

<p style="text-align: right;">DES-2-99</p> <p>Jaggi Singh (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p>The Attorney General of Canada (<i>Respondent</i>)</p> <p style="text-align: right;">T-659-99</p> <p>Craig Elton Jones, Jonathan Oppenheim, Jamie Doucette, Deke Samchok, Denis Porter and Annette Muttray (<i>Plaintiffs</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen, the Minister of Justice and the Attorney General of Canada (<i>Defendants</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: SINGH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)</i></p>	<p style="text-align: right;">DES-2-99</p> <p>Jaggi Singh (<i>demandeur</i>)</p> <p>c.</p> <p>Le procureur général du Canada (<i>défendeur</i>)</p> <p style="text-align: right;">T-659-99</p> <p>Craig Elton Jones, Jonathan Oppenheim, Jamie Doucette, Deke Samchok, Denis Porter et Annette Muttray (<i>demandeurs</i>)</p> <p>c.</p> <p>Sa Majesté la Reine, le ministre de la Justice et le procureur général du Canada (<i>défendeurs</i>)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)</i></p>
---	---

Trial Division, McKeown J.—Vancouver, May 17, 18 and 19; Toronto, June 25, 1999.

Constitutional law — Fundamental principles — Objection to disclosure of information pursuant to Canada Evidence Act, ss. 38(6), 39 — S. 38(6) permitting ex parte objections to disclosure of information relating to national security — S. 39 providing where Clerk of Privy Council objecting to disclosure of information, disclosure shall be refused without judicial examination — Applicants submitting s. 39 unconstitutional as contrary to largely unwritten fundamental, organizing principles of Constitution i.e. separation of powers, independence of judiciary, rule of law — Unwritten constitutional norms may be used to fill gap in express terms of constitutional text, or as interpretative tools where section of Constitution not clear — Principles of judicial review not enabling Court to strike down legislation in absence of express provision of Constitution contravened by legislation — Requisite express constitutional provision not existing herein — No gap in Constitution to be filled — Largely unwritten constitutional norms not sufficient to invalidate otherwise properly enacted legislation — Applicants argued by giving executive judicial function (discretion to determine whether relevant evidence should be disclosed), s. 39 offending doctrine of separation of powers — S.C.C. holding Parliament can confer legal functions on courts, certain judicial functions on bodies not courts — Therefore Parliament can confer judicial powers on executive — S. 39 not immunizing executive decisions (to exempt Cabinet documents from disclosure) from judicial review on jurisdictional grounds — S. 39 not contrary to Constitution Act, 1867, s. 96 — Implied doctrine of separation of powers not recognized in Canadian Constitution, cannot be used to

Section de première instance, juge McKeown—Vancouver, 17, 18 et 19 mai; Toronto, 25 juin 1999.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Opposition à la divulgation de renseignements prévue aux termes des art. 38(6) et 39 de la Loi sur la preuve au Canada — L'art. 38(6) permet la présentation ex parte des motifs d'opposition à la divulgation de renseignements relatifs à la sécurité nationale — L'art. 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de renseignements, la divulgation sera refusée sans autre examen judiciaire — Les demandeurs soutiennent que l'art. 39 est inconstitutionnel au motif qu'il va à l'encontre des principes fondamentaux et structurels, en grande partie non écrits, de la Constitution, à savoir la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la magistrature et la primauté du droit — Les normes constitutionnelles non écrites peuvent combler un vide dans les termes exprès du texte constitutionnel, ou servir d'outil d'interprétation dans le cas où une disposition constitutionnelle n'est pas claire — Les principes du contrôle judiciaire n'habilitent pas un tribunal à invalider une loi en l'absence de violation d'une disposition expresse de la Constitution par la loi en question — La disposition constitutionnelle expresse qui était requise n'existe pas en l'espèce — Il n'y a pas de vide à combler dans la Constitution — Les normes constitutionnelles en grande partie non écrites ne suffisent pas à invalider une loi qui a été par ailleurs validement adoptée — Les demandeurs plaident que l'art. 39 contrevient à la doctrine de la séparation des pouvoirs du fait qu'il attribue une fonction judiciaire à l'exécutif (soit le pouvoir discrétionnaire de décider de divulguer ou non des éléments de preuve pertinents) — La C.S.C. a statué que le Parlement pouvait

strike down intra vires legislation not contrary to Charter — S. 39 not contravening independence of judiciary — No breach of rule of law — Rule of law cannot strike down legislation — Parliament, not courts, free to review Crown's rights, privileges — S. 39 privilege given to executive in legislation enacted by Parliament — Statute law may modify, rather than declare, common law — Parliament's failure to amend s. 39 in light of Carey v. Ontario, setting out common law principles of executive privilege, indicative of unwillingness to modify law.

Judges and Courts — Judicial independence — Judicial review challenging objection to disclosure of information pursuant to Canada Evidence Act, ss. 38(6), 39 — S. 38(6) permitting ex parte objections to disclosure of information relating to national security — S. 39 providing where Clerk of Privy Council objecting to disclosure of information, disclosure shall be refused without judicial examination — Applicants submitting s. 39 contrary to largely unwritten, fundamental organizing principles of Constitution including independence of judiciary — Characteristics of judicial independence: security of tenure, financial security, administrative independence — Canada Evidence Act, s. 39 not affecting security of tenure, financial security — If administrative independence defined as control by courts over administrative decisions bearing directly, immediately on exercise of judicial function, s. 39 not contravening independence of judiciary as constitutional norm — S. 38(6) not affecting "administrative independence" of judiciary — Applicants' submission s. 38(6) eliminating judicial discretion to decide whether to allow ex parte submissions cannot be maintained given two-stage hearing implemented by Federal Court which, in some cases, eliminates need for ex parte submissions.

conférer des fonctions juridiques aux tribunaux, de même que certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux — Le Parlement peut par conséquent attribuer des pouvoirs judiciaires à l'exécutif — L'art. 39 ne soustrait pas les décisions de l'exécutif (visant à empêcher des documents du Cabinet d'être divulgués) au contrôle judiciaire fondé sur des questions de compétence — L'art. 39 ne contrevient pas à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — La doctrine implicite de la séparation des pouvoirs n'a pas été reconnue dans le cadre de la Constitution canadienne et, par conséquent, ne peut être invoquée pour invalider une loi intra vires qui ne contrevient pas à la Charte — L'art. 39 n'enfreint pas le principe de l'indépendance de la magistrature — Il n'y a pas eu de violation du principe de la primauté du droit — Le principe de la primauté du droit ne peut invalider une loi — Il est loisible au Parlement, et non aux tribunaux, de réviser les droits et privilèges de la Couronne — Le privilège conféré à l'exécutif par l'art. 39 est compris dans une loi qui a été adoptée par le Parlement — Les mesures législatives peuvent modifier la common law plutôt que l'énoncer — L'omission du Parlement d'apporter des modifications à l'art. 39 suite à l'arrêt Carey c. Ontario, lequel énonce les principes sous-tendant le privilège de l'exécutif en common law, est révélatrice de sa réticence à changer le droit.

Juges et tribunaux — Indépendance de la magistrature — Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une opposition à la divulgation de renseignements prévue aux termes des art. 38(6) et 39 de la Loi sur la preuve au Canada — L'art. 38(6) permet la présentation ex parte des motifs d'opposition à la divulgation de renseignements relatifs à la sécurité nationale — L'art. 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de renseignements, la divulgation sera refusée sans autre examen judiciaire — Les demandeurs soutiennent que l'art. 39 est inconstitutionnel au motif qu'il va à l'encontre des principes fondamentaux et structurels, en grande partie non écrits, de la Constitution, notamment du principe de l'indépendance de la magistrature — Caractéristiques de l'indépendance de la magistrature: inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada ne touche pas à l'inamovibilité ni à la sécurité financière — Si l'indépendance administrative est définie comme étant le pouvoir par le tribunal de prendre des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires, l'art. 39 ne va pas à l'encontre de la norme constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature — L'art. 38(6) n'a aucune incidence sur l'«indépendance administrative» de la magistrature — La prétention des demandeurs selon laquelle l'art. 38(6) a pour effet de priver les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu d'autoriser la présentation d'observations ex parte doit être rejetée étant donné que la Cour fédérale a prévu la tenue d'une audience en deux étapes, ce qui, dans certains cas, rend les observations ex parte inutiles.

Evidence — Canada Evidence Act, s. 39, providing where Clerk of Privy Council objecting to disclosure of information, disclosure shall be refused without judicial examination — Applicants submitting s. 39 unconstitutional as contrary to unwritten, fundamental principles of Constitution i.e. separation of powers, independence of judiciary, rule of law — Unwritten constitutional norms may be used to fill gap in express terms of constitutional text or used as interpretative tools where section of constitution not clear — But principles of judicial review not enabling Court to strike down legislation in absence of express provision of Constitution contravened by legislation in question — Requisite express constitutional provision not existing herein — No gap in Constitution to be filled — Largely unwritten constitutional norms not sufficient to invalidate otherwise properly enacted legislation — S. 39 not breaching separation of powers, independence of judiciary, rule of law.

RCMP — Judicial review of objections to disclosure of information relevant to enquiry of RCMP Public Complaints Commission into conduct of RCMP members in performance of duties during APEC Conference at Vancouver in November, 1997 — Constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38(6) (permitting ex parte objections to disclosure), 39 (where Clerk of Privy Council objecting to disclosure of information, disclosure shall be refused without judicial examination) confirmed — Though Commission claims jurisdiction to make findings regarding improper orders by executive, inquiry concerns conduct of RCMP officers.

This was an application challenging, on constitution grounds, objections to the disclosure of information relevant to the public enquiry by the RCMP Public Complaints Commission into complaints concerning the conduct of RCMP members in the performance of their duties during the Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) Conference at Vancouver in November, 1997. The Commission requested the Government of Canada to disclose all government records relevant to the hearing. In a series of certificates, a number of government officials objected to the disclosure of numerous documents pursuant to *Canada Evidence Act*, sections 37 and 38. The Clerk of the Privy Council also objected to the disclosure of government records by certifying pursuant to subsection 39(1) that the records contained confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Subsection 38(6) permits *ex parte* objections relating to national security. Section 39 provides that where the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a body with jurisdiction to compel

Preuve — L'art. 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de renseignements, la divulgation sera refusée sans autre examen judiciaire — Les demandeurs soutiennent que l'art. 39 est inconstitutionnel au motif qu'il va à l'encontre des principes fondamentaux et structurels non écrits de la Constitution, à savoir la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la magistrature et la primauté du droit — Les normes constitutionnelles non écrites peuvent combler un vide dans les termes exprimés du texte constitutionnel, ou servir d'outil d'interprétation dans le cas où une disposition constitutionnelle n'est pas claire — Cependant, les principes du contrôle judiciaire n'habilitent pas un tribunal à invalider une loi en l'absence de violation d'une disposition expresse de la Constitution par la loi en question — La disposition constitutionnelle expresse qui était requise n'existe pas en l'espèce — Il n'y a pas de vide à combler dans la Constitution — Les normes constitutionnelles en grande partie non écrites ne suffisent pas à invalider une loi qui a été par ailleurs valablement adoptée — L'art. 39 n'enfreint pas les principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de la magistrature, de la primauté du droit.

GRC — Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une opposition à la divulgation de renseignements pertinents quant à l'enquête tenue par la Commission des plaintes du public contre la GRC au sujet de la conduite de membres de la GRC, dans l'exécution de leurs fonctions, lors de la conférence de l'APEC à Vancouver, en novembre 1997 — La constitutionnalité des art. 38(6) (qui permet la présentation ex parte d'une opposition à la divulgation) et 39 (lorsque le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de renseignements, la divulgation sera refusée sans autre examen judiciaire) de la Loi sur la preuve au Canada est confirmée — Même si la Commission s'estime compétente pour tirer des conclusions relativement à des ordres inappropriés donnés par l'exécutif, l'enquête concerne la conduite des agents de la GRC.

Il s'agit d'une demande formulée, pour des motifs constitutionnels, à l'encontre de l'opposition faite à la divulgation de renseignements pertinents quant à une enquête publique tenue par la Commission des plaintes du public contre la GRC au sujet de la conduite de membres de la GRC, dans le cadre de l'exécution de leurs fonctions, lors de la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (l'APEC) à Vancouver, en novembre 1997. La Commission a demandé que le gouvernement du Canada divulgue tous les documents gouvernementaux pertinents aux fins de l'audition de la demande. Par une série de certificats, plusieurs fonctionnaires du gouvernement se sont opposés à la divulgation de nombreux documents en se fondant sur les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le greffier du Conseil privé s'est également opposé à la divulgation de documents gouvernementaux en certifiant, aux termes du paragraphe 39(1), qu'ils contenaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Le paragraphe 38(6) permet de

production of information, disclosure shall be refused without examination.

The issue was whether *Canada Evidence Act*, subsection 38(6) and section 39 are *ultra vires* Parliament on the ground that they are inconsistent with the Constitution of Canada, including the preamble to the *Constitution Act, 1867* and the largely unwritten fundamental and organizing principles of the Constitution, i.e. the separation of powers, the independence of the judiciary and the rule of law.

Held, the application should be dismissed.

Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al. (the *Quebec Human Rights* case) held that *Federal Court Act*, subsection 41(2), the predecessor of *Canada Evidence Act*, section 39 was constitutional. Normally, that decision would be dispositive of this case. But the applicants submitted that this decision pre-dated the coming into effect of the Charter and has been overtaken by three more recent Supreme Court of Canada decisions in which it was made clear that the Constitution, and not Parliament, is now supreme: *Carey v. Ontario*; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)* (the *Provincial Court Judges Reference*); and *Reference re Secession of Quebec* (the *Quebec Secession* case).

Legislation enacted which is contrary to the division of powers as set out in the *Constitution Act, 1867* is *ultra vires* the enacting legislature and has always been subject to a declaration of invalidity by the courts. The enactment of the *Constitution Act, 1982* added a second ground on which a court may declare legislation invalid. The applicants argued that the largely unwritten foundational and organizing principles of the *Constitution Act, 1867* provide a third ground, in addition to the division of powers and the Charter, on which a court may rely to invalidate legislation enacted by Parliament or by the provincial legislatures. The Supreme Court of Canada has concluded that unwritten constitutional norms may be used to fill a gap in the express terms of the constitutional text or used as interpretative tools where a section of the Constitution is not clear. But the principles of judicial review do not enable a court to strike down legislation in the absence of an express provision of the Constitution which is contravened by the legislation in question. There was no requisite express constitutional provision herein. Moreover there was no gap in the Constitution to be filled. These largely unwritten constitutional norms were not sufficient, in and of themselves, to invalidate otherwise properly enacted legislation.

présenter des observations *ex parte* relativement à une opposition fondée sur la sécurité nationale. L'article 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation de renseignements devant un organisme qui a le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, la divulgation sera refusée sans autre examen.

La question en litige est de savoir si le paragraphe 38(6) et l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont *ultra vires* du Parlement au motif qu'ils sont incompatibles avec la Constitution du Canada, notamment avec le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et avec les principes fondamentaux et structurels, en grande partie non écrits, de la Constitution, à savoir la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la magistrature et la primauté du droit.

Jugement: la demande est rejetée.

Dans l'arrêt *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre* (l'arrêt sur la *Commission des droits de la personne*), il a été statué que le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, soit le prédécesseur de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, était constitutionnel. Cette décision devrait normalement régler la question en l'espèce. Toutefois, les demandeurs font observer que cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur de la Charte et qu'elle a été écartée depuis par trois arrêts plus récents de la Cour suprême du Canada qui ont clairement indiqué que c'est la Constitution, et non le Parlement, qui constitue désormais l'autorité suprême: *Carey c. Ontario*; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)* (le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*); et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*).

L'adoption d'une loi qui est contraire au partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est *ultra vires* de l'assemblée législative qui l'a édictée et a toujours été invalidée par les tribunaux. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a fourni un second motif sur lequel les tribunaux peuvent se fonder pour déclarer une loi invalide. Les demandeurs soutiennent que les principes fondamentaux et structurels en grande partie non écrits de la *Loi constitutionnelle de 1867* offrent un troisième motif, en plus du partage des compétences et de la Charte, sur lequel les tribunaux peuvent se fonder pour invalider une loi adoptée par le Parlement ou par les législatures provinciales. La Cour suprême du Canada a établi que les normes constitutionnelles non écrites peuvent combler un vide dans les termes exprès du texte constitutionnel, ou servir d'outil d'interprétation dans le cas où une disposition de la Constitution n'est pas claire. Cependant, les principes du contrôle judiciaire n'habilitent pas un tribunal à invalider une loi en l'absence de violation d'une disposition expresse de la Constitution par la loi en question. La disposition constitutionnelle expresse qui était requise en l'espèce n'existe pas. De plus, il n'y a pas de vide à combler dans la Constitution. Ces normes constitutionnelles en grande partie non écrites

The applicants argued that by giving the executive a judicial function, namely the discretion to determine whether certain relevant evidence should be disclosed, section 39 offends the doctrine of the separation of powers. The Supreme Court of Canada has held that if Parliament can confer other legal functions on the courts, and certain judicial functions on “bodies that are not courts”. Thus Parliament can confer judicial powers on the executive. As to the argument that a legislature cannot oust the inherent supervisory jurisdiction of section 96 courts, section 39 does not immunize executive decisions (to exempt Cabinet documents from disclosure) from judicial review on jurisdictional grounds. Section 39 is not, therefore, contrary to section 96 of the *Constitution Act, 1867*. According to the case law, a “right” of judicial review of administrative action in all cases can be precluded entirely, except as to jurisdiction, where the government is involved, even when fairness itself is at stake. An implied doctrine of separation of powers has not been recognized in the context of the Canadian Constitution. As a result, the doctrine of separation of powers cannot be used to strike down *intra vires* legislation that is not contrary to the Charter.

The three core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security and administrative independence. Section 39 does not affect either security of tenure or the financial security of members of the judiciary. Administrative independence has been defined as control by the courts over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function, i.e. assignment of judges, sittings of the court, and court lists — as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions. While the power in the courts to control their own administration is not absolute, Parliament cannot act so as to trammel the authority and function of the courts. Based on that definition, section 39 does not contravene the independence of the judiciary as a constitutional norm. Further, in light of that finding, subsection 38(6) does not affect the “administrative independence” of the judiciary. The submission that subsection 38(6) eliminated judicial discretion to decide whether to allow *ex parte* submissions, could not be maintained given the two-stage hearing implemented by the Federal Court of Canada which, in some cases, eliminates the need for *ex parte* submissions.

The three elements of the rule of law are that the law is supreme over the acts of both government and private

ne suffisent pas en soi à invalider une loi qui a été par ailleurs valablement adoptée.

Les demandeurs plaident que l'article 39 contrevient à la doctrine de la séparation des pouvoirs du fait qu'il attribue une fonction judiciaire à l'exécutif, soit le pouvoir discrétionnaire de décider de divulguer ou non certains éléments de preuve pertinents. La Cour suprême du Canada a statué que si le Parlement peut conférer d'autres fonctions juridiques aux tribunaux, de même que certaines fonctions judiciaires à des «organismes qui ne sont pas des tribunaux», il peut également attribuer des pouvoirs judiciaires à l'exécutif. Quant à l'argument suivant lequel il n'est pas loisible à une législature de priver les cours visées à l'article 96 de leur pouvoir inhérent de surveillance, l'article 39 ne soustrait pas les décisions de l'exécutif (visant à empêcher des documents du Cabinet d'être divulgués) au contrôle judiciaire fondé sur des questions de compétence. L'article 39 ne contrevient donc pas à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La jurisprudence montre qu'un «droit» d'examen judiciaire d'une mesure administrative dans tous les cas peut être exclu complètement, sauf pour ce qui est de questions de compétence, lorsque l'organe exécutif du gouvernement est en cause, même quand l'équité elle-même est en jeu. La doctrine implicite de la séparation des pouvoirs n'a pas été reconnue dans le cadre de la Constitution canadienne. Par conséquent, elle ne peut être invoquée pour invalider une loi *intra vires* qui ne contrevient pas à la Charte.

Les trois composantes essentielles de l'indépendance de la magistrature sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. L'article 39 ne touche pas à l'inamovibilité ni à la sécurité financière des membres de la magistrature. L'indépendance administrative a été définie comme étant le pouvoir par le tribunal de prendre les décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires, à savoir l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions. Bien que le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration n'est pas absolu, le Parlement ne peut agir de manière à entraver les pouvoirs et fonctions des tribunaux. À la lumière de cette définition, l'article 39 n'enfreint pas la norme constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature. De plus, à la lumière de cette conclusion, le paragraphe 38(6) n'a aucune incidence sur l'«indépendance administrative» de la magistrature. L'argument suivant lequel le paragraphe 38(6) a pour effet de priver les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu d'autoriser la présentation d'observations *ex parte* doit être rejeté étant donné que la Cour fédérale du Canada a prévu la tenue d'une audience en deux étapes, ce qui, dans certains cas, rend les observations *ex parte* inutiles.

Les trois composantes du principe de la primauté du droit sont: la suprématie du droit sur les actes du gouvernement

persons, i.e. there is one law for all; there must be the creation and maintenance of an actual order of positive laws; and the relationship between the individual and the state must be regulated by law. There was no breach of the rule of law herein. The rule of law cannot strike down legislation. Parliament is free to review the Crown's rights and privileges from time to time. However, it is Parliament and not the courts that must undertake this exercise.

Finally, the applicant submitted that section 39, by preventing the Court from inspecting Cabinet documents and thereby balancing the public interests at stake, for example, possible unconstitutional acts of the executive as opposed to the need for Cabinet secrecy and solidarity, is unconstitutional. The privilege given to the executive by section 39 was part of the legislation enacted by Parliament; the executive is not relying on a privilege which exists only at common law. Parliament has the right to override common law principles and provide protection to the executive. Common law principles cannot, in and of themselves, invalidate properly enacted legislation. The purpose of statute law may be to modify the common law rather than to declare it. Parliament's failure to amend section 39 in light of *Carey*, which sets out the common law on executive privilege, was indicative of its unwillingness to modify the statute law to accord with the principles stated therein.

The cases relied upon to support the proposition that a court may read down a statute where the legislation would otherwise protect unconstitutional action involved unconstitutional legislation. They stand for the proposition that the Crown cannot invoke valid legislation to insulate unconstitutional legislation from judicial review. Section 39 was not *ultra vires* Parliament. The use of the discretion contained in that section by the executive was therefore valid, subject only to judicial review on jurisdictional ground. The risk that the executive may engage in an abuse of power does not divest Parliament of its power to enact legislation which falls within its jurisdiction. The applicability of section 39 may be questioned where a party disputing the non-disclosure of evidence pursuant to that section: (i) alleges that the executive has breached provisions of the Constitution; and (ii) provides evidence substantiating that allegation. A simple allegation of a breach of the provisions of the Constitution is insufficient. This was not such a case. Although the Commission has stated that it has the jurisdiction to make findings concerning the involvement of the executive in giving improper orders or directions to the RCMP, the inquiry is concerned with the conduct of the RCMP officers and not the conduct of the executive. Further, there was no evidence that the executive had invoked section 39 arbitrarily or with malice.

et des particuliers, c'est-à-dire l'existence d'une seule loi pour tous; la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif; l'assujettissement des rapports entre l'État et les individus au droit. Il n'y a pas eu de violation du principe de la primauté du droit dans la présente affaire. Le principe de la primauté du droit ne peut invalider de loi. Il est loisible au Parlement de réviser les droits et privilèges de la Couronne de temps à autre. Il revient toutefois au Parlement et non aux tribunaux d'entreprendre cet exercice.

Finalement, le demandeur fait valoir que l'article 39 est inconstitutionnel du fait qu'il empêche la Cour d'examiner les documents du Cabinet et, par le fait même, de soupeser les intérêts publics qui sont en jeu, par exemple la possibilité d'accomplissement d'actes inconstitutionnels par l'exécutif par opposition au besoin de secret et de solidarité du Cabinet. Le privilège conféré à l'exécutif par l'article 39 constitue une composante d'une loi qui a été adoptée par le Parlement; l'exécutif ne se fonde pas en l'espèce sur un privilège qui n'existe que sous le régime de la common law. Le Parlement a le droit d'outrepasser les principes de la common law et d'accorder une protection à l'exécutif. Les principes de common law ne peuvent en soi invalider des lois valablement adoptées. Les mesures législatives peuvent avoir pour objet de modifier la common law plutôt que de l'énoncer. L'omission du Parlement d'apporter des modifications à l'article 39 suite à la décision rendue dans l'arrêt *Carey*, qui énonce les principes sous-tendant le privilège de l'exécutif en common law, est révélatrice de sa réticence à changer la législation pour qu'elle se conforme aux principes énoncés dans cet arrêt.

La jurisprudence sur laquelle les demandeurs se fondent pour soutenir leur prétention, selon laquelle un tribunal peut interpréter une disposition législative de manière restrictive lorsque la loi aurait autrement pour effet de protéger un acte inconstitutionnel, portait sur des lois inconstitutionnelles. Ces décisions appuient la proposition selon laquelle la Couronne ne peut invoquer des dispositions législatives valides pour soustraire des lois inconstitutionnelles au contrôle judiciaire. L'article 39 n'était pas *ultra vires* du Parlement. L'exercice par l'exécutif du pouvoir discrétionnaire prévu à cet article est par conséquent valide, sous réserve seulement du contrôle judiciaire en matière de compétence. Le risque d'abus de pouvoir de la part de l'exécutif n'a pas pour effet de faire perdre au Parlement son pouvoir de légiférer, lequel relève de sa compétence. Il est possible que l'applicabilité de l'article 39 puisse être contestée lorsqu'une partie qui conteste la non-divulgation de la preuve aux termes de cet article: i) prétend que l'exécutif a contrevenu aux dispositions de la Constitution et ii) fournit des éléments de preuve qui corroborent cette allégation. Une simple allégation de dérogation aux dispositions de la Constitution n'est pas suffisante. Il ne s'agit pas ici d'un tel cas. Même si la Commission a déclaré qu'elle avait compétence pour tirer des conclusions au sujet de la participation de l'exécutif dans le fait de donner des directives ou des ordres inappropriés à la GRC, l'enquête vise le

comportement des agents de la GRC et non celui de l'exécutif. De plus, il n'y a pas eu d'éléments de preuve tendant à démontrer que l'exécutif a invoqué l'article 39 de façon arbitraire ou malveillante.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Assistance Plan*, R.S.C., 1985, c. C-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38(6), 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 7, 11(d).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 96.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41(2).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tariff B, Column IV.
Proceedings against the Crown Act (The), R.S.S. 1965, c. 87, s. 5(7).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 45.43(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.44(1) (as enacted *idem*), 45.45(14) (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al., [1982] 1 S.C.R. 215; (1982), 134 D.L.R. (3d) 17; 41 N.R. 318; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL).

DISTINGUISHED:

Carey v. Ontario, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2, 7, 11d).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 41(2).
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 45.43(1) (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16), 45.44(1) (édicte, *idem*), 45.45(14) (édicte, *idem*).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38(6), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 5).
Proceedings against the Crown Act (The), R.S.S. 1965, ch. 87, art. 5(7).
Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-1.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B, colonne IV.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre, [1982] 1 R.C.S. 215; (1982), 134 D.L.R. (3d) 17; 41 N.R. 318; *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; (1991), 87 D.L.R. (4th) 730; 135 N.R. 217 (C.A.); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Carey c. Ontario, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1;

N.R. 541; *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*, [1962] S.C.R. 642; (1962), 34 D.L.R. (2d) 196; 38 W.W.R. 701; *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; (1976), 71 D.L.R. (3d) 1; [1976] 6 W.W.R. 61; 11 N.R. 222; *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; (1986), 32 D.L.R. (4th) 1; [1987] 1 W.W.R. 304; 8 B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 286; 48 C.P.C. (3d) 323 (B.C.S.C.).

CONSIDERED:

Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 206 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 483 A.P.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 46 C.R.R. (2d) 1; 217 N.R. 1; 156 W.A.C. 1; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 327 A.P.R. 181; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81.

REFERRED TO:

Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada, [1983] 1 F.C. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.); *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.); affd [1983] 2 F.C. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.).

38 N.R. 541; *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*, [1962] R.C.S. 642; (1962), 34 D.L.R. (2d) 196; 38 W.W.R. 701; *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; (1976), 71 D.L.R. (3d) 1; [1976] 6 W.W.R. 61; 11 N.R. 222; *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; (1986), 32 D.L.R. (4th) 1; [1987] 1 W.W.R. 304; 8 B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 286; 48 C.P.C. (3d) 323 (C.S.C.-B.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (L.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 206 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 483 A.P.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 46 C.R.R. (2d) 1; 217 N.R. 1; 156 W.A.C. 1; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 327 A.P.R. 181; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada, [1983] 1 C.F. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.); *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.); conf. par [1983] 2 C.F. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.).

AUTHORS CITED

Cooper, T. G. *Crown Privilege*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.

APPLICATION challenging, on constitutional grounds, the objections to the disclosure of information relevant to the public enquiry of the RCMP Public Complaints Commission into complaints concerning the conduct of RCMP members in the performance of their duties during the Asia Pacific Economic Cooperation Conference at Vancouver in November 1997. Application dismissed.

APPEARANCES:

Joseph J. Arvay, Q.C. for applicant in DES-2-99 and plaintiffs in T-659-99.

Ivan G. Whitehall, Q.C., Ronald M. Snyder, and Simon Fothergill for respondent in DES-2-99 and defendants in T-659-99.

Marvin R. V. Storrow, Q.C. and Barbara Fisher for the intervener RCMP Public Complaints Commission.

SOLICITORS OF RECORD:

Arvay Finlay, Victoria, for applicant in DES-2-99 and plaintiffs in T-659-99.

Deputy Attorney General of Canada for respondent in DES-2-99 and defendants in T-659-99.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for the intervener RCMP Public Complaints Commission.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MCKEOWN, J.: The applicant and plaintiffs (the applicants) challenge the constitutionality of subsection 38(6) and section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act) on the basis that subsection 38(6) purports to allow the government to

DOCTRINE

Cooper, T. G. *Crown Privilege*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.

DEMANDE invoquant des motifs constitutionnels formée à l'encontre des oppositions faites à la divulgation de renseignements pertinents quant à une enquête publique tenue par la Commission des plaintes du public contre la GRC au sujet de la conduite que des membres de la GRC auraient eue dans le cadre de l'exécution de leurs fonctions, lors de la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique à Vancouver, en novembre 1997. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Joseph J. Arvay, c.r., pour le demandeur dans le dossier DES-2-99 et pour les demandeurs dans le dossier T-659-99.

Ivan G. Whitehall, c.r., Ronald M. Snyder et Simon Fothergill pour le défendeur dans le dossier DES-2-99 et pour les défendeurs dans le dossier T-659-99.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et *Barbara Fisher* pour l'intervenante la Commission des plaintes du public contre la GRC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Arvay Finlay, Victoria, pour le demandeur dans le dossier DES-2-99 et pour les demandeurs dans le dossier T-659-99.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur dans le dossier DES-2-99 et pour les défendeurs dans le dossier T-659-99.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour l'intervenante la Commission des plaintes du public contre la GRC.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE MCKEOWN: Les demandeurs contestent la constitutionnalité du paragraphe 38(6) et de l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 5] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi), pour le motif que le paragra-

make *ex parte* submissions in favour of non-disclosure of information claimed to be injurious to international relations or national defence or security, while section 39 purports to confer an absolute immunity from judicial inspection and court-ordered disclosure on all “confidence[s] of the Queen’s Privy Council for Canada.” In the alternative, the applicants submit that the sections should be read down, since they are not applicable in the case before me because of the allegations of unconstitutional conduct on the part of the government. It was agreed that only the constitutional challenges with respect to the hearing under subsection 38(6) and section 39 of the Act would be raised at this hearing.

The Issues

[2] The points at issue are whether subsection 38(6) and section 39 of the *Canada Evidence Act* are *ultra vires* Parliament on the grounds that they are inconsistent with the Constitution of Canada, including the preamble to the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and the fundamental and organizing principles of the Constitution.

The Facts

[3] This constitutional challenge arises in the context of the respondent’s and defendants’ (the respondents) objections made with respect to the disclosure of information relevant to the ongoing public enquiry of the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (the Commission) into the conduct of members of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP) during the Asian Pacific Economic Cooperation (APEC) Conference in November 1997. The applicants are all persons who filed complaints concerning the conduct of members of the RCMP in the performance of their duties and functions under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985,

38(6) permettrait au gouvernement de présenter des observations *ex parte* en faveur de la non-divulgence de renseignements pouvant être préjudiciables aux relations internationales ou à la défense ou sécurité nationale, et que l’article 39 accorderait une immunité complète à l’encontre de tout examen judiciaire et de toute ordonnance de divulgation imposée par la cour relativement aux «renseignement[s] confidentiel[s] du Conseil privé de la Reine pour le Canada». Subsidiairement, les demandeurs soutiennent que les dispositions visées doivent recevoir une interprétation restrictive étant donné qu’elles ne sont pas applicables en l’espèce en raison des allégations de comportement inconstitutionnel de la part du gouvernement. Il a été convenu que seuls les litiges constitutionnels liés à l’audition visée au paragraphe 38(6) et à l’article 39 de la Loi seraient entendus lors de l’audition de la présente demande.

Les questions en litige

[2] Les points en litige portent sur la question de savoir si le paragraphe 38(6) et l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont *ultra vires* du Parlement au motif qu’ils sont incompatibles avec la Constitution du Canada, notamment avec le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et avec les principes fondamentaux et structurels de la Constitution.

Les faits

[3] La présente contestation constitutionnelle s’inscrit dans le cadre des objections soulevées par les défendeurs relativement à la divulgation de renseignements pertinents à une enquête publique en cours tenue par la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada (Commission) au sujet de la conduite de membres de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) lors de la conférence de l’Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) en novembre 1997. Les demandeurs ont tous déposé des plaintes liées à la conduite de membres de la GRC dans le cadre de l’exécution de leurs fonctions aux termes de la *Loi sur la Gendarmerie royale du*

c. R-10 (the RCMP Act) in relation to events that took place during the APEC Conference. There are approximately 52 complaints that have arisen out of the APEC Conference, the particulars of which have been set out in the document produced by the Commission.

[4] On February 20, 1998, Ms. Heafey, Chair of the Commission, decided that it was in the public interest to institute a hearing before a Panel of the Commission (the Panel), pursuant to subsection 45.43(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd supp.), c. 8, s. 16] of the RCMP Act. The hearing was to inquire into all matters touching upon the complaints, to hear all evidence relevant thereto and to report, at the conclusion of the hearing, such findings of fact and recommendations as were warranted. Without limiting the foregoing, Ms. Heafey indicated the Panel was to inquire into and report on:

(a) events that took place during, or in connection with, demonstrations during the APEC Conference in Vancouver, B.C. between November 23 and November 27, 1997 on or near the University of British Columbia (UBC) campus and subsequently at the UBC and Richmond Detachments of the RCMP;

(b) whether the conduct of the members of the RCMP involved in the events was appropriate to the circumstances; and

(c) whether the conduct of members of the RCMP involved in the events was consistent with respect for the fundamental freedoms guaranteed by section 2 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[5] On February 20, 1998, Ms. Heafey assigned Gerald Morin to act as Chairperson of the Panel, and Vina Starr and John Wright to sit as members of the Panel. Following the resignation of these original

Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10 (Loi sur la GRC), relativement aux événements qui sont survenus au cours de la conférence de l'APEC. Il y a eu approximativement 52 plaintes, dont les détails sont exposés dans le document produit par la Commission, qui ont été formulées suite à la tenue de la conférence de l'APEC.

[4] Le 20 février 1998, M^{me} Heafey, présidente de la Commission, a décidé qu'il était dans l'intérêt public de convoquer une audience devant des membres de la Commission (la formation), conformément au paragraphe 45.43(1) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16] de la Loi sur la GRC. L'audience visait à examiner tous les aspects liés aux plaintes, à entendre toutes les preuves qui y sont pertinentes et à tirer, au terme de l'audience, les conclusions de fait et formuler les recommandations qui s'imposent. Sans restreindre la portée de ce qui précède, M^{me} Heafey a indiqué que la formation avait pour mandat de faire un rapport après avoir examiné les éléments suivants:

a) les événements qui se sont produits lors des manifestations tenues à l'occasion de la conférence de l'APEC à Vancouver, en Colombie-Britannique, entre le 23 et le 27 novembre 1997, et qui ont eu lieu sur le campus de l'Université de la Colombie-Britannique (UCB), ou à proximité de celui-ci, puis par la suite à l'UCB et aux détachements de la GRC à Richmond, ou les événements s'y rattachant;

b) la question de savoir si la conduite des membres de la GRC mis en cause dans cette affaire était appropriée eu égard aux circonstances;

c) la question de savoir si la conduite des membres de la GRC mis en cause dans cette affaire était compatible avec le principe du respect des libertés fondamentales prévues à l'article 2 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]].

[5] Le 20 février 1998, M^{me} Heafey a désigné Gerald Morin à titre de président de la formation de la Commission appelée à examiner les plaintes, et Vina Starr et John Wright pour y siéger à titre de membres.

Panel members, Ms. Heafey appointed Mr. E. N. (Ted) Hughes, Q.C. (Commissioner Hughes) on December 21, 1998 to conduct the hearing into the complaints. This appointment was made pursuant to subsection 45.44(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the RCMP Act.

[6] In a notice of motion dated January 21, 1999, Commissioner Hughes was asked to make *inter alia*, the following rulings:

(a) that the Commission has the jurisdiction to investigate whether the Right Honourable Jean Chrétien, Prime Minister of Canada, or members of the Office of the Prime Minister (PMO), the Privy Council Office (PCO), or the Government of Canada gave improper orders or directions to any members of the RCMP respecting security at the APEC Conference;

(b) that the Commission has the jurisdiction to make findings that the Right Honourable Jean Chrétien, Prime Minister of Canada, or members of the PMO, the PCO or the Government of Canada gave improper orders or directions to any members of the RCMP respecting security at the APEC Conference; and

(c) that the Commission has the jurisdiction to make the recommendations to the Commissioner concerning political interference in its operations by the Prime Minister of Canada or members of the PMO, the PCO or the Government of Canada.

[7] On February 5, 1999, Commissioner Hughes ruled that the Commission had jurisdiction to conduct the investigation and make the findings and recommendations sought in the said notice of motion, provided there is evidence before the Commission that points in those directions. Commissioner Hughes confirmed this ruling on March 5, 1999.

[8] The Commission is a statutory tribunal and its jurisdiction is derived from subsection 45.45(14) [as enacted *idem*] of the RCMP Act. In his ruling dated

Suite à la démission des membres de cette formation initiale, M^{me} Heafey a nommé E. N. (Ted) Hughes, c.r. (le commissaire Hughes), le 21 décembre 1998 pour entendre les plaintes. Le pouvoir de faire la nomination en question se fonde sur le paragraphe 45.44(1) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16] de la Loi sur la GRC.

[6] Dans un avis de requête en date du 21 janvier 1999, on a demandé au commissaire Hughes de prononcer, entre autres, les décisions suivantes:

a) que la Commission a compétence pour 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 GRC relativement à la question de la sécurité lors de la conférence de l'APEC;

b) que la Commission a compétence pour tirer des conclusions selon lesquelles le très honorable Jean Chrétien, premier ministre du Canada, les membres du CPM, le BCP ou le gouvernement du Canada a donné des directives ou des ordres inappropriés à des membres de la GRC relativement à la question de la sécurité lors de la conférence de l'APEC;

c) que la Commission a compétence pour faire des recommandations au commissaire en ce qui a trait à l'ingérence politique du premier ministre du Canada, des membres du CPM, du BCP ou du gouvernement du Canada dans ses fonctions.

[7] Le 5 février 1999, le commissaire Hughes a décidé que la Commission avait compétence pour mener une enquête et pour tirer les conclusions et formuler les recommandations recherchées dans l'avis de requête en question, dans la mesure où elles reposent sur des éléments de preuve qui ont été soumis devant la Commission. Le commissaire Hughes a confirmé sa décision le 5 mars 1999.

[8] La Commission est un tribunal établi par la loi et sa compétence se fonde sur le paragraphe 45.45(14) [édicte, *idem*] de la Loi sur la GRC. Dans sa décision

March 5, 1999, Commissioner Hughes described his mandate as follows:

Central to this inquiry is the conduct of those members of the Force who are the subject of one or more of the complaints. That is the purpose, function and raison d'être for this proceeding.

[9] On March 5, 1999, Commissioner Hughes also ruled that the Commission has jurisdiction to summon any person to give evidence who the Commission deems necessary to the full investigation and consideration of the matter before it. Commissioner Hughes clarified that no person is exempt from being summoned as a witness, provided that there is evidence before the Commission that takes it in that person's direction.

[10] The RCMP prepared a document on or about December 2, 1997, entitled "The Most Frequently Asked Questions About APEC Security Measures" in which it is said that "the Prime Minister's Office was not involved in the RCMP security arrangements."

[11] The federal government is represented at the hearing by a team of federal government lawyers who, in their opening statement before Commissioner Hughes, acknowledged that officials in the PMO "spoke to police officers responsible for security." Despite this acknowledgement, the federal government lawyers maintain that the "evidence will show that the final decisions respecting security arrangements before and during the APEC conference were taken solely by the RCMP."

[12] There is documentary evidence, filed as exhibits before Commissioner Hughes, which reveals that the PMO is reported to have asked the RCMP that "everything that can be done, be done, to satisfy the Indonesian concerns," and likewise to have it made clear to the APEC Canada Coordinating Office (ACCO) that it was "to do anything to ensure the President of Indonesia attends APEC."

rendue le 5 mars 1999, le commissaire Hughes a décrit son mandat en ces termes:

[TRADUCTION] La conduite des membres de la Gendarmerie qui font l'objet d'une ou plusieurs plaintes est centrale à la tenue de l'enquête. Elle est le but même, la fonction et la raison d'être du présent processus.

[9] Le 5 mars 1999, le commissaire Hughes a également décidé que la Commission avait compétence pour enjoindre à toute personne dont la Commission juge le témoignage nécessaire à la tenue d'une enquête et d'un examen complets de la question qui lui a été soumise de venir témoigner devant elle. Le commissaire Hughes a précisé que nul n'était à l'abri d'une citation à comparaître comme témoin, dans la mesure où cette comparution s'avère nécessaire au vu des éléments de preuve soumis devant la Commission.

[10] La GRC a préparé un document intitulé [TRADUCTION] «Les questions les plus fréquemment posées à propos des mesures de sécurité à l'APEC» le 2 décembre 1997, ou vers cette date, dans lequel il était indiqué que [TRADUCTION] «le Cabinet du premier ministre n'était pas impliqué à l'égard des mesures de sécurité prises par la GRC».

[11] Le gouvernement fédéral est représenté à l'audition par une équipe d'avocats du gouvernement fédéral qui, en guise de déclaration préliminaire devant le commissaire Hughes, ont reconnu que des agents du CPM [TRADUCTION] «ont discuté avec les policiers en charge de la sécurité». En dépit de cet aveu, les avocats du gouvernement fédéral ont soutenu que [TRADUCTION] «la preuve démontrera que les décisions finales en ce qui concerne les mesures de sécurité prises avant et au cours de la tenue de la conférence de l'APEC sont le seul fait de la GRC».

[12] Il existe des preuves documentaires, versées au dossier à titre de pièces à l'appui, qui révèlent que le CPM aurait demandé à la GRC que [TRADUCTION] «tout ce qui peut être fait soit fait afin d'apaiser les inquiétudes des Indonésiens» et aurait dit clairement à l'APEC Canada Coordinating Office (ACCO) qu'il devait [TRADUCTION] «tout faire pour s'assurer que le président de l'Indonésie assiste à la conférence de l'APEC».

[13] On or about April 8, 1998, counsel to the Commission wrote to government counsel requesting that the Government of Canada disclose to the Panel all government records relevant to the hearing.

[14] In a series of certificates filed between October 9, 1998, and February 23, 1999, a number of government officials objected to the disclosure of numerous documents pursuant to sections 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*. The specific certificates are identified by date and by the name of their author in the application filed by the applicants on March 1, 1999, in Court file no. DES-2-99.

[15] On October 3, 1998, Jocelyne Bourgon, Clerk of the Privy Council and Secretary of the Cabinet, objected to the disclosure of eight of the government records in question by certifying pursuant to subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* that the records contain confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

[16] On February 22, 1999, Mel Cappe, Clerk of the Privy Council and Secretary of the Cabinet, objected to the disclosure of additional government records by certifying pursuant to subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* that the records contained confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

Analysis

[17] I propose to deal with the constitutionality of section 39 first.

[18] The applicants challenge the constitutionality of section 39 of the *Canada Evidence Act* which vests, in the executive branch of government, an absolute right to determine whether "confidence[s] of the Queen's Privy Council" should be excluded from evidence in a case before a court or administrative tribunal even where the content of such "cabinet documents" would be relevant to the proceedings. The applicants assert that Canada is now a constitutional democracy, that is,

[13] Le 8 avril 1998, ou vers cette date, l'avocat de la Commission a écrit à l'avocat du gouvernement pour demander que le gouvernement du Canada divulgue aux membres de la formation tous les documents gouvernementaux pertinents relativement à l'audition de la demande.

[14] Par une série de certificats déposés entre le 9 octobre 1998 et le 23 février 1999, plusieurs fonctionnaires du gouvernement se sont opposés à la divulgation de nombreux documents en se fondant sur les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Un par un, les certificats en question ont été identifiés par leur date et par le nom de leur auteur dans la demande déposée par les demandeurs le 1^{er} mars 1999, n^o du greffe DES-2-99.

[15] Le 3 octobre 1998, M^{me} Jocelyne Bourgon, alors greffier du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, s'est opposée à la divulgation de huit des documents gouvernementaux en cause en certifiant, aux termes du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qu'ils contenaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

[16] Le 22 février 1999, Mel Cappe, greffier du Conseil privé et secrétaire du Cabinet, s'est opposé à la divulgation de documents gouvernementaux additionnels en certifiant, aux termes du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qu'ils contenaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

Analyse

[17] Je propose d'aborder en premier lieu la question de la constitutionnalité de l'article 39.

[18] Les demandeurs contestent la constitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* en soutenant qu'il confère à l'exécutif du gouvernement le droit absolu de déterminer si des «renseignement[s] confidentiel[s] du Conseil privé de la Reine pour le Canada» devraient être exclus de la preuve lors d'une cause entendue devant une cour ou un tribunal administratif, même dans le cas où le contenu de ces [TRADUCTION] «documents du Cabinet» serait perti-

the Constitution of Canada is supreme and has displaced the doctrine of Parliamentary supremacy. They rely on *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (the *Quebec Secession* case) to support this proposition. In that case, the Supreme Court of Canada stated at page 258: "This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy." The applicants submit that section 39 is contrary to the largely unwritten fundamental and organizing principles of the Constitution of Canada. The principles relevant to this matter are: the separation of powers, the independence of the judiciary and the rule of law. The applicants argue that, given the supremacy of the Constitution, section 39 should be declared invalid.

[19] In the alternative, the applicants submit that at the very least, these unwritten principles of the Constitution must prevent Parliament, as the legislative branch of government, from enacting laws that shield the executive branch from having its allegedly unlawful conduct reviewed by the court or by an administrative tribunal that otherwise has jurisdiction to review such conduct.

[20] The respondents state that the applicants' argument was disposed of in *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215 (the *Quebec Human Rights* case). The respondents disagree with the proposition that there are unwritten fundamental and organizing principles of the Constitution of Canada which impose limits on the enactment of legislation that would otherwise fall within the jurisdiction of Parliament.

[21] The starting point of this analysis must be the *Quebec Human Rights* case, *supra*, where the Supreme Court of Canada unanimously held subsection 41(2) of

the Constitution of Canada is supreme and has displaced the doctrine of Parliamentary supremacy. They rely on *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (the *Quebec Secession* case) to support this proposition. In that case, the Supreme Court of Canada stated at page 258: "This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy." The applicants submit that section 39 is contrary to the largely unwritten fundamental and organizing principles of the Constitution of Canada. The principles relevant to this matter are: the separation of powers, the independence of the judiciary and the rule of law. The applicants argue that, given the supremacy of the Constitution, section 39 should be declared invalid.

ment dans le dossier. Les demandeurs affirment que le Canada est aujourd'hui une démocratie constitutionnelle, ce qui signifie que la Constitution du Canada est l'autorité suprême au pays et qu'elle a supplanté la doctrine de la suprématie parlementaire. Leur argumentation s'appuie sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (*Renvoi sur la sécession du Québec*). Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a affirmé à la page 258: «Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle.» Les demandeurs font valoir que l'article 39 va à l'encontre des principes fondamentaux et structurels de la Constitution du Canada, en grande partie non écrits. Les principes qui sont pertinents aux fins de la présente demande sont: la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la magistrature et la primauté du droit. Les demandeurs plaident que l'article 39 devrait être invalidé en raison du principe de la suprématie constitutionnelle.

[19] Subsidièrement, les demandeurs soutiennent que ces principes non écrits de la Constitution devraient certainement empêcher le Parlement, en tant qu'organe législatif du gouvernement, d'adopter des lois qui ont pour effet de soustraire le comportement prétendument illégal de l'organe exécutif à l'examen d'une cour ou d'un tribunal administratif qui aurait par ailleurs compétence pour examiner une telle conduite.

[20] Les défendeurs plaident que l'argument des demandeurs a été rejeté dans l'arrêt *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada, et autre*, [1982] 1 R.C.S. 215 (l'arrêt sur la *Commission des droits de la personne*). Les défendeurs s'opposent à la proposition qui veut qu'il existe des principes fondamentaux et structurels de la Constitution du Canada qui ne sont pas écrits et dont l'effet est d'imposer des restrictions à l'adoption des lois qui relèveraient par ailleurs de la compétence du Parlement.

[21] Doit servir de point de départ pour la présente analyse l'arrêt sur la *Commission des droits de la personne*, précité, où la Cour suprême du Canada a

the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, the predecessor of section 39 of the *Canada Evidence Act*, to be constitutional. This decision would normally be dispositive of the case. However, the applicants state that this decision pre-dates the coming into effect of the Charter and has been overtaken by three more recent Supreme Court of Canada decisions. They argue that the *Quebec Human Rights* case, *supra*, is not, therefore, determinative of this matter. The three cases referred to by the applicants are: *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3 (the *Provincial Court Judges Reference*); and the *Quebec Secession* case, *supra*.

[22] In the *Quebec Human Rights* case, the Quebec Human Rights Commission maintained before the Superior Court of Quebec [[1977] C.S. 47] that subsection 41(2) of the *Federal Court Act* was unconstitutional because it “approved the principle which is repugnant to our system of government and which violates the separation of the executive and judicial powers.” In the Quebec Superior Court decision, Deschênes C.J. commented on the evolution of Crown privilege in England, Australia, New Zealand, the United States and Quebec, as well as in Canada prior to 1970 and post 1970. The Chief Justice of the Quebec Superior Court, at page 66 [page 223 S.C.R.] concluded as follows:

(TRANSLATION) As between the two options open to it, between the two arguments each of which has at times held sway, Parliament decided to select, in matters of national security among others, the theory that the Crown enjoys an absolute immunity from the courts. It reposed its complete confidence in the Ministers of the Crown and it divested the courts of all discretion. As Mahoney J. put it (*Landreville v. R.*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 122, 124 and 125), Parliament preferred an interested executive to an impartial judiciary.

Respondent Commission is free to regret this development and complain of it; but it does not follow that

décidé à l’unanimité que le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, soit le prédécesseur de l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, était valide sur le plan constitutionnel. Cette décision devrait normalement régler la question en l’espèce. Toutefois, les demandeurs font observer que cette décision a été rendue avant l’entrée en vigueur de la Charte et qu’elle a été écartée depuis par trois arrêts plus récents de la Cour suprême du Canada. Ils soutiennent que l’arrêt sur la *Commission des droits de la personne*, précité, ne tranche donc pas la question en litige en l’espèce. Les trois décisions auxquelles se réfèrent les demandeurs sont: *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3 (le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*); et le *Renvoi sur la sécession du Québec*, précité.

[22] Dans l’arrêt sur la *Commission des droits de la personne*, la Commission des droits de la personne du Québec a soutenu devant la Cour supérieure du Québec [[1977] C.S. 47] que le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* était inconstitutionnel parce qu’il «entérin[ait] un principe qui répugne à notre système de gouvernement et qui viole la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire». Dans la décision rendue par la Cour supérieure du Québec, le juge en chef Deschênes a commenté l’évolution du privilège de la Couronne en Angleterre, en Australie, en Nouvelle-Zélande, aux États-Unis et au Québec, de même qu’au Canada avant 1970 et après 1970. Le juge en chef de la Cour supérieure du Québec a conclu ce qui suit à la page 66 [à la page 223 R.C.S.]:

Entre deux options qui lui étaient offertes, entre les deux thèses dont chacune avait connu sa période de suprématie, le Parlement a décidé de choisir, entre autres en matière de sécurité nationale, la thèse de l’immunité absolue de la Couronne à l’égard des tribunaux. Il a reposé sa confiance entière dans les ministres de la Couronne et il a enlevé aux tribunaux toute discrétion. Comme le soulignait l’honorable juge Mahoney (*Landreville c. R.* (1977), 70 D.L.R. (3d) 122, 124 et 125), le Parlement a préféré un Exécutif intéressé à un Judiciaire indépendant.

La Commission intimée est libre de le regretter et de s’en plaindre; mais il ne suit pas que le Parlement ait

Parliament exceeded its jurisdiction or that its legislation is invalid, and the Commission cannot expect to obtain a legislative amendment from the Superior Court.

The Chief Justice concluded that subsection 41(2) was not *ultra vires* Parliament.

[23] The argument raised by the Commission before Deschênes C.J. was not pursued before the Supreme Court of Canada. However, the Court quoted much of Deschênes C.J.'s commentary on Crown privilege, most notably, the paragraphs set out above, *supra*, at paragraph 22.

[24] Before the Supreme Court of Canada, the appellant Commission maintained that [at page 223] "s. 41(2) is without the jurisdiction of Parliament because it trenches on an area exclusively reserved to the provinces, the administration of justice." Chouinard J. rejected this submission and, in doing so, approved the following statement made by Deschênes C.J. at page 224: "it is certainly not unconstitutional, in the sense that by adopting it Parliament trenched on an area of exclusive provincial jurisdiction: the cases which it covers are within federal jurisdiction."

[25] Before the Supreme Court, the Attorney General of Quebec, intervened on the question of the constitutionality of section 41 of the *Federal Court Act*. He submitted [at page 224] that subsection 41(2) was "ultra vires to the extent that it seeks to forbid review by the competent courts of the constitutional legality of a decision by the federal executive to refuse to produce documents." The intervener did not dispute Parliament's power to legislate in relation to the Crown privilege. Nor did the intervener dispute a similar power at the provincial level. However, it was contended that the common law rules concerning this particular privilege, having been developed in the context of a unitary state, cannot be applied as such in a federal state where executive powers are distributed in accordance with the division of legislative authority in the Constitution of Canada.

excédé sa compétence ni qu'il ait légiféré de façon invalide et ce n'est pas de la Cour supérieure que la Commission peut espérer obtenir une modification législative.

Le juge en chef a décidé que le paragraphe 41(2) n'était pas *ultra vires* du Parlement.

[23] L'argument soulevé par la Commission devant le juge en chef Deschênes n'a pas été présenté devant la Cour suprême du Canada. La Cour suprême a cependant cité de nombreux passages du commentaire du juge en chef Deschênes au sujet du privilège de la Couronne, plus particulièrement les paragraphes reproduits plus haut, au paragraphe 22 du présent jugement.

[24] Devant la Cour suprême du Canada, la Commission appelante a plaidé [à la page 223] que le «par. 41(2) est hors de la compétence du Parlement parce qu'il empiète sur un domaine exclusivement réservé aux provinces, l'administration de la justice». Le juge Chouinard a rejeté cet argument et, ce faisant, a cité avec approbation le commentaire suivant du juge en chef Deschênes à la page 224: «[i]l n'est certes pas inconstitutionnel en ce sens qu'en l'adoptant, le Parlement aurait empiété sur un domaine de compétence provinciale exclusive: les cas qu'il prévoit relèvent de la juridiction fédérale».

[25] Le procureur général du Québec est intervenu devant la Cour suprême sur la question de la constitutionnalité de l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a soumis que le paragraphe 41(2) était «ultra vires dans la mesure où il vise à interdire le contrôle par les tribunaux compétents de la légalité constitutionnelle de la décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents». L'intervenant n'a pas contesté le pouvoir du Parlement de légiférer sur le privilège de la Couronne; il n'a pas non plus contesté le pouvoir similaire qui existe au palier provincial. Cependant, il a plaidé que les règles de la common law relatives à ce privilège particulier, ayant été élaborées sous un régime unitaire, ne peuvent s'appliquer comme telles dans le contexte d'un État fédéral où les pouvoirs exécutifs sont répartis en fonction du partage des compétences législatives suivant la Constitution du Canada.

[26] The argument made by the Attorney General of Quebec differs from the one pursued by the Commission before the Quebec Superior Court. In essence, he submitted that subsection 41(2), which deprives the courts of their power to monitor the constitutional legality of the decision of the executive to refuse the production of documents, constitutes an impermissible privative clause.

[27] Chouinard J. noted at pages 227-228 that one should not confuse the validity of legislation with the possibility of unconstitutional or unconscionable behaviour under the legislation. He stated:

If I understand correctly . . . what the intervener is referring to is what, in the passage cited above, Mayrand J.A. referred to as (TRANSLATION) “the risk of an abuse of power that lies beyond judicial review”.

However, this risk does not result from the federal nature of the Canadian constitution. It is a risk inherent in absolute privilege, and will occur just as readily in a unitary state. It will also occur with respect to provincial legislation, as was the case in Quebec under art. 332 *C.C.P.* until it was replaced by art. 308 in 1966.

Once Parliament and the provincial legislatures are admitted to have the power to legislate on this matter in their respective fields (and the power cannot be denied), the risk exists. However, the risk that the Executive will apply legislation that has been validly adopted by Parliament with malice or even arbitrarily does not have the effect of divesting Parliament of its power to legislate. It is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute.

Once it is admitted that Parliament and the provincial legislatures have the power to legislate, it necessarily follows that they can make the privilege absolute. In my view, saying that Parliament and the legislatures cannot make the privilege absolute amounts to a denial of parliamentary supremacy, and to deny Parliament and the legislatures their sovereign powers to legislate in their respective fields of jurisdiction.

The existence of this risk “of an abuse of power” does not in my opinion justify an adverse ruling on the constitutionality of s. 41(2).

[28] The applicants submit that the decision in the *Quebec Human Rights* case, *supra*, is not determina-

[26] L’argument formulé par le procureur général du Québec est différent de celui qui a été invoqué par la Commission des droits de la personne devant la Cour supérieure du Québec. Essentiellement, le procureur général a soutenu que le paragraphe 41(2), qui prive les tribunaux de leur pouvoir de contrôler la légalité constitutionnelle de la décision de l’exécutif de refuser la production de documents, constituait une clause privative inadmissible.

[27] Le juge Chouinard a noté aux pages 227 et 228 qu’il ne fallait pas confondre la validité de la législation avec la possibilité qu’un comportement inconstitutionnel ou abusif survienne en application de la législation. Il a affirmé:

Si je le comprends bien, [. . .] ce à quoi l’intervenant fait allusion, c’est ce que le juge Mayrand, dans le passage précité, a appelé «le risque d’abus de pouvoir qui échapperait au contrôle judiciaire».

Mais ce risque ne découle pas du caractère fédéral de la constitution canadienne. C’est un risque inhérent au privilège absolu qui se retrouvera tout autant dans un État unitaire. Il se retrouve aussi au niveau d’une législation provinciale, comme c’était le cas au Québec sous l’art. 332 *C.p.c.* jusqu’à ce qu’il soit remplacé en 1966 par l’art. 308.

Dès que l’on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer en cette matière dans leurs domaines respectifs et on ne saurait le nier, ce risque existe. Cependant le risque que l’Exécutif applique à mauvais escient ou même de façon arbitraire une législation validement adoptée par le Parlement n’a pas pour effet de faire perdre à celui-ci son pouvoir de légiférer. Il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l’acte de l’Exécutif posé en application de cette loi.

Par ailleurs, dès que l’on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer, force est de reconnaître qu’ils peuvent rendre le privilège absolu. Dire en effet que le Parlement et les législatures ne peuvent rendre le privilège absolu équivaudrait, à mon sens, à nier la suprématie parlementaire et à nier au Parlement et aux législatures leur pouvoir souverain de légiférer dans leurs champs respectifs de compétence.

L’existence de ce risque «d’abus de pouvoir» ne justifie pas, à mon avis, que l’on prononce à l’encontre de la constitutionnalité du par. 41(2).

[28] Les demandeurs font valoir que la décision rendue dans l’arrêt sur la *Commission des droits de la*

tive of this application since the Supreme Court of Canada “has now made it clear that Canada is a constitutional democracy”. To support their position that the Constitution and not Parliament is now supreme, the applicants rely on the *Quebec Secession* case, *supra*, at page 258:

The constitutionalism principle bears considerable similarity to the rule of law, although they are not identical. The essence of constitutionalism in Canada is embodied in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” Simply put, the constitutionalism principle requires that all government action comply with the Constitution. The rule of law principle requires that all government action must comply with the law, including the Constitution. . . . The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455). They may not transgress its provisions; indeed, their sole claim to exercise lawful authority rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source.

[29] It cannot be disputed, however, that Canada has always been a constitutional democracy. The federal nature of Canada as set out in the *Constitution Act, 1867* requires that Parliament and the provincial legislatures act in accordance with the Constitution of Canada. Legislation enacted which is contrary to the division of powers is *ultra vires* the enacting legislature and has always been subject to a declaration of invalidity by the courts. The enactment of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] has merely added a second ground on which a court may declare legislation invalid.

[30] In this case, the applicants argue that the largely unwritten fundamental and organizing principles of the *Constitution Act, 1867* provide a third ground, in addition to the division of powers and the Charter, on which a court may rely to invalidate legislation enacted by Parliament or by the provincial legislatures.

personne, précité, ne tranche pas la présente demande étant donné que la Cour suprême du Canada [TRADUCTION] «a établi, depuis, que le Canada était une démocratie constitutionnelle». Au soutien de leur argument selon lequel la Constitution est désormais l'autorité suprême au pays, et non le Parlement, les demandeurs se fondent sur le *Renvoi sur la sécession du Québec*, précité, à la page 258:

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. [. . .] La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source.

[29] On ne peut toutefois contester le fait que le Canada ait toujours été une démocratie constitutionnelle. Le caractère fédératif du Canada, qui est prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, exige que les actes du Parlement et des législatures provinciales soient conformes à la Constitution du Canada. L'adoption d'une loi qui est contraire au partage des compétences est *ultra vires* de l'assemblée législative qui l'a édictée et a toujours été invalidée par les tribunaux. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] a simplement fourni un second motif sur lequel les tribunaux peuvent se fonder pour déclarer une loi invalide.

[30] En l'espèce, les demandeurs soutiennent que les principes fondamentaux et structurels en grande partie non écrits de la *Loi constitutionnelle de 1867* offrent un troisième motif, en plus du partage des compétences et de la Charte, sur lequel les tribunaux peuvent se fonder pour invalider une loi adoptée par le Parlement ou par les législatures provinciales.

[31] Chief Justice Lamer opened the door to the submissions made by the applicant, in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at page 68:

. . . I agree with the general principle that the Constitution embraces unwritten, as well as written rules, largely on the basis of the wording of s. 52(2). Indeed, given that ours is a Constitution that has emerged from a constitutional order whose fundamental rules are not authoritatively set down in a single document, or a set of documents, it is of no surprise that our Constitution should retain some aspect of this legacy.

He then went on to say, at page 68:

. . . the existence of many of the unwritten rules of the Canadian Constitution can be explained by reference to the preamble of the *Constitution Act, 1867*.

After setting out the preamble, he stated at page 75:

The preamble identifies the organizing principles of the *Constitution Act, 1867*, and invites the courts to turn these principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text.

[32] Even in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Lamer C.J. qualified his comments somewhat and pointed out the difficulties that arise from reliance on an unwritten constitution, at page 68:

However, I do wish to add a note of caution. As I said in *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, at p. 355, the constitutional history of Canada can be understood, in part, as a process of evolution “which [has] culminated in the supremacy of a definitive written constitution”. There are many important reasons for the preference for a written constitution over an unwritten one, not the least of which is the promotion of legal certainty and through it the legitimacy of constitutional judicial review. Given these concerns, which go to the heart of the project of constitutionalism, it is of the utmost importance to articulate what the source of those unwritten norms is.

[33] The applicants also rely on the *Quebec Secession* case, *supra*, to support their position that Parliamentary supremacy has been displaced. In that case, at page 239, the Court reiterated its statement in

[31] Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer a ouvert la porte à la page 68 aux observations présentées par le demandeur:

[. . .] j’accepte le principe général que la Constitution comprend des règles non écrites—et écrites—, dans une large mesure sur le fondement du libellé du par. 52(2). En effet, comme notre Constitution est dérivée d’un régime constitutionnel dont les règles fondamentales ne sont pas fixées dans un seul document ou dans un ensemble de documents faisant autorité, il n’est pas étonnant qu’elle retienne certains aspects de cet héritage.

Il a par la suite continué à la même page:

[. . .] il est possible d’expliquer l’existence de bon nombre des règles non écrites de la Constitution canadienne en se reportant au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* [. . .]

Après avoir examiné le préambule, il a dit à la page 75:

Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.

[32] Dans le cadre même du *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, à la page 68, le juge en chef Lamer a quelque peu atténué ses commentaires et a mis l’accent sur les difficultés qui peuvent survenir du fait de se fonder sur une constitution non écrite:

Toutefois, je tiens à ajouter une mise en garde. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 355, l’histoire constitutionnelle du Canada peut être considérée, en partie, comme une évolution «qui a abouti à la suprématie d’une constitution écrite définitive». La préférence pour une Constitution écrite repose sur bon nombre de raisons importantes, particulièrement la certitude du droit et, par ce moyen, la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution. Compte tenu de ces préoccupations, qui sont au cœur de l’idée de constitutionnalisme, il est de la plus haute importance de préciser la source de ces normes non écrites.

[33] Les demandeurs s’appuient également sur le *Renvoi sur la sécession du Québec*, précité, pour soutenir leur argument suivant lequel la suprématie parlementaire a été supplantée. Dans cet arrêt, la Cour

the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, as follows:

The Constitution also “embraces unwritten, as well as written rules”. . . .

[34] The Court added, at page 240:

These supporting principles and rules, which include constitutional conventions and the workings of Parliament, are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution.

[35] At page 248, the Court once again noted the existence of these underlying constitutional principles and stated that: “observance of and respect for these principles is essential to the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution as a ‘living tree’”. It then stated at page 249:

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles (the majority opinion referred to them as “organizing principles” and described one of them, judicial independence, as an “unwritten norm”) could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. . . . In the *Provincial Judges Reference*, at para. 104, we determined that the preamble “invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text”. [Emphasis added.]

[36] The Court, later, appears to place some restrictions on judicial intervention based on these underlying constitutional principles. This differs somewhat from the language used in the *Provincial Court Judges Reference* case. In its decision, the Court draws a line between the role of the courts and the legislatures, as stated at page 270:

In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally

a réitéré à la page 239 l’affirmation qu’elle avait faite dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, de la manière suivante:

La Constitution «comprend des règles non écrites—et écrites—».

[34] La Cour a ajouté, à la page 240:

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu’il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution.

[35] La Cour a noté une fois de plus, à la page 248, l’existence de ces principes constitutionnels sous-jacents et a affirmé que: «le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d’évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] “arbre vivant”». Elle a ensuite affirmé à la page 249:

Étant donné l’existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l’opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l’un deux, l’indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n’est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu’il existe des raisons impératives d’insister sur la primauté de notre Constitution écrite. [. . .] Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel». [Non souligné dans l’original.]

[36] La Cour semble avoir formulé par la suite quelques restrictions à l’intervention judiciaire en se fondant sur ces principes constitutionnels sous-jacents. Cela se démarque quelque peu de l’approche qu’elle a utilisée dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour trace une ligne entre le rôle des tribunaux et celui des législatures à la page 270:

Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les

speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions. It is also the case, however, that judicial intervention, even in relation to the law of the Constitution, is subject to the Court's appreciation of its proper role in the constitutional scheme.

[37] The Court then referred to *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (*Canada Assistance Plan* case). In that case, the applicants challenged the decision of the federal government to unilaterally reduce its obligation under the *Canada Assistance Plan* [R.S.C., 1985, c. C-1] and Agreement. The applicants argued that the government's exercise of its spending power was contrary to the "overriding principle of federalism". The Supreme Court of Canada held that the federalism principle, in and of itself, could not be used to strike down otherwise valid legislation. In particular, at page 545, *supra*, it stated:

In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government.

[38] The Court observed at page 271 of the *Quebec Secession* case, *supra*, that a doctrine of judicial restraint, analogous to the one set out in the *Canada Assistance Plan* decision, *supra*, was in operation. It also noted at page 271 that in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (the *Auditor General's* case) the Court observed at page 91 that:

There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

[39] The Supreme Court of Canada has concluded that unwritten constitutional norms may be used to fill

tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement. Ici encore, toutefois, l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le droit de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel.

[37] La Cour a ensuite cité le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 (le *Renvoi sur le Régime d'assistance publique*). Dans cet arrêt, les demandeurs ont contesté la décision du gouvernement fédéral d'alléger unilatéralement l'obligation financière lui incombant aux termes du *Régime d'assistance publique du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-1] et de l'accord. Les demandeurs ont soutenu que l'exercice par le gouvernement de son pouvoir de dépenser allait à l'encontre du «principe essentiel du fédéralisme». La Cour suprême du Canada a conclu que le principe du fédéralisme ne pouvait en soi invalider une loi par ailleurs valablement adoptée. Plus particulièrement, elle a affirmé à la page 545 du jugement précité:

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement.

[38] La Cour a noté, à la page 271 du *Renvoi sur la sécession du Québec*, précité, qu'un principe de réserve judiciaire analogue à celui énoncé dans le *Renvoi sur le Régime d'assistance publique*, précité, était applicable. La Cour a également noté à la page 271 du même jugement qu'elle avait dit, à la page 91 de l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (*Vérificateur général*):

Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l'exercice d'un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l'appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

[39] La Cour suprême du Canada a établi que les normes constitutionnelles non écrites peuvent combler

a gap in the express terms of the constitutional text or used as interpretative tools where a section of the Constitution is not clear. However, as noted by La Forest J., dissenting in *Provincial Court Judges Reference*, the principles of judicial review do not enable a court to strike down legislation in the absence of an express provision of the Constitution which is contravened by the legislation in question.

[40] The respondents have pointed out that, in the case before me, the requisite express constitutional provision does not exist. Moreover they note that there is no gap in the Constitution to be filled. In my view, these largely unwritten constitutional norms are not sufficient, in and of themselves, to invalidate otherwise properly enacted legislation.

[41] However, in view of the extensive submissions made by the applicants, I will now look specifically at the particular unwritten principles relied on by the applicants to invalidate section 39 and subsection 38(6) of the *Canada Evidence Act*.

The Unwritten Principles of the *Constitution Act, 1867*

[42] Before examining the largely unwritten constitutional principles highlighted by the applicants, I note that the supremacy of Parliament is also a basic, unwritten tenet of the Canadian Constitution. McLachlin J. stated in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at page 384:

... it seems clear that, from an historical perspective, Canadian legislative bodies possess such inherent privileges as may be necessary to their proper functioning. These privileges are part of the fundamental law of our land, and hence are constitutional.

[43] Furthermore, in the *Auditor General's* case, *supra*, Dickson C.J., stated at page 103:

It is of no avail to point to the fusion of powers which characterizes the Westminster system of government . . .

un vide dans les termes exprès du texte constitutionnel, ou servir d'outil d'interprétation dans le cas où une disposition d'une loi constitutionnelle n'est pas claire. Cependant, comme l'a noté le juge La Forest, dissident dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, les principes du contrôle judiciaire n'habilitent pas un tribunal à invalider une loi en l'absence de violation d'une disposition expresse de la Constitution par la loi en question.

[40] Les défendeurs ont fait observer qu'en l'espèce, la disposition constitutionnelle expresse qui était requise n'existe pas. De plus, ils ont noté qu'il n'y avait pas de vide à combler dans la Constitution. Je suis d'avis que ces normes constitutionnelles en grande partie non écrites ne suffisent pas en soi à invalider une loi qui a été par ailleurs valablement adoptée.

[41] Toutefois, vu les nombreuses observations présentées par les demandeurs, je passe à présent à l'examen en détail des principes non écrits sur lesquels ceux-ci se fondent pour demander l'invalidation de l'article 39 et du paragraphe 38(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les principes non écrits de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[42] Avant de procéder à l'examen des principes constitutionnels en grande partie non écrits que les demandeurs mettent de l'avant, je note que la suprématie parlementaire constitue également un principe fondamental non écrit de la Constitution canadienne. Le juge McLachlin a affirmé dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, à la page 384:

[...] il semble évident que, du point de vue historique, les organismes législatifs canadiens possèdent les privilèges inhérents qui peuvent être nécessaires à leur bon fonctionnement. Ces privilèges font partie de notre droit fondamental et sont donc constitutionnels.

[43] De plus, dans l'arrêt *Vérificateur général*, précité, le juge en chef Dickson a dit à la page 103:

Il ne sert à rien d'insister sur la centralisation des pouvoirs qui caractérise le système de gouvernement hérité de

The *grundnorm* with which the courts must work in this context is that of the sovereignty of Parliament.

[44] The importance of Parliamentary sovereignty was also noted in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at page 832:

. . . the fundamental principle of judicial independence must leave scope for another cardinal doctrine—the principle of Parliamentary supremacy. But at the same time, it is clear that Parliament and the Legislatures cannot act so as to trammel what Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada* refers to as the authority and function of the courts.

[45] It is important to recall that the case before me deals with legislation enacted by Parliament and not an attempt by the executive to protect itself by invoking a common law Crown privilege.

[46] The applicants, as stated earlier, rely on three unwritten constitutional principles which they claim limit the application of the doctrine of Parliamentary supremacy. They acknowledge that section 39 is otherwise within the jurisdiction of Parliament and must therefore be found to be contrary to: the separation of powers, the independence of the judiciary and the rule of law, that is, unwritten constitutional norms, to be declared invalid. I will now examine whether section 39 offends any of these principles beginning with the “separation of powers” doctrine.

(i) The Separation of Powers Doctrine

[47] The applicants argue that the separation of powers is a fundamental and organizing principle of the Constitution of Canada. By giving the executive a judicial function, namely, the discretion to determine whether certain relevant evidence should be disclosed, section 39 offends the doctrine of the separation of powers.

[48] The existence of a rigid doctrine of separation of powers in the constitutional law of Canada is doubtful at best. This is particularly true in light of the

Westminster [. . .] La règle fondamentale que les tribunaux doivent appliquer dans ce contexte est celle de la souveraineté du Parlement.

[44] L'importance de la souveraineté parlementaire a aussi été soulignée dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, à la page 832:

[. . .] le principe fondamental de l'indépendance judiciaire doit laisser place à un autre principe essentiel, celui de la suprématie du Parlement. Mais en même temps, il est évident que le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent agir de manière à entraver ce que le juge Dickson appelle dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* les pouvoirs et fonctions des tribunaux.

[45] Il importe de se rappeler que l'affaire en l'espèce vise une loi adoptée par le Parlement et non une tentative par l'exécutif de réclamer l'immunité en invoquant un privilège de la Couronne fondé sur la common law.

[46] Tel qu'il a été décrit précédemment, l'argument des demandeurs repose sur trois principes constitutionnels non écrits dont ceux-ci prétendent qu'ils imposent des restrictions à l'application de la doctrine de la suprématie parlementaire. Les demandeurs reconnaissent que l'article 39 tombe par ailleurs sous la compétence du Parlement et, de ce fait, doit se trouver à aller à l'encontre de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit, soit à l'encontre de normes constitutionnelles non écrites, pour être déclaré invalide. J'aborde à présent la question de savoir si l'article 39 constitue une entorse à ces principes, en commençant par la doctrine du «partage des compétences».

i) La doctrine du partage des compétences

[47] Les demandeurs plaident que la séparation des pouvoirs est un principe fondamental et structurel de la Constitution du Canada. Du fait qu'il attribue une fonction judiciaire à l'exécutif, soit le pouvoir discrétionnaire de décider de divulguer ou non certains éléments de preuve pertinents, l'article 39 contreviendrait à la doctrine de la séparation des pouvoirs.

[48] L'existence d'une doctrine stricte de la séparation des pouvoirs au sein du droit constitutionnel canadien est, au mieux, douteuse. Cela est particulière-

specific assertion made by the Supreme Court in the *Quebec Secession* case, at page 233:

... the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts.

I conclude that if Parliament can confer other legal functions on the courts, and certain judicial functions on “bodies that are not courts”, it can confer judicial powers on the executive.

[49] The applicants rely on *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220 which held that it was impermissible for a legislature to oust the inherent supervisory jurisdiction of section 96 courts. The headnote sums up the relevant facts and findings at page 221:

Where a provincial legislature purports to insulate one of its statutory tribunals from any curial review of its adjudicative functions, and where that insulation encompassing jurisdiction, the legislation must be struck down as unconstitutional because it constitutes, in effect, a s. 96 court. It is unquestioned that privative clauses, when properly framed, may effectively oust judicial review on questions of law and on other issues not touching jurisdiction. However, given that s. 96 is in the *British North America Act* and that it would make a mockery of it to treat it in non-functional formal terms as a mere appointing power, there is nothing that is more the hallmark of a superior court than the vesting of power in a provincial statutory tribunal to determine the limits of its jurisdiction without appeal or other review. Consequently, a provincially-constituted statutory tribunal could not constitutionally be immunized from review of decisions on questions of jurisdiction.

[50] Unlike the scheme challenged in *Crevier, supra*, section 39 does not immunize executive decisions, to exempt Cabinet documents from disclosure, from judicial review on jurisdictional grounds. This is confirmed by the Federal Court decisions in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney*

ment vrai à la lumière de l'énoncé explicite mis de l'avant par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, à la page 233:

[...] la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96.

Je conclus que si le Parlement peut conférer d'autres fonctions légales aux tribunaux, de même que certaines fonctions judiciaires à des «organismes qui ne sont pas des tribunaux», il peut également attribuer des pouvoirs judiciaires à l'exécutif.

[49] Les demandeurs invoquent au soutien de leurs prétentions l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, dans lequel la Cour avait décidé qu'il n'était pas loisible à une législature de priver les cours visées à l'article 96 de leur pouvoir inhérent de surveillance. Le sommaire du jugement relève les faits et conclusions pertinents à la page 221:

Chaque fois que le législateur provincial prétend soustraire l'un des tribunaux créé par la loi à toute révision judiciaire de sa fonction d'adjudger, et que la soustraction englobe la compétence, la loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'art. 96. Il est incontestable que des clauses privatives bien formulées peuvent efficacement écarter le contrôle judiciaire sur des questions de droit et sur d'autres questions étrangères à la compétence. Toutefois, comme l'art. 96 fait partie de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée, la Cour ne peut trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision. En conséquence, un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence.

[50] Contrairement à l'initiative contestée dans l'arrêt *Crevier*, précité, l'article 39 ne soustrait pas les décisions de l'exécutif, visant à empêcher des documents du Cabinet d'être divulgués, au contrôle judiciaire fondé sur des questions de compétence. Ce principe a été confirmé par la Cour d'appel fédérale

General of Canada, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.), and *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.). Section 39 is not, therefore, contrary to section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[51] While I am not dealing with section 7 of the Charter in the case before me—although the applicants reserve their rights to pursue a section 7 challenge to section 39 in a higher court—in my view, the statements of MacGuigan J.A. in relation to the right of judicial review of administrative action found in *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.), at page 158, are instructive:

Accordingly, section 7 is implicated when physical liberty is restricted in any circumstances, when control over mental or physical integrity is exercised, or when the threat of punishment is invoked for non-compliance. There is nothing of that kind, or within striking distance of it, on the facts of the case at bar. The interest which the individual appellants want to assert is a shadowy traditional “right” of judicial review of administrative action in all cases. However, the jurisprudence shows that such a right can be precluded entirely except as to jurisdiction, where the executive branch of government is involved, even when fairness itself is at stake: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735. [Emphasis added.]

[52] I find that an implied doctrine of the separation of powers has not been recognized in the context of the Canadian Constitution. As a result, I conclude that the doctrine of separation of powers cannot be used to strike down *intra vires* legislation that is not contrary to the Charter.

(ii) The Doctrine of the Independence of the Judiciary

[53] The applicants submit that the principle of judicial independence is a largely unwritten, underlying principle of the Constitution and thus has the force of law. In the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Chief Justice Lamer makes several statements which lead one in this direction. Although that Reference dealt solely with the application of paragraph

dans les arrêts *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1^{re} inst.); et *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.). L'article 39 ne contrevient donc pas à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[51] Bien que je ne traite pas de l'article 7 de la Charte en l'espèce—même si les demandeurs se réservent le droit de contester l'article 39 en se fondant sur l'article 7 devant une cour de juridiction supérieure—, je suis d'avis que les commentaires du juge MacGuigan dans l'arrêt *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), à la page 158, en ce qui a trait au pouvoir de contrôle judiciaire à l'égard d'une mesure administrative sont révélateurs:

En conséquence, l'article 7 entre en jeu lorsque l'on restreint la liberté physique dans quelque contexte que ce soit, lorsque l'on exerce un contrôle sur l'intégrité physique ou mentale ou lorsque l'on invoque la menace de sanctions dans les cas de violation. Les faits de la présente espèce n'indiquent rien de la sorte. Le droit que les particuliers appelants veulent faire valoir est un vague «droit» traditionnel d'examen judiciaire d'une mesure administrative dans tous les cas. La jurisprudence montre toutefois qu'un tel droit peut être exclu complètement sauf pour ce qui est de questions de compétence, lorsque l'organe exécutif du gouvernement est en cause, même quand l'équité elle-même est en jeu: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.S.C. 735. [Non souligné dans l'original.]

[52] Je conclus que la doctrine implicite de la séparation des pouvoirs n'a pas été reconnue dans le cadre de la Constitution canadienne. Par conséquent, elle ne peut être invoquée pour invalider une loi *intra vires* qui ne contrevient pas à la Charte.

(ii) La doctrine de l'indépendance de la magistrature

[53] Les demandeurs font valoir que le principe de l'indépendance de la magistrature est un principe sous-jacent en grande partie non écrit de la Constitution et qu'il a, de ce fait, force de loi. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer a fait plusieurs commentaires en ce sens. Bien que ce renvoi ne concernait que l'application de

11(d) of the Charter, Chief Justice Lamer addressed a broader question, namely, the unwritten basis of judicial independence. He observed, at pages 63-64:

Notwithstanding the presence of s. 11(d) of the *Charter*, and ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867*, I am of the view that judicial independence is at root an unwritten constitutional principle, in the sense that it is exterior to the particular sections of the *Constitution Acts*. The existence of that principle whose origins can be traced to the *Act of Settlement* of 1701, is recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. The specific provisions of the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, merely “elaborate that principle in the institutional apparatus which they create. . .”

[54] Chief Justice Lamer then referred to the decision in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56 (*Beauregard*) and determined, at pages 75-76, that the Supreme Court has held: “that the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and in particular, its reference to ‘a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom’, was ‘textual recognition’ of the principle of judicial independence.” In concluding his discussion of the unwritten basis of judicial independence, the Chief Justice stated at pages 77-78 that:

. . . the express provisions of the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* are not an exhaustive written code for the protection of judicial independence in Canada. Judicial independence is an unwritten norm, recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. In fact, it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located.

[55] La Forest J., in dissent, pointed out that the matter was not fully argued in the *Provincial Court Judges Reference, supra*. In particular, he stated at pages 180-181:

A more general answer to the question lies in the nature of the power of judicial review. The ability to nullify the laws of democratically elected representatives derives its legitimacy from a super-legislative source: the text of the Constitution. This foundational document (in Canada, a series of documents) expresses the desire of the people to limit the power of legislatures in certain specified ways.

l’alinéa 11d) de la Charte, le juge en chef Lamer a abordé une question plus large, à savoir la source non écrite de l’indépendance de la magistrature. Il a fait l’observation suivante aux pages 63 et 64:

Malgré la présence de l’al. 11d) de la *Charte* et des art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je suis d’avis que l’indépendance de la magistrature est à l’origine un principe constitutionnel non écrit, en ce sens qu’il est extérieur aux articles particuliers des *Lois constitutionnelles*. L’existence de ce principe, dont les origines remontent à l’*Act of Settlement* de 1701, est reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions précises des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ne font [TRADUCTION] «qu’établir ce principe dans l’appareil institutionnel qu’elles créent [. . .]».

[54] Le juge en chef Lamer a par la suite cité l’arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56 (ci-après l’arrêt *Beauregard*) et a noté, aux pages 75 et 76, que la Cour suprême a conclu que: «le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, en particulier, sa référence à “une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-uni” constituent une “reconnaissance écrite” du principe de l’indépendance de la magistrature». Au terme de son analyse sur la source non écrite du principe de l’indépendance de la magistrature, le juge en chef a affirmé aux pages 77 et 78 que:

[. . .] les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* ne codifient pas de manière exhaustive la protection de l’indépendance de la magistrature au Canada. L’indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. 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.

[55] Le juge La Forest, dissident, a souligné le fait que la question n’avait pas entièrement été débattue dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité. Il a affirmé en particulier aux pages 180 et 181:

La nature du pouvoir de contrôle judiciaire fournit une réponse plus générale à cette question. Le pouvoir d’annuler les lois adoptées par des représentants démocratiquement élus tire sa légitimité d’une source supra-législative: le texte de la Constitution. Ce document fondamental (au Canada, il s’agit de plusieurs documents) exprime le désir du peuple de limiter, de certaines façons précises, le pouvoir des

Because our Constitution is entrenched, those limitations cannot be changed by recourse to the usual democratic process. They are not cast in stone, however, and can be modified in accordance with a further expression of democratic will: constitutional amendment.

Notwithstanding that the argument and the evidence before the Court was largely directed at paragraph 11(d) of the Charter, Lamer C.J. returned to the independence of the judiciary and defined the content of judicial independence as follows, at page 79:

Le Dain J. went on in *Valente* to state that independence was premised on the existence of a set of “objective conditions or guarantees” (p. 685), whose absence would lead to a finding that a tribunal or court was not independent. The existence of objective guarantees, of course, follows from the fact that independence is status oriented; the objective guarantees define that status. However, he went on to supplement the requirement for objective conditions with what could be interpreted as a further requirement: that the court or tribunal be reasonably perceived as independent. The reason for this additional requirement was that the guarantee of judicial independence has the goal not only of ensuring that justice is done in individual cases, but also of ensuring public confidence in the justice system.

[56] Lamer C.J., after setting out the principal propositions established in *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, identified the three core characteristics of judicial independence enumerated by Le Dain J., namely: “security of tenure, financial security and administrative independence”. Section 39 does not affect either the security of tenure or the financial security of members of the judiciary. As a result, I will focus on the impact of section 39 on “administrative independence” as defined by Lamer C.J. at page 81, again relying on *Valente, supra*:

. . . control by the courts “over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function” (p. 712). These were defined (at p. 709) in narrow terms as

assignment of judges, sittings of the court, and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions . . .

législatures. Comme notre Constitution est écrite, ces limites ne peuvent pas être modifiées par le recours au processus démocratique habituel. Toutefois, elles ne sont pas immuables et peuvent être modifiées au moyen d’une autre forme d’expression de la volonté du peuple: la modification constitutionnelle.

Nonobstant le fait que l’argument et les éléments de preuve soumis devant la Cour visaient essentiellement l’alinéa 11d) de la Charte, le juge en chef Lamer s’est penché sur la question de l’indépendance de la magistrature et en a défini le contenu de la façon suivante, à la page 79:

Dans *Valente*, le juge Le Dain a ajouté que l’indépendance reposait sur l’existence d’un ensemble de «conditions ou garanties objectives» (p. 685), dont l’absence amènerait à conclure qu’un tribunal ou une cour n’est pas indépendant. Il va de soi que l’existence de garanties objectives découle du fait que l’indépendance est liée au statut; les garanties objectives définissent ce statut. Toutefois, le juge Le Dain a ajouté à l’exigence relative aux conditions objectives ce qui pourrait être considéré comme une condition supplémentaire: savoir que la cour ou le tribunal en cause doit raisonnablement être perçu comme indépendant. Cette condition additionnelle a été formulée parce que l’objectif de la garantie d’indépendance de la magistrature est non seulement de faire en sorte que justice soit rendue dans les différentes instances, mais également d’assurer la confiance du public dans le système judiciaire.

[56] Après avoir énoncé les grands principes établis dans l’arrêt *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, le juge en chef Lamer a identifié les trois composantes essentielles de l’indépendance de la magistrature qui ont été énumérées par le juge Le Dain, soit: «inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative». L’article 39 ne touche pas à l’inamovibilité ni à la sécurité financière des membres de la magistrature. J’examinerai par conséquent l’effet de l’article 39 sur l’«indépendance administrative» telle que l’a définie le juge en chef Lamer à la page 81 citant une fois de plus l’arrêt *Valente*, précité:

[. . .] le pouvoir par le tribunal de prendre les «décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l’exercice des fonctions judiciaires» (p. 712). Ces décisions ont été définies de manière limitative (à la p. 709):

[. . .] l’assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l’allocation de salles d’audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions [. . .]

[57] Lamer C.J. then spoke more broadly about the institutional independence of the judiciary but these comments must be read in light of his earlier remarks. He stated at pages 84-85:

By contrast, the institutional independence of the judiciary was said to arise out of the position of the courts as organs of and protectors “of the Constitution and the fundamental values embodied in it—rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important” (p. 70). Institutional independence enables the courts to fulfill that second and distinctly constitutional role.

Beauregard identified a number of sources for judicial independence which are constitutional in nature. As a result, these sources additionally ground the institutional independence of the courts. The institutional independence of the courts emerges from the logic of federalism, which requires an impartial arbiter to settle jurisdictional disputes between the federal and provincial orders of government. Institutional independence also inheres in adjudication under the *Charter*, because the rights protected by that document are rights against the state. As well, the Court pointed to the preamble and judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, as additional sources of judicial independence; I also consider those sources to ground the judiciary’s institutional independence. Taken together, it is clear that the institutional independence of the judiciary is “definitional to the Canadian understanding of constitutionalism” (*Cooper, supra*, at para. 11).

But the institutional independence of the judiciary reflects a deeper commitment to the separation of powers between and amongst the legislative, executive and judicial organs of government: see *Cooper, supra*, at para. 13. This is also clear from *Beauregard*, where this Court noted (at p. 73) that although judicial independence had historically developed as a bulwark against the abuse of executive power, it equally applied against “other potential intrusions, including any from the legislative branch” as a result of legislation.

[58] In my view, Lamer C.J. did not diminish the role of parliamentary supremacy in favour of judicial independence. The relationship between these two constitutional tenets was specifically discussed by Madam Justice McLachlin in *MacKeigan v. Hickman, supra*, at page 832:

[57] Le juge en chef Lamer a par la suite abordé de façon générale le sujet de l’indépendance institutionnelle de la magistrature, mais ses commentaires doivent être lus à la lumière de ceux qu’il a faits précédemment. Il a dit aux pages 84 et 85:

Par contraste, a dit la Cour, 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» (p. 70). L’indépendance institutionnelle permet aux tribunaux de jouer ce deuxième rôle, qui a nettement un caractère constitutionnel.

Dans *Beauregard*, la Cour a fait état d’un certain nombre de sources de l’indépendance de la magistrature, sources qui sont de nature constitutionnelle et, en conséquence, contribuent à ancrer davantage l’indépendance institutionnelle des tribunaux. L’indépendance institutionnelle des tribunaux découle de la logique du fédéralisme, qui exige un arbitre impartial pour régler les conflits de compétence entre le fédéral et les provinces. Elle est en outre inhérente à la fonction juridictionnelle des tribunaux dans les litiges fondés sur la Charte, parce que les droits protégés par ce document sont des droits qui sont invoqués contre l’État. De plus, la Cour a souligné que le préambule et les dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867* étaient des sources supplémentaires de l’indépendance de la magistrature; quant à moi, ces sources fondent aussi l’indépendance institutionnelle de la magistrature. Tout compte fait, il est clair que l’indépendance institutionnelle de la magistrature est «un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada» (*Cooper, précité*, au par. 11).

Cependant, l’indépendance institutionnelle de la magistrature reflète un engagement plus profond envers la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l’État: voir *Cooper, précité*, au par. 13. Cela ressort également de façon claire de l’arrêt *Beauregard*, où notre Cour a souligné (aux pp. 73 et 74) que, bien que l’indépendance de la magistrature ait été conçue historiquement comme un rempart contre l’abus du pouvoir exécutif, elle servait également à contrer «toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif» au moyen de lois.

[58] Je suis d’avis que le juge en chef Lamer n’a pas amoindri le principe de la suprématie parlementaire en faveur de l’indépendance de la magistrature. Le lien qui existe entre ces deux principes constitutionnels a fait l’objet d’une analyse détaillée par M^{me} le juge McLachlin dans l’arrêt *MacKeigan c. Hickman, précité*, à la page 832:

I do not say that the power in the courts to control their own administration is absolute, if by absolute what is meant is that in no circumstances can the Legislature or Parliament enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. . . . But at the same time, it is clear that Parliament and the Legislatures cannot act so as to trammel what Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada* refers to as the authority and function of the courts.

[59] I cannot conclude, based on the definition of “administrative independence” set out in *Valente*, *supra*, and in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, that section 39 of the *Canada Evidence Act* contravenes the independence of the judiciary as a constitutional norm.

[60] Further, in light of my finding that section 39 does not offend the independence of the judiciary, I conclude that subsection 38(6) does not affect the “administrative independence” of the judiciary. The applicants submit that subsection 38(6) eliminates judicial discretion to decide whether to allow *ex parte* submissions. This submission cannot be maintained given the two-stage hearing implemented by the Federal Court of Canada which, in some cases, eliminates the need for *ex parte* submissions. (See *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.) and *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.); *affd* [1983] 2 F.C. 463 (C.A.).)

(iii) The rule of law

[61] In light of the Saskatchewan Court of Appeal decision in *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL), the applicants place less reliance on the constitutional principle of the rule of law. In the *Quebec Secession* case, at pages 257-258, the Supreme Court reviewed the elements of rule of law and its place in the Constitution of Canada:

The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of our system of government. The rule of law, as observed in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at

Je ne dis pas que le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration est absolu, si, par absolu, on veut dire que l'Assemblée législative ou le Parlement ne peut en aucun cas adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ni enquêter sur la conduite de certains juges [. . .] Mais en même temps, il est évident que le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent agir de manière à entraver ce que le juge en chef Dickson appelle dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* les pouvoirs et fonctions des tribunaux.

[59] Je ne peux conclure, à partir de la définition de l'«indépendance administrative» que l'on retrouve dans l'arrêt *Valente*, précité, et dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* va à l'encontre de la norme constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature.

[60] De plus, à la lumière de ma conclusion selon laquelle l'article 39 ne contrevient pas au principe de l'indépendance de la magistrature, je conclus que le paragraphe 38(6) n'a aucune incidence sur l'«indépendance administrative» de la magistrature. Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 38(6) a pour effet de priver les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu d'autoriser la présentation d'observations *ex parte*. Cette prétention doit être rejetée étant donné que la Cour fédérale du Canada a prévu la tenue d'une audience en deux étapes, ce qui, dans certains cas, rend les observations *ex parte* inutiles. (Voir *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.); et *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.); *conf. par* [1983] 2 C.F. 463 (C.A.).)

iii) La primauté du droit

[61] À la lumière de la décision rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. No. 302 (C.A.) (QL), les demandeurs insistent moins sur le principe constitutionnel de la primauté du droit. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, aux pages 257 et 258, la Cour suprême a passé en revue les éléments de la primauté du droit et a évalué l'importance de ce principe au sein de la Constitution du Canada:

Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement. Comme l'indique l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959]

p. 142, is “a fundamental postulate of our constitutional structure”. . . . At its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action.

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. . . . A third aspect of the rule of law is, as recently confirmed in the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at para. 10, that “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule”. Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

[62] In my view, there is no breach of the rule of law in the case before me. The decision in *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, *supra*, is of great assistance in this respect. In that case, the government had sought to insulate itself from any actions for damages in the agricultural field. The amendments were draconian, in the sense that in any action or proceeding against the Crown or a Crown agent, with respect to the areas in question and the years in question [at paragraph 3]: “a court shall not consider any principle of law or in equity that would require adequate, reasonable or any notice with respect to any amendments or changes to the contract to be provided by the corporation to any party to the contract.” At paragraph 4 of the decision, the Court stated:

At trial, the appellants contended the Government had no authority to pass this legislation as governments, like everyone else, are subject to the law. The rule of law is a concept or principle so fundamental that even governments are not exempt from its application. This meant the laws of the land, including those relating to contractual obligations, are as binding upon the government as upon the public. As a consequence, the Government has no legal authority to pass legislation imposing a new contract and extinguishing

R.C.S. 121, à la p. 142, la primauté du droit (le principe de la légalité) est [TRADUCTION] «un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle». [. . .] A son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que «la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif». [. . .] Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l'a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit». En d'autres termes, les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d'une profonde importance constitutionnelle et politique.

[62] Je suis d'avis qu'il n'y a pas de violation du principe de la primauté du droit dans la présente affaire. L'arrêt *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, précité, est d'une grande utilité à cet égard. Dans cette affaire, le gouvernement avait cherché à se protéger contre les poursuites en dommages dans le domaine de l'agriculture. Les modifications législatives qu'il a adoptées étaient extrêmes, à savoir que dans le cadre d'une poursuite ou d'une procédure engagée à l'encontre de la Couronne ou d'un agent de la Couronne relativement aux domaines en question et au cours des années en question [au paragraphe 3]: [TRADUCTION] «un tribunal ne doit pas tenir compte des principes de common law ou d'*equity* qui exigeraient que la société avise, ou avise de façon adéquate et raisonnable, toutes les parties au contrat de toute modification ou changement apporté au contrat». La Cour d'appel de la Saskatchewan a dit au paragraphe 4 de son jugement:

[TRADUCTION] En première instance, les appelants ont fait valoir que le gouvernement n'avait pas le pouvoir d'adopter la présente loi, car les gouvernements, au même titre que les particuliers, sont assujettis au droit. La primauté du droit est un concept ou un principe si fondamental que même les gouvernements ne peuvent se soustraire à son application. Cela signifie que les lois du pays, y compris celles qui sont relatives aux obligations contractuelles, lient aussi bien le gouvernement que le public. Par conséquent, le gouverne-

the right to sue for the breach of an earlier contract.

[63] The appellants in *Bacon, supra*, expressly stated that the case was not about the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and furthermore, that [at paragraph 7] “this case is not about the division of powers in the Constitution between the federal and provincial governments.” In the appellants’ view, the case was about the “Rule of Law in the democratic society”.

[64] The government submitted that the “role of Parliament (which is a word [used] to include legislatures) is supreme when acting within its constitutional limits”, as the government contended was the situation in *Bacon, supra*. “For this reason, the question of whether the passage of the legislation was an arbitrary use of power need not be asked” (see *Bacon, supra*, at paragraph 11).

[65] The Saskatchewan Court of Appeal reviewed the pronouncements of the Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession* case. In particular, the Court of Appeal commented [at paragraph 24] on the Supreme Court’s statements at page 258, where it emphasized that: “the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons.” The Court of Appeal agreed that this paragraph was “the most compelling support for the position” of the appellants, and stated at paragraphs 25-27 and 29:

They interpret the statement “the law is supreme over the acts of both government and private persons” as being an unequivocal indication the government has no more right to avoid its contractual obligations than [sic] does a private person.

This is not what I take from this statement. It is nothing more than an acceptance that the law as it exists is applicable to both government and private persons. It is a fundamental statement of the obligation of governments which is not challenged by any of the parties to this appeal. However, the law, including the common law, is subject to change by legislation and when changed it is this changed law which is the “one law for all”. The law, which is applicable to us all, cannot be taken as static and unchange-

ment n’a aucun fondement légal pour adopter une loi qui se caractérise par l’imposition d’un nouveau contrat et par l’extinction du droit de poursuivre pour violation d’un contrat antérieur.

[63] Les appelants dans l’arrêt *Bacon*, précité, ont clairement affirmé que l’affaire ne touchait pas à la *Charte canadienne des droits et libertés* et, de plus, [au paragraphe 7] [TRADUCTION] «qu’elle ne concernait pas la répartition des compétences dans la Constitution entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux». Selon les appelants, l’affaire portait sur la [TRADUCTION] «primauté du droit dans une société démocratique».

[64] Le gouvernement a soutenu que le [TRADUCTION] «Parlement (terme qui comprend les législatures) est souverain lorsqu’il agit dans les limites prescrites par la Constitution», et que c’était bien le cas dans l’affaire *Bacon*, précitée. [TRADUCTION] «Pour ce motif, il n’est pas nécessaire d’examiner la question de savoir si l’adoption de la loi constituait un usage arbitraire de pouvoir» (voir *Bacon*, précité, au paragraphe 11).

[65] La Cour d’appel de la Saskatchewan a examiné la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. La Cour d’appel [au paragraphe 24] a commenté en particulier les déclarations faites par la Cour suprême, à la page 258, où celle-ci a mis l’accent sur: «la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers». La Cour d’appel a jugé que ce paragraphe constituait [TRADUCTION] «l’autorité la plus péremptoire au soutien de la prétention» des appelants, et a écrit aux paragraphes 25 à 27 et 29:

[TRADUCTION] Les appelants interprètent le passage «la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers» comme étant une indication sans équivoque que le gouvernement n’est pas plus autorisé qu’un particulier à se soustraire à ses obligations contractuelles.

Ce n’est pas ce que je comprends de ce passage. Ce n’est rien de plus qu’une reconnaissance du principe que le droit, tel qu’il existe, s’applique à la fois au gouvernement et aux particuliers. Il s’agit d’un principe fondamental lié aux obligations des gouvernements qui n’est mis en doute par aucune des parties au présent appel. Cependant, le droit, y compris la common law, est assujéti aux modifications législatives et, lorsque survient une telle modification, c’est ce droit modifié qui constitue la «seule règle de droit pour

able. It is forever evolving and Parliament plays a major role in its development. There is no statement in the *Secession* case which would suggest otherwise.

I see the above comments taken from the *Secession* case as nothing more than providing a necessary examination of the foundation of federalism as it exists in this country. That examination involved reaffirmation of an earlier statement that the rule of law is a “fundamental postulate” of our Constitution. This examination of federalism was not undertaken with the intent of changing historically accepted notions of parliamentary supremacy but to lay a foundation for the question they were required to consider, namely, the right of one province to secede.

...

I am unable to accept that these justices of the Supreme Court, whilst providing an analysis of our federal system, were at the same time engaged in changing that system. That is particularly so when we are not talking of a subtle or marginal change, but one which would reduce the supremacy of Parliament by subjecting it to the scrutiny of superior court judges to be sure it did not offend the rule of law and if it did, to determine whether it was an arbitrary action. If the Supreme Court of Canada meant to embrace such a doctrine, I would expect it would see the need to say so very clearly in a case where that was the issue before them. This is particularly so when they are not only cognizant of the many cases in various jurisdictions acknowledging the supremacy of Parliament, but must also be aware of their own previous judgments which have endorsed that principle such as: *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, *Reference re Canada Assistance Plan*, [1991] 2 S.C.R. 525, *Attorney General for British Columbia v. Esquimalt & Nanaimo Railway*, [1950] A.C. 87 (P.C.).

[66] The rule of law cannot strike down legislation, as evidenced from the foregoing. Parliament is free to review the Crown’s rights and privileges from time to time. However, it is Parliament and not the courts that must undertake this exercise.

The Public Interest Argument

[67] Finally, the applicants submit that the public interest in ensuring that the Constitution of Canada is

tous». Le droit, qui est applicable à tous, ne peut être perçu comme étant fixe et immuable. Il est en constante évolution et le Parlement joue un rôle prépondérant dans son développement. Il n’existe pas d’énoncé dans le *Renvoi sur la sécession* qui suggère le contraire.

J’interprète les commentaires ci-dessus extraits du *Renvoi sur la sécession* comme n’étant rien de plus qu’un examen nécessaire du fondement du fédéralisme tel qu’il existe dans ce pays. Cet examen exigeait que soit réaffirmé l’énoncé fait précédemment selon lequel la primauté du droit constituait un «postulat fondamental» de notre Constitution. Cet examen du fédéralisme n’a pas été entrepris avec l’intention de modifier les notions liées à la suprématie parlementaire qui ont été acceptées à travers les siècles, mais plutôt en vue d’établir le fondement de la question appelée à être examinée, à savoir le droit d’une province de faire sécession.

[. . .]

Je ne peux accepter la proposition voulant que les juges de la Cour suprême aient, en même temps qu’ils procédaient à un examen de notre système fédéral, l’intention de modifier ce même système. Cela est particulièrement vrai lorsqu’il s’agit non pas d’une modification subtile ou marginale, mais bien d’une modification qui amoindrirait le principe de la suprématie du Parlement en l’assujettissant au contrôle des juges des cours supérieures pour s’assurer qu’il ne contreviendrait pas au principe de la primauté du droit, et si c’est le cas, pour déterminer s’il s’agit d’un geste arbitraire. Si la Cour suprême du Canada avait voulu adhérer à cette doctrine, je m’attendrais à ce qu’elle ressente le besoin de le dire très clairement dans une affaire où il s’agissait de la question dont elle était saisie. Cela est particulièrement vrai vu que les juges sont non seulement au courant des nombreuses décisions rendues dans diverses juridictions qui confirment le principe de la suprématie parlementaire, mais qu’ils doivent également être conscients de leurs propres décisions antérieures par lesquelles ils ont endossé ce principe, tels les arrêts: *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, *Renvoi relatif au régime d’assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525, *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Esquimalt & Nanaimo Railway*, [1950] A.C. 87 (C.P.).

[66] Le principe de la primauté du droit ne peut invalider de loi, comme le démontre ce qui précède. Il est loisible au Parlement de réviser les droits et privilèges de la Couronne de temps à autre. Il revient toutefois au Parlement et non aux tribunaux d’entreprendre cet exercice.

L’argument de l’intérêt public

[67] Finalement, les demandeurs plaident que l’intérêt public visant le respect et la protection de la

respected and upheld is more important than the public interest in preserving Cabinet confidences. They submit that section 39, by preventing the Court from inspecting Cabinet documents and thereby balancing the public interests at stake, for example, possible unconstitutional acts of the executive as opposed to the need for Cabinet secrecy and solidarity, is unconstitutional. The applicants rely on *Carey, supra*, but even in *Carey*, La Forest J. stated at page 671:

If the certificate was properly framed [i.e. for example, if it is in regards to national security or diplomatic relations], the court might in such a case well agree to their being withheld even without inspection; see in this context *Goguen v. Gibson, supra*. For on such issues, it is often unwise even for members of the judiciary to be aware of their contents, and the period in which they should remain secret may be very long.

[68] La Forest J.'s comments in *Carey, supra*, must be taken in the context of his description of the issue therein. He stated at page 639:

The immediate issue is whether the appellant Carey is entitled to compel production in an action against the Crown in right of Ontario and the other respondents of Cabinet documents in the possession of the executive government of the province which, he contends, would support his claim. In Ontario, this issue falls to be decided under common law.

La Forest J. continued at pages 659-660:

The idea that Cabinet documents should be absolutely protected from disclosure has in recent years shown considerable signs of erosion. This development began in the United States in the famous case of *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), where a subpoena was directed to the former President of that country to produce tape recordings and documents relating to certain conversations and meetings between him and others. The President, claiming executive privilege, filed a motion to have the subpoena quashed, but the Supreme Court of the United States, affirming the courts below, rejected the President's claim.

Constitution du Canada l'emporte sur l'intérêt public visant la préservation des renseignements confidentiels du Cabinet. Ils font valoir que l'article 39 est invalide sur le plan constitutionnel du fait qu'il empêche la Cour d'examiner les documents du Cabinet et, par le fait même, de soupeser les intérêts publics qui sont en jeu, par exemple la possibilité d'accomplissement d'actes inconstitutionnels par l'exécutif par opposition au besoin de secret et de solidarité du Cabinet. Les demandeurs s'appuient sur l'arrêt *Carey*, précité, mais, même dans cet arrêt, le juge La Forest a écrit à la page 671:

Pour peu que le certificat revête la forme prescrite [par exemple, s'il se réfère à la sécurité nationale ou aux relations diplomatiques], le tribunal pourrait très bien en pareil cas consentir, sans même procéder à une inspection, à ce que les documents ne soient pas produits; dans ce contexte voir l'arrêt *Goguen c. Gibson*, précité. En effet, dans le cas de documents relevant de ces domaines, il vaut souvent mieux que même les juges ne soient pas au courant de leur contenu, et la période pendant laquelle ils devraient rester secrets peut alors être très longue.

[68] Les commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *Carey*, précité, doivent être pris dans le contexte de la description qu'il fait de la question en litige. Il a écrit à la page 639:

La première question qui se pose est de savoir si, dans une action contre Sa Majesté du chef de l'Ontario et les autres intimés, l'appelant Carey est en droit d'obtenir la production de documents du Cabinet se trouvant en la possession du pouvoir exécutif de la province, documents qui, selon l'appelant, serviraient à étayer sa demande. En Ontario, cette question doit être décidée en vertu de la *common law*.

Le juge La Forest a continué aux pages 659 et 660:

Depuis quelques années, l'idée que les documents du Cabinet doivent jouir d'une protection absolue contre la divulgation semble être nettement en perte de vitesse. Cette tendance a été amorcée aux États-Unis par l'affaire célèbre *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), dans laquelle l'ancien président de ce pays a été sommé par voie de *subpoena* de produire des enregistrements sur bande magnétique et des documents se rapportant à certaines conversations et réunions entre lui et d'autres personnes. Le Président, invoquant le privilège du pouvoir exécutif, a présenté une requête en annulation de *subpoena*, mais la Cour suprême des États-Unis a confirmé la conclusion des tribunaux d'instance inférieure et rejeté la requête.

[69] Again, in the case before me, the privilege given to the executive by section 39 of the *Canada Evidence Act* is part of legislation enacted by Parliament; the executive is not, in this case, relying on a privilege which exists only at common law.

[70] La Forest J. reviewed the English and Australian jurisprudence, none of which, however, dealt with a Crown privilege resulting from a legislative framework that protects Cabinet confidences. The applicants submit that the principles summed up by La Forest J. at pages 670-671 are applicable to the case before me. While I concur with the importance of these principles, in my view, Parliament has the right to override these principles and provide protection to the executive.

[71] MacGuigan J.A. of the Federal Court of Appeal dealt with this issue in *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at pages 148-149:

While *Carey* represents a very important statement of the common law, it cannot, in my view, be considered to be determinative of the law found in the *Canada Evidence Act*, since the purpose of statute law may well be to modify the common law rather than to declare it. Everything depends on the wording of the particular statute, considered in its total context.

The wording of section 39 of the Act seems to me to be clear enough: an objection to the disclosure of information by a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council is determinative of the matter where the minister or the Clerk certifies in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada; in that case disclosure of the information is to be denied without further examination.

As Strayer J. said in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.) at pages 929-931 and as was reinforced by this Court in *Central Cartage*, *supra*, it is surely open to a court to determine whether a certificate by a minister or the Clerk asserts a privilege in the terms allowed by the statute, but a court cannot go behind the certificate and examine the documents. The matter was put this way by Iacobucci C.J. for this Court in *Central Cartage* (at pages 652-653) where the Clerk of the Privy Council had objected to the disclosure of eight documents by issuing a certificate under what is now section 39:

[69] Une fois de plus, en l'espèce, le privilège conféré à l'exécutif par l'article 39 de la *Loi sur la preuve* constitue une composante d'une loi qui a été adoptée par le Parlement; l'exécutif ne se fonde pas en l'espèce sur un privilège qui n'existe que sous le régime de la common law.

[70] Le juge La Forest a passé en revue la jurisprudence anglaise et australienne, dont nulle ne traite cependant du privilège de la Couronne découlant d'un cadre législatif dont la fonction est de protéger les renseignements confidentiels du Cabinet. Les demandeurs soutiennent que les principes résumés par le juge La Forest aux pages 670 et 671 s'appliquent en l'espèce. Bien que je reconnaisse l'importance de ces principes, je suis d'avis que le Parlement a le droit d'outrepasser ces principes et d'accorder une protection à l'exécutif.

[71] Le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale a abordé cette question dans l'arrêt *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, précité, aux pages 148 et 149:

Si l'arrêt *Carey* représente un exposé très important de la common law, on ne peut considérer, à mon avis, qu'il détermine les règles juridiques qui figurent dans la *Loi sur la preuve au Canada*, car il se peut fort bien qu'un texte législatif ait pour objet de modifier la common law plutôt que de l'énoncer. Tout dépend du libellé de la loi en particulier, vu dans son contexte entier.

Le libellé de l'article 39 de la Loi m'apparaît suffisamment clair: le fait qu'un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé se soient opposés à la divulgation de renseignements tranche la question lorsque le ministre ou le greffier attestent par écrit que les informations demandées constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada; dans ce cas, la divulgation des informations doit être refusée sans autre examen.

Comme l'a indiqué le juge Strayer dans l'affaire *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1^{re} inst.), aux pages 929 à 931, et ainsi que l'a renforcé la présente Cour dans l'affaire *Central Cartage*, précitée, il est certainement loisible à un tribunal de décider si un certificat d'un ministre ou du greffier renferme une allégation de privilège selon les conditions qu'autorise la loi, mais un tribunal ne peut aller au-delà du certificat et examiner les documents en question. Le juge en chef Iacobucci, de la présente Cour, a exprimé comme suit ce principe dans l'affaire *Central Cartage* (aux pages 652 et 653), où le greffier du Conseil privé s'était

It appears clear that Parliament intended by passing section 36.3 [now section 39] that the determination of whether any information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council is to be made by a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council. Subject only to compliance with the express requirements of the section, the decision of the Minister or the Clerk, as certified in writing by him or her, is not subject to review by any court. The court cannot go behind the certificate and examine the documents as it can under sections 36.1 [now section 37] and 36.2 [now section 38] of the *Canada Evidence Act*. However, it is open to a court to see whether the certificate on its face asserts a privilege within the statutory limitations on claims for privilege by the executive.

[72] I agree with Mr. Cooper's comment in *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1990, at page 141:

Both branches have duties to safeguard public interests, but only one can take the decision on disclosure of Cabinet documents. The fact that Parliament has enacted legislation which assigns total responsibility to the Executive has no impact on the constitutional relationship. As with any common law development, Parliament has a duty and a political mandate to create legislation which, when considered in the context of the common law, expresses the will of the public. Such is the historic interaction of statute and common law; to deny Parliament's supremacy with respect to the legislation of statutory provisions which are otherwise constitutional (constitutional in the sense of the federal and provincial division of powers and with respect to the Charter), would clearly undermine the constitutional tension.

[73] In the final analysis, *Carey*, *supra*, is a statement of the common law. The principles set out by La Forest J. cannot, in and of themselves, invalidate properly enacted legislation. As MacGuigan J.A. noted in *Canadian Assn. of Regulated Importers*, *supra*, the purpose of statute law may be to modify the common law rather than to declare it.

[74] Parliament's failure to amend section 39 in light of *Carey*, *supra*, is indicative of its unwillingness to

opposé à la divulgation de huit documents en émettant un certificat aux termes de ce qui est aujourd'hui l'article 39:

Il semble évident que, lorsqu'il a adopté l'article 36.3 [aujourd'hui l'article 39], le Parlement désirait confier à un ministre de la Couronne ou au greffier du Conseil privé le soin de déterminer si un renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé pour la Reine. La décision du ministre ou du greffier, que celui-ci atteste par écrit, ne peut faire l'objet d'un examen par un tribunal, pourvu, et c'est là la seule restriction, que les exigences explicites de cette disposition soient respectées. La cour ne peut aller au-delà du libellé du certificat et examiner les documents comme elle peut le faire sous le régime des articles 36.1 [aujourd'hui l'article 37] et 36.2 [aujourd'hui l'article 38] de la Loi sur la preuve au Canada. Toutefois, il est loisible à un tribunal de déterminer si, à première vue, le certificat renferme une allégation de privilège selon les limites législatives concernant les revendications de privilège par l'exécutif.

[72] Je suis d'accord avec les commentaires de M. Cooper dans le livre intitulé *Crown Privilege*, Aurora (Ont.): Canada Law Book Inc., 1990, à la page 141:

[TRADUCTION] Les organes législatif et exécutif ont tous deux l'obligation de protéger l'intérêt public, mais un seul peut décider de divulguer ou non des documents du Cabinet. Le fait que le Parlement ait adopté des lois qui confèrent une responsabilité entière à l'exécutif n'a aucune incidence sur le rapport constitutionnel. Comme c'est le cas pour l'évolution de tout concept de common law, le Parlement a l'obligation et la mission politique d'examiner la possibilité d'adopter des dispositions législatives qui, sous le régime de la common law, expriment la volonté du public. Telle est l'interaction historique entre les lois et la common law; de nier la suprématie du Parlement relativement à l'adoption de dispositions législatives, par ailleurs constitutionnelles (au sens de la répartition fédérale et politique des compétences et de la Charte), aurait manifestement pour effet de saper la tension constitutionnelle.

[73] En définitive, l'arrêt *Carey*, précité, constitue un énoncé de la common law. Les principes établis par le juge La Forest ne peuvent en soi invalider des dispositions législatives valablement adoptées. Tel que l'a noté le juge MacGuigan dans l'arrêt *Canadian Assn. of Regulated Importers*, précité, les mesures législatives peuvent avoir pour objet de modifier la common law plutôt que de l'énoncer.

[74] L'omission du Parlement d'apporter des modifications à l'article 39 suite à la décision rendue dans

modify the statute law to accord with the principles stated in that case.

The Applicants' Alternative Argument

[75] In the alternative, the applicants submit that the privilege in section 39 should be limited to cases in which the "confidences of the Queen's Privy Council" sought by an applicant are not relevant to a potential violation of the Constitution by the executive. They rely on *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*, [1962] S.C.R. 642; *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; and *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539 to support the proposition that a court may read down a statute where the legislation would otherwise protect unconstitutional action.

[76] The respondents argue that the cases cited by the applicants are not applicable when the law challenged is within the jurisdiction of Parliament. The respondents acknowledge that the Crown cannot enact unconstitutional legislation and then insulate that legislation from review by the courts. However, according to the jurisprudence, a court should only intervene where a legislature enacts legislation that effectively allows it to do indirectly what it cannot do directly.

[77] In the *B.C. Power* case, *supra*, the Crown in right of British Columbia opposed the appointment of a receiver on the ground that such an appointment would affect its immunity based on an interest in property. Chief Justice Kerwin, at pages 644-645, held that:

In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable

l'arrêt *Carey*, précité, est révélatrice de sa réticence à changer les textes législatifs pour qu'ils se conforment aux principes énoncés dans cet arrêt.

L'argument subsidiaire des demandeurs

[75] Subsidiairement, les demandeurs plaident que l'application du privilège prévu à l'article 39 devrait être restreinte aux cas où les «renseignement[s] confidentiel[s] du Conseil privé de la Reine pour le Canada» que cherche à obtenir un demandeur ne sont pas pertinents relativement à une violation potentielle de la Constitution par l'exécutif. Ils se fondent sur les arrêts *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*, [1962] R.C.S. 642; *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; et *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539, pour soutenir leur prétention selon laquelle un tribunal peut interpréter une disposition législative de manière restrictive lorsque la loi aurait autrement pour effet de protéger un acte inconstitutionnel.

[76] Les défendeurs soutiennent que les arrêts cités par les demandeurs ne s'appliquent pas lorsque la disposition législative qui fait l'objet de la contestation relève de la compétence du Parlement. Ils reconnaissent que la Couronne ne peut adopter de lois inconstitutionnelles pour les soustraire par la suite à l'examen des tribunaux. Toutefois, selon la jurisprudence, un tribunal ne peut intervenir que lorsqu'une législature adopte des lois dont l'effet est de lui permettre de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement.

[77] Dans l'arrêt *B.C. Power*, précité, la Couronne du chef de la Colombie-Britannique s'est opposée à la nomination d'un séquestre au motif qu'une telle nomination porterait atteinte à son immunité fondée sur un intérêt dans des biens. Le juge en chef Kerwin a conclu, aux pages 644 et 645:

[TRADUCTION] Dans un système fédéral, où les compétences législatives sont partagées entre le Dominion et les provinces, tout comme le sont d'ailleurs les prérogatives de la Couronne, je suis d'avis qu'il n'est pas loisible à la Couronne, qu'elle soit du chef du Canada ou du chef d'une province, de revendiquer l'immunité de la Couronne en se fondant sur un intérêt qu'elle possède dans certains biens, alors que cet intérêt dans ces biens est entièrement et uniquement

doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid.

[78] In the *Amax Potash* case, *supra*, the plaintiffs paid a tax levied by the province under protest and subsequently challenged the jurisdiction of the legislature to impose the tax. The province relied on subsection 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87 which prohibited any proceeding in respect of an action taken under an invalid statute. Justice Dickson [as he then was] observed at page 592 that:

. . . if a statute is found to be *ultra vires* the legislature which enacted it, legislation which would have the effect of attaching legal consequences to acts done pursuant to that invalid law must equally be *ultra vires* because it relates to the same subject-matter as that which was involved in the prior legislation. If a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means.

He later stated at page 594:

For the foregoing reasons, I have concluded that s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act* is *ultra vires* the Province of Saskatchewan in so far as it purports to bar the recovery of taxes paid under a statute or statutory provision which is beyond the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan.

[79] Finally, in the *Air Canada* case, *supra*, La Forest J., speaking for a unanimous Court, noted at page 543 that there is a “well established principle that neither Parliament nor a legislature can preclude a determination of the constitutional validity of legislation”. In that case, the Lieutenant Governor refused to issue a fiat, thereby preventing the plaintiff from seeking a declaration that it was entitled to reimbursement for all monies paid pursuant to a law which it claimed was *ultra vires* the legislature. La Forest J. found at page 545 that:

. . . if even a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute, that result cannot

tributaire de la validité de la loi qu'elle a elle-même adoptée, et qu'il existe un doute raisonnable quant à la validité constitutionnelle de cette loi. Faire droit à une telle procédure équivaldrait à obtenir, au moyen des droits revendiqués sous le régime d'une loi qui outrepassa ses compétences, le même résultat que si la loi était valide sur le plan constitutionnel.

[78] Dans l'arrêt *Amax Potash*, précité, les demandeurs ont payé sous toutes réserves un impôt prélevé par la province et ont par la suite contesté la compétence de la législature d'imposer cet impôt. La province s'est fondée sur le paragraphe 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, ch. 87, qui interdisait toute procédure relative à une mesure prise en vertu d'une loi invalide. Le juge Dickson [tel était alors son titre], a écrit à la page 592 que:

[. . .] si une loi est déclarée *ultra vires* de la législature qui l'a adoptée, toute législation qui aurait pour effet d'attacher des conséquences juridiques aux actes accomplis en exécution de la loi invalide est également *ultra vires* puisqu'elle a trait à l'objet même de la première loi. Un État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures.

Il a écrit plus loin, à la page 594:

Pour tous ces motifs, je conclus que le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* est *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan dans la mesure où il vise à empêcher le recouvrement d'impôts payés en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui outrepassa la compétence de ladite Législature.

[79] Finalement, dans l'arrêt *Air Canada*, précité, le juge La Forest, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a noté à la page 543 qu'il existait un «principe bien établi selon lequel ni le Parlement ni une assemblée législative ne peut empêcher qu'une décision soit rendue sur la constitutionnalité d'une mesure législative». Dans cette affaire, le lieutenant gouverneur avait refusé une autorisation, empêchant par le fait même la demanderesse d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait droit au remboursement de toutes les sommes versées en application d'une loi qu'elle prétendait être *ultra vires* de la législature. Le juge La Forest a écrit à la page 545:

[. . .] si même une loi ne peut permettre de conserver une somme d'argent obtenue en vertu d'une loi inconstitutionnel-

be achieved under a purported exercise of a discretion to refuse a fiat, whatever may be the legal foundation of that supported [*sic*] discretion. All executive powers, whether they derive from statute, common law or prerogative, must be adapted to conform with constitutional imperatives.

He concluded at page 546 that:

. . . whatever discretion there may be in a non-constitutional matter, in a case like the present, the discretion must be exercised in conformity with the dictates of the Constitution, and the Crown's advisers must govern themselves accordingly. Any other course would violate the federal structure of the Constitution.

[80] These three cases cited by the applicants are distinguishable in that they stand for the proposition that the Crown cannot invoke valid legislation, or use its prerogative powers, to insulate unconstitutional legislation, or the effects thereof, from judicial review. In other words, neither the legislature nor the executive may attempt to accomplish indirectly what is otherwise *ultra vires* the Crown.

[81] In this case, the applicants have not established that section 39 is *ultra vires* Parliament. The use of the discretion contained in that section by the executive is therefore valid, subject only to judicial review on jurisdictional ground. As noted by Chouinard J. in the *Quebec Human Rights* case, *supra*, at page 227, the risk that the executive may engage in an abuse of power does not divest Parliament of its power to enact legislation which falls within its jurisdiction.

[82] I note, however, that at pages 228-229, Chouinard J. indicated that there may be circumstances in which the applicability of section 39 may be questioned.

It is perhaps conceivable that a case could arise of an abuse which I have called characterized, in which the courts would be justified in considering whether s. 41(2) is inapplicable. It is not necessary to decide the point, for the case at bar is clearly not such a case. It is apparent from rereading the affidavit that it relies on the federal public interest. Nothing contained in the record and no allegation

le, ce résultat ne peut être atteint par ce qui a la prétention d'être l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation, quel que soit le fondement juridique de ce supposé pouvoir discrétionnaire. Tous les pouvoirs exécutifs, qu'ils découlent de la loi, de la *common law* ou d'une prérogative, doivent respecter les impératifs constitutionnels.

Il a conclu à la page 546:

Peu importe le pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé dans une affaire non constitutionnelle, dans une affaire comme l'espèce le pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux préceptes de la Constitution et les conseillers de Sa Majesté doivent s'y conformer. Toute autre manière d'agir violerait la structure fédérale de la Constitution.

[80] Les trois arrêts cités par les demandeurs se distinguent de la présente affaire au motif qu'ils appuient la proposition selon laquelle la Couronne ne peut invoquer des dispositions législatives valides, ni son pouvoir en vertu de la prérogative, pour soustraire des lois inconstitutionnelles ou leurs effets au contrôle judiciaire. Autrement dit, ni la législature ni l'exécutif ne peut tenter de réaliser indirectement ce qui est par ailleurs *ultra vires* de la Couronne.

[81] Les demandeurs n'ont pas démontré en l'espèce que l'article 39 était *ultra vires* du Parlement. L'exercice par l'exécutif du pouvoir discrétionnaire prévu à cet article est par conséquent valide, sous réserve seulement du contrôle judiciaire en matière de compétence. Comme l'a noté le juge Chouinard dans l'arrêt sur la *Commission des droits de la personne*, précité, à la page 227, le risque d'abus de pouvoir de la part de l'exécutif n'a pas pour effet de faire perdre au Parlement son pouvoir de légiférer, lequel relève de sa compétence.

[82] Je note toutefois qu'aux pages 228 et 229, le juge Chouinard a indiqué qu'il existait des circonstances dans lesquelles l'applicabilité de l'article 39 pouvait être contestée:

Il est peut-être concevable qu'un cas puisse se présenter d'un abus que j'ai qualifié de caractérisé, où les tribunaux seraient justifiés de considérer si le par. 41(2) est inapplicable. Il n'est pas nécessaire de le déterminer car en l'espèce il ne s'agit clairement pas d'un tel cas. Il suffit de relire l'affidavit pour se satisfaire que c'est bien l'intérêt public fédéral qui est invoqué. Par ailleurs aucun élément du

even suggests that it might be otherwise.

[83] It is possible that the applicability of section 39 may be questioned where a party, disputing the non-disclosure of evidence pursuant to that section: (i) alleges that the executive has breached provisions of the Constitution; and (ii) provides evidence substantiating that allegation. A simple allegation of a breach of the provisions of the Constitution is insufficient.

[84] This is not such a case. In my view, it would be improper to declare that section 39 is inapplicable in the circumstances of this case. The mandate of the Commission, which is a public inquiry incapable of establishing either civil or criminal liability, is to investigate whether the conduct of RCMP officers assigned to the APEC Conference contravened the Charter. Although the Commission has stated that it has the jurisdiction to make findings concerning the involvement of the executive in giving improper orders or directions to the RCMP, the inquiry is concerned with the conduct of the RCMP officers and not the conduct of the executive.

[85] Further, the applicants have not provided me with any evidence showing that the executive has applied section 39 of the *Canada Evidence Act* arbitrarily or with malice.

[86] For the foregoing reasons, the application is dismissed.

[87] I award costs to the plaintiffs in accordance with the maximum number of units in Column IV of Tariff B [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106]. In my view, the testing of the constitutional principles involved in this matter is clearly in the public interest, since they are at the heart of our constitutional democracy. I agree with Mr. Justice Smith in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 286 (B.C.S.C.), at page 292, where he states:

dossier ni aucune allégation ne permet même de supposer qu'il en soit autrement.

[83] Il est possible que l'applicabilité de l'article 39 puisse être contestée lorsqu'une partie qui conteste la non-divulgence de la preuve aux termes de cet article: i) prétend que l'exécutif a contrevenu aux dispositions de la Constitution; et ii) fournit des éléments de preuve qui corroborent cette allégation. Une simple allégation de dérogation aux dispositions de la Constitution n'est pas suffisante.

[84] Il ne s'agit pas ici d'un tel cas. Je suis d'avis qu'il serait inapproprié de conclure que l'article 39 ne s'applique pas en l'espèce. Le mandat de la Commission, qui consiste à tenir une enquête publique où la responsabilité civile et criminelle ne peut être établie, est d'enquêter sur la question de savoir si la conduite des agents de la GRC affectés à la conférence de l'APEC va à l'encontre de la Charte. Même si la Commission a déclaré qu'elle avait compétence pour tirer des conclusions au sujet de la participation de l'exécutif dans le fait de donner des directives ou des ordres inappropriés à la GRC, l'enquête vise le comportement des agents de la GRC et non celui de l'exécutif.

[85] De plus, les demandeurs n'ont pas fourni d'éléments de preuve qui tendent à démontrer que l'exécutif a appliqué l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* de façon arbitraire ou malveillante.

[86] Pour ces motifs, la demande est rejetée.

[87] J'adjudge les dépens aux demandeurs conformément au nombre maximum d'unités prévu dans la colonne IV du tarif B [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Je suis d'avis qu'un examen approfondi des principes constitutionnels en cause dans la présente affaire relevait clairement de l'intérêt public, étant donné que ces principes sont au cœur de notre démocratie constitutionnelle. Je suis d'accord avec le commentaire du juge Smith dans la décision *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 286 (C.S.C.-B.), à la page 292:

The plaintiffs were unsuccessful on their constitutional challenge to the legislation but they should not suffer a reduction in costs on that account. The issues are of great importance, the case was difficult and expensive to present, and the plaintiffs provided a full evidential basis for the consideration of the issues raised. Moreover, the financial consequences of the presentation of the case are onerous for the plaintiffs and can more easily be defrayed by the federal Crown. This is a proper factor to consider: *Landry and Landry v. Bridgestone Tire Co. Ltd. et al.* (1975), 66 D.L.R. (3d) 408, [1976] 3 W.W.R. 160 (B.C.S.C.) and is particularly cogent in these circumstances where it is in the public interest to have the issues considered and determined.

[TRANSLATION] Les demandeurs n'ont pas eu gain de cause dans le cadre de leur contestation de la loi sur le plan constitutionnel, mais ne devraient pas pour autant subir de réduction de dépens à ce titre. Les questions en litige étaient d'une grande importance, la cause était coûteuse et difficile à argumenter, et les demandeurs ont établi le fondement complet de la preuve aux fins de l'examen des questions soulevées. De plus, les conséquences financières de la présentation de l'affaire sont lourdes à l'égard des demandeurs et peuvent être plus facilement défrayées par la Couronne fédérale. Il s'agit d'un facteur important dont il faut tenir compte: *Landry and Landry v. Bridgestone Tire Co. Ltd. et al.* (1975), 66 D.L.R. (3d) 408, [1976] 3 W.W.R. 160 (C.S.B.-C.) et qui est particulièrement convaincant dans les cas où il est dans l'intérêt public d'examiner et de trancher les questions en litige.