujet par cinq juges de la Cour d'appel du Québec⁹⁴. Et il en fut de même en 1959 devant la High Court d'Ontario⁹⁵. En 1955, la Cour de l'échiquier, avec la même référence à l'arrêt *Duncan*, décida que la correspondance entre divers départements du gouvernement ne peut être produite en cour, pour permettre à quelqu'un de prouver que le fonctionnaire, duquel il prétend avoir obtenu la propriété de terres publiques, avait compétence pour transférer cette propriété⁹⁶. La même année, la Cour suprême d'Ontario a également décidé que des communications inter et aussi intra-départementales ne pouvaient pas être produites dans une affaire d'immigration, le gouvernement ayant simplement allégué que la sincérité des auteurs de tels documents, et partant l'intérêt public, s'en trouveraient affectés s'il en était autrement⁹⁷. Il importe de noter que les arrêts cités tranchent la question en faveur du gouvernement en termes habituellement très généraux, après référence à l'arrêt *Duncan*.

Enfin, en 1968, la Cour d'appel de la Colombie britannique a considéré à l'unanimité (cinq juges) qu'un rapport du ministère des transports fédéral relatif à une collision maritime était un document privilégié qui ne devait pas être produit en cour⁹⁸. Pour obtenir ce résultat, l'avocat du gouvernement fédéral n'a eu qu'à faire valoir oralement en cour que s'il en était autrement les enquêteurs du ministère aurait à l'avenir de la difficulté à obtenir des informations sincères, les témoins devenant alors sujets à des représailles. Parlant au nom d'une majorité, le juge Branca s'en remet à l'interprétation la plus extensive de l'arrêt *Duncan*, à savoir que l'objection gouvernementale dûment exprimée est décisive⁹⁹. Avec raison, comme le juge

94. *Ministère du revenu national v. Die-Plast Co.*, [1952] B.R. 342 : on y fait expressément référence à l'affaire *Duncan*. Voir aussi, dans le même sens et sur le même sujet, *Weber v. Pawlik*, (1952) 2 D.L.R. 750 (B.C.C.A.).

95. *Miles v. Miles*, (1959) 24 D.L.R. (2d) 228. Voir également *Clemens v. Crown Trust Co.*, (1952) 3 D.L.R. 508 (Ont. H.C.) et *Re Geldart's Dairies Ltd.*, (1950) 3 D.L.R. 141 (N.B.S.C.).

96. *Reese v. R.*, [1955] R.C. de l'E. 187. Voir aussi *Croft v. Munnings*, [1957] O.R. 211 (Ont. S.C.).

97. *Re Lew Fun Chaue*, (1955) 5 D.L.R. 515. Voir aussi *Murray v. Murray*, (1947) 3 D.L.R. 236 (B.C.S.C.) et *Seibel v. Foster*, [1944] O.W.N. 647 (Ont. H.C.).

98. *Gronlund v. Hansen*, (1968) 68 D.L.R. (2d) 223.

99. *Id.*, pp. 228 et 229.

Davey, il s'interdit l'application de l'arrêt *Conway*¹⁰⁰, mais sans dire pourquoi¹⁰¹. Pour sa part, le juge Robertson applique l'arrêt *Conway*, que la Chambre des lords vient tout juste de rendre, mais il parvient quand même aux mêmes conclusions que le juge Branca¹⁰².

Il est à présumer que le sens général de cette jurisprudence anglaise et canadienne serait plus marqué encore s'il devait s'agir de documents émanant des sommets de la hiérarchie exécutive. Dans l'arrêt *Conway*, lord Morris se réfère à un vieil arrêt canadien particulièrement pertinent¹⁰³. Dans cette affaire, où le lieutenant-gouverneur du Haut-Canada était pourtant défendeur, le procureur-général fut appelé à témoigner au sujet de conversations ayant eu lieu entre le lieutenant-gouverneur et lui. Ce fut l'occasion pour le juge en chef Gibbs de dire :

« The governor consults with a high legal officer on the government of his colony ; what passes between them is confidential : no office of this kind could be executed with safety if conversations between the governor of a distant province and his attorney-general, who is the only person upon whom such governor can lean for advice, were suffered to be disclosed. »

Et lord Morris de commenter :

« ... it is to be noted that it was conceded that, if the communications with the Attorney-General were in the course of office and related to the internal affairs of the province, the witness would not be required by the court to answer »¹⁰⁴.

Si ce qui valait à l'époque pour le gouverneur vaut encore aujourd'hui, ce ne peut être, en vertu des conventions constitutionnelles, qu'au profit du Conseil exécutif ou du Cabinet¹⁰⁵.

* * *

De cet ensemble jurisprudentiel, il nous semble justifié de conclure que l'exécutif, en régime de suprématie législative, jouit paradoxalement, face au judiciaire, d'une maîtrise plus complète de

100. [1968] A.C. 910 (H.L.).

101. *Gronlund v. Hansen*, (1968) 68 D.L.R. (2d) 223, aux pp. 238 et 226.

102. *Id.*, à la p. 239.

103. [1968] A.C. 910 (H.L.), à la p. 962 : il s'agit de l'arrêt *Wyatt v. Gore*, [1816] Holt N.P. 229, qu'il ne nous est toutefois pas possible de consulter en direct, pour l'instant.

104. *Idem*.

105. Il peut être bon de rappeler que certains des rubans magnétiques du Watergate ont pour objet des conversations tenues entre le président et son procureur général d'alors John MITCHELL.

ses documents qu'en régime de séparation des pouvoirs. Il serait mal avisé, au moins en ce domaine, de considérer le régime américain comme étant davantage primitif. Il n'est pas sûr du tout que la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis dans l'affaire des rubans magnétiques du Watergate¹⁰⁶, aurait pu être rendue en Angleterre ou au Canada. Il n'est pas certain non plus que la Cour suprême des États-Unis, qui dans son arrêt le plus important en la matière s'en est référée au droit britannique¹⁰⁷, aurait suivi la Cour d'appel.

La décision de la Cour d'appel, même dans le contexte américain, apparaît être pour le moins une nouvelle orientation jurisprudentielle. Il semble en effet qu'en décidant de se soumettre à cette décision, le président Nixon ait créé un précédent unique dans toute l'histoire des États-Unis¹⁰⁸. Il est peut-être significatif à cet égard que la cour, dans son jugement, ait senti le besoin de suggérer aux parties en cause de chercher à trouver un compromis¹⁰⁹. Sans parvenir à satisfaire le procureur spécial, le président a tenté de donner suite à cette suggestion¹¹⁰.

Situé dans le contexte de la sale affaire du Watergate, la décision de la Cour d'appel, comme celle de la Cour de district qu'elle confirmait¹¹¹, a suscité une approbation spontanée quasi unanime. Surtout que le président Nixon avait bien l'air de tenter de cacher son intérêt très particulier derrière le principe très général de l'intimité de l'exécutif. Certains, surtout en régime de suprématie législative, ont même vu dans ces arrêts un tournant jurisprudentiel équivalent à celui marqué par l'arrêt *Marbury v. Madison* au début du XIX^e siècle¹¹². Pour eux, on vient de décider qu'aux États-Unis l'exécutif pourra désormais être contrôlé par le judiciaire, comme en 1803 on a établi que le législatif pouvait être contrôlé par le judiciaire. Un peu comme si les États-Unis émergeaient pour la seconde fois seulement des brumes opaques de la séparation rigide des pouvoirs. Il nous semble que c'est là, à la fois, surestimer la portée de ces arrêts et sous-estimer le régime américain.

Partant de principes de base opposés, les régimes américain et anglo-canadien semblent être parvenus à des solutions voisines en ce

106. *Supra*, note 4.

107. *U.S. v. Reynolds*, (1953) 345 U.S. 1. *Supra*, note 46.

108. *The Times*, Londres, le 25 oct. 1973.

109. *Supra*, note 4.

110. *Supra*, note 1.

111. *Supra*, note 3.

112. (1803) 2 U.S. 137.

qui regarde le contrôle judiciaire de l'exécutif. Là où le régime américain semble retarder vraiment, c'est plutôt au niveau de l'exercice de la fonction législative, où continue de sévir une séparation davantage rigide. La mise en œuvre des moyens de collaboration qu'implique la participation de l'exécutif à l'exercice de la fonction législative entraîne une perte d'énergie; elle procure peut-être toutefois à l'exécutif le minimum d'air dont il a besoin pour éviter l'asphyxie et le pourrissement par la tête.

Les décisions rendues dans l'affaire des rubans magnétiques du Watergate tendent à accroître les moyens de contrôler l'exécutif. Mais comme tous les moyens de contrôle, ces moyens nouvellement agréés ont tendance à n'intervenir que sur le tard. Et ils se situent en un domaine où il est à craindre qu'entre-temps ils inspirent surtout aux exécutifs le souci obsessionnel d'éliminer toute trace de leur activité interne.