

A-426-99

Alissa Westergard-Thorpe, Annette Muttray, Jamie Doucette, Mark Brooks, Denis Porter, Deke Samchok and Craig Elton Jones (*Appellants*)

v.

The Attorney General of Canada, Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Respondents*)

Craig Elton Jones, Jonathan Oppenheim, Jamie Doucette, Deke Samchok, Denis Porter and Annette Muttray (*Appellants*)

v.

Her Majesty the Queen, The Minister of Justice and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: SINGH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald J.J.A.—Vancouver, November 22, 1999; Ottawa, January 14, 2000.

Constitutional law — Fundamental principles — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing action for declaration Canada Evidence Act, s. 39 unconstitutional — S. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Constitution supreme over ordinary laws — Legislation not presumed unconstitutional because alters common law — History of s. 39 in light of common law — Prima facie s. 39 intra vires measure to define privileges of federal Executive in furtherance of well-established principles of Cabinet secrecy — No clear, compelling contrary constitutional imperative — Separation of powers should embrace mutual respect among "branches" of government — Certification of fact binding on courts because nature of subject-matter consistent with traditional bounds of mutual respect owed by each "branch" of government to others — Maintenance of Cabinet secrecy fundamental policy reason of quasi-constitutional nature for identification by Executive of documents generated in internal decision-making process which should not be disclosed — Review of elements of rule of law — Not basis for ignoring s. 39 — As to independence of judiciary, s. 39 not interfering with security of tenure, financial security, administrative independence of judges — Constitutional limitations on withdrawal of functions from courts in Constitution Act, 1867, s. 96, Charter, s. 11(d) not applicable.

A-426-99

Alissa Westergard-Thorpe, Annette Muttray, Jamie Doucette, Mark Brooks, Denis Porter, Deke Samchok et Craig Elton Jones (*appelants*)

c.

Le procureur général du Canada, Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*intimés*)

Craig Elton Jones, Jonathan Oppenheim, Jamie Doucette, Deke Samchok, Denis Porter et Annette Muttray (*appelants*)

c.

Sa Majesté la Reine, le ministre de la Justice et le procureur général du Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A.—Vancouver, 22 novembre 1999; Ottawa, 14 janvier 2000.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Appel contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une action en jugement déclarant inconstitutionnel l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — L'art. 39 prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir une audition à son sujet — La Constitution prime les lois ordinaires — La loi n'est pas présumée inconstitutionnelle du seul fait qu'elle modifie la common law — Historique de l'art. 39 à la lumière de la common law — Sauf preuve contraire, l'art. 39 est une mesure validement adoptée pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe bien établi du secret des délibérations du Cabinet — Absence d'impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible — La séparation des pouvoirs emporte le respect mutuel entre les trois pouvoirs du gouvernement — L'attestation d'un fait qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet est conforme aux paramètres du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres — Le maintien du secret des délibérations du Cabinet repose sur des raisons d'ordre public de nature quasi constitutionnelle en vertu desquelles l'exécutif doit être en mesure d'identifier les documents produits dans son processus de décision interne qui ne doivent pas être révélés — Examen des

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Charter, s. 11(d) guaranteeing right of accused to presumption of innocence until proven guilty according to law in fair, public hearing by independent, impartial tribunal — Issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 39 certifying document confidence of Queen's Privy Council not integral to conduct of trial within contemplation of s. 11(d) — RCMP Public Complaints Commission inquiry into allegations of misconduct by RCMP members not trial of guilt.

Constitutional law — Distribution of powers — Constitution Act, 1867, s. 96 requiring Governor General to appoint judges of superior courts — Issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 39 certifying information confidence of Queen's Privy Council not traditional, necessary function of superior court of kind contemplated in 1867, not within scope of s. 96.

Evidence — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Prima facie intra vires measure to define privileges of Executive — Fundamental unwritten principles of Constitution (independence of judiciary, rule of law, separation of powers) not constitutional imperative to contrary.

Judges and Courts — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — S. 39 not interfering with security of tenure, financial security, administrative independence of judges — Not putting improper pressure on Judge as to outcome of given case, but form of privative clause.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Canada Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy

composantes de la primauté du droit — Pas un motif pour écarter l'art. 39 — Pour ce qui concerne l'indépendance de la magistrature, l'art. 39 ne porte pas atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges — Les limitations constitutionnelles à la faculté de retirer des fonctions des tribunaux, prévues à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et à l'art. 11d) de la Charte, ne s'appliquent pas.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'art. 11d) de la Charte garantit le droit de l'accusé à la présomption d'innocence jusqu'à preuve du contraire conformément à la loi, aux termes d'un procès équitable et public instruit par un tribunal indépendant et impartial — La délivrance d'une attestation, en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve, certifiant qu'un document contient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine ne fait pas partie intégrante de la conduite d'un procès au sens de l'art. 11d) de la Charte — L'audience devant la Commission des plaintes du public contre la GRC, qui porte sur les allégations d'inconduite de membres de la GRC, n'est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 exige que les juges des cours supérieures soient nommés par le gouverneur général — La délivrance d'une attestation, en application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada, certifiant qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, n'est pas une fonction traditionnelle et nécessaire d'une cour supérieure telle qu'elle était envisagée en 1867, et ne va pas à l'encontre de l'art. 96.

Preuve — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — Sauf preuve contraire, il s'agit d'une mesure validement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l'exécutif — Les principes fondamentaux et non écrits de la Constitution (indépendance de la magistrature, primauté du droit, séparation des pouvoirs) ne constituent pas des impératifs constitutionnels contraires.

Juges et tribunaux — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé atteste par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — L'art. 39 ne porte pas atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges — Il ne constitue pas une pression induite sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce, mais constitue un genre de clause privative.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au

Council certifying in writing document confidence of Queen's Privy Council, disclosure shall be refused without examination, hearing of information by court — Appellants arguing s. 39 should not apply because Parliament cannot authorize Executive to shield own conduct from constitutional scrutiny — Action for declaration as to constitutional invalidity of s. 39, not attack on Clerk's decision — Latter should be raised by way of judicial review.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an action for a declaration that *Canada Evidence Act*, section 39 is unconstitutional. The appellants filed complaints with the RCMP Public Complaints Commission alleging misconduct by the RCMP in the treatment of demonstrators during the 1997 Asian Pacific Economic Cooperation (APEC) Conference in Vancouver. The Commission was appointed to inquire into all matters touching upon the complaints. The Chairman held that this included whether the Prime Minister or members of his Office or of the Privy Council Office or of the Government of Canada gave improper orders or directions to any RCMP members respecting security at the APEC Conference, and that the Commission could make findings and recommendations to this effect. A defence of superior orders was not raised. It was not disputed that there had been discussions between officials of the Prime Minister's Office and the RCMP concerning security arrangements. The Commission requested that the Government of Canada disclose all government records relevant to the hearing. Two successive Clerks of the Privy Council filed certificates under *Canada Evidence Act*, subsection 39(1) certifying that information contained in certain documents constituted confidences of the Queen's Privy Council for Canada. Section 39 provides that such documents shall not be disclosed and the Court is unable to examine them to determine whether the Clerk's determination is correct or if the public interest warrants a refusal to disclose. The appellants commenced an action seeking a declaration that section 39 is unconstitutional and inconsistent with the "fundamental and organizing principles of the Constitution". The Trial Division Judge concluded that section 39 is *intra vires* and that the so-called "fundamental and organizing principles of the Constitution", to the extent that they may assist the courts in filling in gaps in the written Constitution, had no application. He rejected an alternative argument that, even if section 39 is valid, it cannot be validly applied so as to allow the Executive to conceal its own violation of the Constitution.

Canada prévoit que lorsque le greffier du Conseil privé certifie par écrit qu'un document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé, la divulgation du document est refusée et le tribunal ne peut ni l'examiner, ni tenir d'audition à son sujet — Les appelants soutiennent que l'art. 39 n'est pas applicable puisque le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses actes à l'examen à la lumière de la Constitution — Il s'agit d'une action pour jugement déclarant l'art. 39 invalide sur le plan constitutionnel, et non d'un recours à l'encontre de la décision du greffier — Ce recours doit être intenté par voie de demande de contrôle judiciaire.

Il s'agissait d'un appel formé contre une décision par laquelle la Section de première instance a rejeté une action en jugement déclaratoire portant inconstitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les appelants ont saisi la Commission des plaintes du public contre la GRC de plaintes contre diverses formes d'inconduite de la part de la GRC à l'égard de manifestants lors de la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) à Vancouver en 1997. La Commission a été constituée pour faire enquête sur toutes les questions se rapportant aux plaintes. Le président a conclu que la Commission avait compétence pour examiner si le premier ministre ou des membres de son bureau, du Bureau du Conseil Privé ou du gouvernement du Canada avaient donné des directives ou des ordres inappropriés à des agents de la GRC sur les mesures de sécurité à la conférence de l'APEC, et pour tirer des conclusions et formuler des recommandations à cet égard. Aucune défense d'obéissance aux ordres supérieurs n'a été soulevée. Il n'était pas contesté qu'il y avait eu des communications entre des responsables du bureau du premier ministre et des responsables de la GRC sur les mesures de sécurité. La Commission a demandé à ce que le gouvernement du Canada communique tous les dossiers gouvernementaux ayant un rapport avec l'audition des plaintes. Deux greffiers successifs du Conseil privé ont déposé, en application du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'attestation que les renseignements contenus dans certains documents demandés étaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. L'article 39 prévoit que les documents en question ne doivent pas être divulgués et que la Cour ne peut pas les examiner pour décider si la décision du greffier est fondée ou si l'intérêt public justifie le refus de divulgation. Les appelants ont intenté une action pour jugement déclarant que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel et incompatible avec les «principes fondamentaux et structurels de la Constitution». Le juge de la Section de première instance a conclu que l'article 39 relevait de la compétence du Parlement et que ces «principes fondamentaux et structurels de la Constitution», dans la mesure où ils pourraient permettre au juge de suppléer aux «lacunes» dans la Constitution écrite, n'avaient pas application. Il a rejeté l'argument subsidiaire suivant lequel, à supposer que l'article 39 soit valide, il ne pourrait

The issues were: (1) whether section 39 is *ultra vires* Parliament because of the fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution, namely the independence of the judiciary, the rule of law and the separation of powers; and (2) whether section 39 should be read down or otherwise rendered inapplicable in the circumstances.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) (i) The appellants' arguments were largely based on the premise that parliamentary sovereignty was not one of the principles of the Constitution, or at least ceased to be in 1982 when the Charter was adopted and section 52 of the *Constitution Act, 1982* was enacted. (Section 52 provides that the Constitution is the supreme law of Canada.) The supremacy of the Constitution was established even before Confederation in 1867. Section 52 was necessary to avoid any uncertainty as to the continuing supremacy of the Constitution. Both before and after 1982 our system was, and is, one of parliamentary sovereignty exercisable within the limits of a written constitution, as evidenced by courts striking down laws for inconsistency with the division of powers set out in *British North America Act, 1867*, sections 91 and 92. These were solely quantitative limits on the exercise of legislative power prior to 1982. The adoption of the Charter in 1982 added a multitude of qualitative limitations on the exercise of power, but the Constitution of Canada was and is supreme over ordinary laws. Just as before 1982, the specific requirements of the Constitution must be examined to determine whether in a given case Parliament has infringed a constitutional limit (express or implied) on its power.

The appellants argued that section 39 was contrary to the common law and therefore implicitly unconstitutional. Under current common law a judge can examine a document to see if the claim that it was a Cabinet confidence was well-founded and if so, whether the public interest in its disclosure would outweigh the public interest in its continuing secrecy. Legislation cannot, however, be presumed unconstitutional simply because it alters the common law. The rationale for such legislation is to give an absolute assurance to members of Cabinet and their advisors that the classes of documents specified in section 39 will not even be subject to review by a judge for confidentiality, and therefore the continued secrecy of the document is assured. The common law was even more restrictive of disclosure until 1968 when, in *Conway v. Rimmer*, the House of Lords held that the Court could examine documents which were the subject of a minister's claim for immunity, although a majority were of the view that Cabinet documents as a class should not be disclosed. At about this time, when the predecessor to

s'appliquer valablement de façon à permettre au pouvoir exécutif de dissimuler sa propre violation de la Constitution.

Les questions en litige étaient: 1) L'article 39 est-il inconstitutionnel en regard des principes fondamentaux et non écrits de la Constitution canadienne, savoir l'indépendance de la magistrature, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs?; 2) Faut-il donner à l'article 39 une interprétation restrictive ou une interprétation telle qu'il ne s'applique pas dans les circonstances?

Arrêt: l'appel est rejeté.

1) i) L'argumentation des appelants était largement fondée sur le postulat que la souveraineté du Parlement n'était pas l'un des principes de la Constitution, ou à tout le moins a cessé de l'être en 1982, lorsque la Charte et l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été adoptés. (L'article 52 édicte que la Constitution est la loi suprême du Canada.) La suprématie de la Constitution était reconnue même avant la Confédération en 1867. L'article 52 était nécessaire pour écarter toute incertitude quant à la suprématie permanente de la Constitution. Le régime que nous connaissons avant 1982 et que nous connaissons toujours après 1982 est celui de la souveraineté parlementaire dans les limites d'une constitution écrite, comme le démontre le fait que les tribunaux ont invalidé des lois pour incompatibilité avec le partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de *L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Ces limites étaient d'ordre exclusivement quantitatif quant à l'exercice du pouvoir législatif avant 1982. L'adoption de la Charte en 1982 a ajouté une multitude de limitations qualitatives à l'exercice de ce pouvoir, mais la Constitution du Canada primait et prime toujours les lois ordinaires. Il faut, tout comme avant 1982, se référer aux prescriptions spécifiques de la Constitution pour juger si dans un cas d'espèce, le Parlement a excédé une limite constitutionnelle (expresse ou implicite) de son pouvoir.

Les appelants ont soutenu que l'article 39 était contraire à la common law et, de ce fait, implicitement inconstitutionnel. En cas d'assertion de confidentialité de renseignements du Cabinet, la jurisprudence contemporaine permet au juge d'examiner le document pour vérifier si la revendication était fondée et, dans l'affirmative, si l'intérêt public dans sa divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans le maintien de la confidentialité. La loi ne saurait toutefois être tenue pour inconstitutionnelle du seul fait qu'elle modifie la common law. La raison d'être d'une loi de ce genre est de donner aux ministres et à leurs conseillers l'assurance absolue que les catégories de documents visées à l'article 39 ne seront même pas susceptibles d'examen par un juge pour vérification de leur confidentialité; elle ne laisse aucun doute sur le maintien de leur secret. La common law était encore plus restrictive en matière de divulgation jusqu'en 1968, quand, dans *Conway v. Rimmer*, la Chambre des lords a décidé que le juge pouvait examiner les documents dont un ministre revendiquait la confidentialité, bien que la majorité fût

section 39 was first enacted in Canada, it applied the principles of *Conway v. Rimmer* to most documents, but provided absolute immunity without examination by the Court for documents whose disclosure was claimed to be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations or as constituting a confidence of the Queen's Privy Council. In 1982 the absolute claim for non-disclosure without examination by the Court was limited to confidences of the Queen's Privy Council, which was defined for the first time and a time limit was placed on the continuation of that status. *Prima facie*, section 39 appears to be an *intra vires* measure by Parliament to define privileges of the federal Executive in the furtherance of the well-established and well-accepted principles of Cabinet secrecy. In the absence of some clear and compelling constitutional imperative to the contrary the legislation is valid and effective.

(ii) The appellants argued that there is a doctrine of separation of powers which prevents Parliament from giving judicial functions to the Executive. They characterized the issuance of a section 39 certificate by the Clerk of the Privy Council as judicial because it involves a determination of whether a court should have access to certain evidence. The appellants relied upon statements by the Supreme Court of Canada in the *Judges Reference* case that judicial independence flowed from the separation of powers, a doctrine which came from the preamble to the Constitution, which provides for a "constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". First, these comments were *obiter dicta* as that case was decided on the basis of Charter, paragraph 11(d). Secondly, the reference to a "constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" was understood in 1867 to be a reference to an entrenchment of responsible government, i.e. where the Executive is responsible to the legislature. The very concept was the antithesis of separation of powers.

The certification of a fact which is binding on the courts because of the nature of the subject-matter is consistent with the traditional bounds of mutual respect owed by each "branch" of government to the others. There are fundamental policy reasons of a quasi-constitutional nature as to why the Executive (with the guidance of an Act of Parliament) should be able to identify those documents generated in its internal decision-making process which should not, to maintain the integrity of the system of Cabinet secrecy, be disclosed. If our system of government must conform to some concept of separation of powers, it should embrace this form of mutual respect among the various "branches" so as to reflect and enhance their respective roles.

d'avis que les documents du Cabinet, comme tels, n'étaient pas susceptibles de divulgation. Vers la même époque, lorsque l'ancienne version de l'article 39 a été adoptée, elle a appliqué les principes dégagés dans *Conway v. Rimmer* à la plupart des documents, mais elle prévoyait la protection absolue, sans droit de vérification par le juge, pour les documents dont l'exécutif affirmait que leur divulgation porterait atteinte aux relations internationales, à la défense nationale, à la sécurité ou aux relations fédérales-provinciales, ainsi que pour les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. En 1982, la protection absolue, sans vérification par le juge, a été limitée aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, qui ont été définis pour la première fois, et une limitation dans le temps a été instituée pour cette protection. Sauf preuve contraire, l'article 39 est une mesure validement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe, bien établi et bien accepté, du secret des délibérations du Cabinet. Faute d'impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible, ce texte de loi est valide et a plein effet.

ii) Les appelants ont soutenu que la doctrine de la séparation des pouvoirs interdit au Parlement d'investir l'exécutif de pouvoirs judiciaires. À leur avis, l'attestation délivrée par le greffier du Conseil privé en application de l'article 39 était un acte judiciaire, en ce qu'elle tranche la question de savoir si le tribunal peut examiner certains éléments de preuve. Ils ont cité à l'appui les énoncés faits par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur les juges*, savoir que l'indépendance de la magistrature était une conséquence de la séparation des pouvoirs, une doctrine qui avait son origine dans le préambule de la Constitution, qui fait état d'«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». En premier lieu, il s'agissait seulement d'observations incidentes puisque la cause a été tranchée à la lumière de l'alinéa 11d) de la Charte. En second lieu, la mention au préambule d'une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni» était considérée en 1867 comme traduisant le principe de la responsabilité gouvernementale, savoir un régime dans lequel l'exécutif est comptable devant le législatif. Ce concept même était l'antithèse de la séparation des pouvoirs.

L'attestation d'un fait qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet est tout à fait conforme aux paramètres traditionnels du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres. Il y a des raisons fondamentales d'ordre public de nature quasi constitutionnelle pour lesquelles l'exécutif (guidé par une loi du Parlement) doit être en mesure d'identifier les documents produits dans son processus de décision interne qui ne doivent pas être révélés pour protéger l'intégrité du système du secret des délibérations du Cabinet. S'il est quelque concept de séparation des pouvoirs auquel doive se conformer notre système de gouvernement, c'est cette forme de respect mutuel des trois pouvoirs qu'il doit appliquer, afin de refléter et de renforcer leurs rôles respectifs.

(iii) The appellants maintained that government must not only be conducted in accordance with law, but that such law must never exclude the courts from the decision-making process of government. The elements of the rule of law are: that the law is supreme over the acts of both government and private persons (“one law for all”); that an actual order of positive laws be created and maintained to preserve “normative order”; and that “the exercise of all public power must find its ultimate source in the legal rule”. In other words, the “relationship between the state and the individual must be regulated by law”. Where section 39 is applied to preserve the immunity from disclosure of Cabinet documents, the situation is clearly regulated by law, namely section 39, being an Act of Parliament operating in its field of legislative authority. The rule of law is not a guarantee of the paramountcy of the common law. In fact the “actual order of positive laws” makes valid legislation paramount over the common law. The government is bound by the law, just as are private citizens. This does not mean that the law must produce the same results in respect of every citizen or institution in the country. The rule of law does not invalidate a statute which has the effect of allowing representatives of the Crown to identify certain documents as beyond disclosure: that is, the rule of law does not preclude a special law with a special result dealing with a special class of documents, which for long-standing reasons based on constitutional principles such as responsible government, have been treated differently from private documents in a commercial law suit. The rule of law is not, therefore, a basis for ignoring the provisions of section 39 of the *Canada Evidence Act*.

(iv) As to the independence of the judiciary, the appellants argued that any limitation on the jurisdiction of judicial bodies, precluding them in certain instances from engaging in the review of government decisions, is a violation of a constitutionally guaranteed independence of the judiciary. Section 39 does not interfere with the security of tenure, the financial security, or the administrative independence of judges. It is a public law applicable in a variety of circumstances, not for the purpose of interfering in a particular case before the Court. The invocation of section 39 does not put improper pressure on a judge as to the outcome of a given case: he or she is simply barred by Act of Parliament from making certain determinations. In fact, such a section is really another form of privative clause. *Constitution Act, 1867*, section 96 and Charter, paragraph 11(d) are the essential constitutional limitations on the assignment of certain functions to non-courts such as the Clerk of the Privy Council, thus withdrawing them from the courts. The issuance of such certificates are not a traditional and necessary function of a superior court of a kind contemplated in 1867 and thus within section 96. Nor is it integral to the conduct of a trial within the contemplation of para-

iii) Les appelants ont soutenu que non seulement le gouvernement devait s'exercer conformément à la loi, mais encore la loi ne devait jamais exclure le pouvoir judiciaire du processus décisionnel de l'exécutif. Les composantes du principe de la primauté du droit sont: la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers («une seule loi pour tous»), la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve le principe de «l'ordre normatif», et le fait 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». Lorsque l'article 39 est appliqué pour préserver la protection des renseignements du Cabinet contre la divulgation, ce cas est clairement régi par la loi, savoir l'article 39, qui est un texte de loi adopté par le Parlement pour produire des effets dans son domaine reconnu de compétence législative. Primauté du droit ne signifie pas garantie de la suprématie de la common law. En fait, l'«ordre réel de droit positif» fait que les lois valides priment la common law. L'État est tenu de respecter la loi au même titre que les citoyens. Cela ne veut pas dire que la règle de droit doit produire les mêmes effets à l'égard de tout citoyen ou toute institution du pays. Le principe de la primauté du droit n'entraîne pas l'invalidité d'une loi qui a pour effet d'autoriser des représentants de l'État à indiquer que certains documents échappent à la divulgation, c'est-à-dire que la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, ont reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial. Le principe de la primauté du droit n'est donc pas un facteur sur lequel on pourrait se fonder pour écarter les dispositions de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

iv) En ce qui concerne l'indépendance de la magistrature, les appelants ont soutenu que toute limitation de la compétence des tribunaux, qui les empêche dans certains cas de contrôler des décisions du gouvernement, est une violation de l'indépendance, constitutionnellement garantie, de la magistrature. L'article 39 ne porte nullement atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges. Cet article est un texte de loi publique applicable dans diverses circonstances qui n'a pas été adopté en fonction d'une affaire particulière soumise au tribunal. L'invocation de l'article 39 n'exerce pas une pression inappropriée sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce; il se voit tout simplement interdire par une loi fédérale de rendre certaines décisions. En fait, la disposition en question est tout bonnement une autre forme de clause privative. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'alinéa 11(d) de la Charte constituent les limitations constitutionnelles essentielles de la pratique consistant à investir les autorités non judiciaires comme le greffier du Conseil privé de certaines fonctions soustraites au contrôle du pouvoir judiciaire. La délivrance des attestations dont s'agit ne peut être qualifiée de fonction traditionnelle et nécessaire

graph 11(d): the proceeding before the Commission is not a trial of anyone's guilt and if it were so considered then the Commission would not be constitutionally allowed to conduct it.

(2) The appellants argued that if section 39 is constitutionally valid, it should not apply because Parliament cannot authorize the Executive to shield its own conduct from constitutional scrutiny by employing section 39. But the statement of claim did not allege misconduct on the part of the Executive. Even if the Commission is a forum where unlawful conduct by the Executive may be relevant to the making of recommendations, the inquiry is concerned with the conduct of RCMP officers and not of the Executive. Any findings which might be made about the conduct of the Prime Minister's Office or other members of the Executive will presumably be incidental to findings concerning conduct of the RCMP and cannot be legally determinative of whether such persons have done something constitutionally unlawful. Therefore the withholding of documents containing confidences pursuant to section 39 cannot prevent any definitive determination of constitutionally unlawful behaviour, which would have to be made by a court in an action brought for the purpose of obtaining redress for such behaviour, against those alleged to be guilty of it i.e. by way of judicial review of the Clerk's certificate.

The consequences of accepting the appellants' arguments would be that section 39 would not apply where there was the merest allegation that Cabinet documents might reveal policy or operating decisions arguably inconsistent with the rights of certain individuals. This would severely attenuate the absolute protection of Cabinet communications from disclosure which section 39 now affords. There is no basis upon which section 39 should be held to be inapplicable to the circumstances.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III.
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. 1, 2(b), 7, 11(d).

d'une cour supérieure telle qu'elle était envisagée en 1867; pareille attestation ne va donc pas à l'encontre de l'article 96. Elle ne fait pas non plus partie intégrante de la conduite d'un procès au sens de l'alinéa 11d) de la Charte: l'audience devant la Commission n'est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit et, l'eût-elle été, la Commission n'aurait pas été habilitée à la tenir en vertu de la Constitution.

2) Les appelants ont soutenu que l'article 39, eût-il été constitutionnellement valide, n'était pas applicable puisque le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses actes à l'examen à la lumière de la Constitution en recourant à l'article 39. Cependant, la déclaration n'énonce aucune allégation d'inconduite de la part de l'exécutif. Même à supposer qu'on puisse considérer la Commission comme un forum où les agissements illégaux de l'exécutif peuvent entrer en ligne de compte dans la formulation de ses recommandations, l'enquête vise le comportement des agents de la GRC et non celui de l'exécutif. Toute conclusion qu'elle aurait pu tirer sur les agissements du bureau du premier ministre et d'autres membres de l'exécutif serait forcément accessoire aux conclusions concernant les agissements de la GRC et ne saurait permettre, sur le plan juridique, de conclure si ces personnes ont fait quelque chose d'illégal sur le plan constitutionnel. En conséquence, le refus, en application de l'article 39, de communiquer des documents renfermant des renseignements confidentiels ne peut exclure tout jugement définitif d'agissements inconstitutionnels, lequel appartient au tribunal qui serait saisi de l'action intentée en réparation de ces agissements, contre ceux qui en seraient coupables, c'est-à-dire par voie de contrôle judiciaire contre l'attestation du greffier du Conseil privé.

Faire droit aux arguments des appelants reviendrait à décider que l'article 39 est inapplicable chaque fois qu'il y a la moindre allégation que des renseignements du Cabinet pourraient révéler des décisions d'orientation générale ou d'application spécifique, dont on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte aux droits de certains individus. Ceci aurait pour effet de réduire de façon draconienne la protection absolue des délibérations du Cabinet contre la divulgation, que l'article 39 garantit à l'heure actuelle. Il n'y a rien qui permette de juger que l'article 39 est inapplicable dans les circonstances.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7, 11d).
Colonial Laws Validity Act, 1865, (R.-U.) 28-29 Vict., ch. 63, art 2.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.

- Colonial Laws Validity Act, 1865*, (U.K.), 28-29 Vict., c. 63, s. 2.
- 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], s. 52.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41(2).
- 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. 45.35 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.42 (as enacted *idem*), 45.43 (as enacted *idem*), 45.44 (as enacted *idem*), 45.45(14) (as enacted *idem*), 45.46(3) (as enacted *idem*).
- Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], ss. 2, 7.
- L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5], art. 91, 92.
- 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], art. 52.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2° Supp.), ch. 10, art 41(2).
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 45.35 (édicte par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 8, art. 16), 45.42 (édicte, *idem*), 45.43 (édicte, *idem*), 45.44 (édicte, *idem*), 45.45(14) (édicte, *idem*), 45.46(3) (édicte, *idem*).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 5).
- Proceedings against the Crown Act (The)*, R.S.S. 1965, ch. 87, art. 5(7).
- Statut de Westminster, 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27], art. 2, 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *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; *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.); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] 11 W.W.R. 51 (Sask. C.A.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

DISTINGUISHED:

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; *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

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *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; *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.); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] 11 W.W.R. 51 (C.A. Sask.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

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; *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; revg *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185; [1984] 3 W.W.R. 353; 51 B.C.L.R. 175 (S.C.).

CONSIDERED:

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.), [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *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; *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; *R. v. Mills*, [1999] S.C.J. No. 68 (QL); *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *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; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

REFERRED TO:

Dixon v. Canada (Governor in Council), [1997] 3 F.C. 169; (1997), 149 D.L.R. (4th) 269; 3 Admin. L.R. (3d) 306; 218 N.R. 139 (C.A.); *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289; 1 C.R.R. (2d) 193; 114 N.R. 255 (C.A.); *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *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.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., Toronto: Carswell, 1992.
Montesquieu, Charles de Secondat (Baron). *De l'esprit des lois*, Paris: H. Bossange, 1827.
Moore, Christopher. *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997.

B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; inf. *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185; [1984] 3 W.W.R. 353; 51 B.C.L.R. 175 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *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; *Carey v. 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; *R. c. Mills*, [1999] A.C.S. n° 68 (QL); *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *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; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

DÉCISIONS CITÉES:

Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil), [1997] 3 C.F. 169; (1997), 149 D.L.R. (4th) 269; 3 Admin. L.R. (3d) 306; 218 N.R. 139 (C.A.); *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289; 1 C.R.R. (2d) 193; 114 N.R. 255 (C.A.); *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *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.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321.

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (édition en feuilles mobiles), Toronto: Carswell, 1992.
Montesquieu, Charles de Secondat (Baron). *De l'esprit des lois*, Paris: H. Bossange, 1827.
Moore, Christopher. *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997.

APPEAL from a F.C.T.D. judgment dismissing an action for a declaration that *Canada Evidence Act*, section 39 is unconstitutional (*Singh v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 F.C. 583 (T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Joseph J. Arvay, Q.C. for appellants.
Ivan G. Whitehall, Q.C. and *Simon Fothergill* for respondents.
Barbara L. Fisher for intervenor RCMP Public Complaints Commission.

SOLICITORS OF RECORD:

Arvay Finlay, Victoria, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for intervenor RCMP Public Complaints Commission.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal from a decision of McKeown J. [[1999] 4 F.C. 583 (T.D.)] in which he dismissed the appellants' action for a declaration that section 39 of the *Canada Evidence Act*¹ is unconstitutional.

Facts

[2] In November 1997 an Asian Pacific Economic Cooperation Conference (APEC Conference) was held in Vancouver, attended by heads of government of Pacific rim countries. The appellants, among others, were involved in demonstrations on the occasion of travel around Vancouver by the respective heads of government. Subsequently approximately 52 complainants, including the appellants, filed complaints with the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints

APPEL contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une action pour jugement déclarant inconstitutionnel l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada (Singh c. Canada (Procureur général)*, [1999] 4 C.F. 583 (1^{re} inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Joseph J. Arvay, c.r., pour les appelants.
Ivan G. Whitehall, c.r., et *Simon Fothergill* pour les intimés.
Barbara L. Fisher pour l'intervenante la Commission des plaintes du public contre la GRC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Arvay Finlay, Victoria, pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.
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 du jugement rendus par

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] Il y a en l'espèce appel formé contre la décision par laquelle le juge McKeown [[1999] 4 C.F. 583 (1^{re} inst.)] a rejeté l'action des appelants en jugement déclaratoire portant inconstitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹.

Les faits de la cause

[2] En novembre 1997, une conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique (la conférence de l'APEC) a réuni à Vancouver les chefs de gouvernement des pays riverains du Pacifique. Les appelants participaient parmi d'autres à des manifestations lors des déplacements de divers chefs de gouvernement dans la ville de Vancouver. Subséquemment, quelque 52 plaignants, dont les appelants, ont saisi la Commission des plaintes du public contre la Gendar-

Commission (the Commission) alleging various forms of misconduct by personnel of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP).

[3] The Commission is established under the *Royal Canadian Mounted Police Act*.² The nature of its jurisdiction may be seen in section 45.35 which reads in part as follows:

45.35 (1) Any member of the public having a complaint concerning the conduct, in the performance of any duty or function under this Act, of any member or other person appointed or employed under the authority of this Act may, whether or not that member of the public is affected by the subject-matter of the complaint, make the complaint to

(a) the Commission;

The Commission is empowered to hold hearings and has the necessary powers to summon witnesses.³ On completion of the hearing, the Commission is to send to the Minister and the RCMP Commissioner an interim report "setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission sees fit".⁴ After the RCMP Commissioner has stated in writing how he intends to respond to the report, the Commission Chairman is to make a final report to the Minister (the Solicitor General of Canada), the Commissioner and the parties, "setting out such findings and recommendations with respect to the complaint as the Commission Chairman sees fit".⁵

[4] After the resignation of the first panel appointed by the Chair of the Commission to hear these complaints, she appointed Mr. E. N. Hughes, Q.C. as a member of the Commission to conduct this hearing. His terms of reference are to:

. . . inquire into all matters touching upon these complaints, to hear all evidence relevant thereto, to ensure a full and fair hearing in respect of these complaints and to report at the conclusion of the hearing such findings of fact and recommendations as are warranted, and, without limiting the generality of the foregoing, to inquire into and to report on:

(a) the events that took place during, or in connection with, demonstrations during the Asia Pacific Economic Cooperation ("APEC") Conference in Vancouver, B.C. between November 23 and 27, 1997 on or near the UBC Campus and subsequently at the UBC and

merie royale du Canada (la Commission) de plaintes contre diverses formes d'inconduite d'agents de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[3] Cette Commission a été créée par la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*², dont l'article 45.35 définit sa compétence notamment comme suit:

45.35 (1) Tout membre du public qui a un sujet de plainte concernant la conduite, dans l'exercice de fonctions prévues à la présente loi, d'un membre ou de toute autre personne nommée ou employée sous le régime de celle-ci peut, qu'il en ait ou non subi un préjudice, déposer une plainte auprès soit:

a) de la Commission;

La Commission est habilitée à tenir des audiences et à convoquer les témoins³. Une fois la plainte entendue, elle doit adresser au ministre et au commissaire de la GRC un rapport provisoire «énonçant les conclusions et les recommandations qu'elle estime indiquées»⁴. Après que le commissaire de la GRC aura fait savoir par écrit la suite qu'il entend réserver à ce rapport, le président de la Commission présente au ministre (c'est-à-dire au solliciteur général), au commissaire et aux parties, son rapport final «énonçant les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées»⁵.

[4] La première formation d'enquête qu'elle avait chargée d'entendre les plaintes en question ayant démissionné, la présidente de la Commission a désigné M. E. N. Hughes, c.r., en qualité de membre de la Commission chargé d'entendre les mêmes plaintes, avec pour mission:

[TRADUCTION] [. . .] d'enquêter sur toutes les questions touchant ces plaintes, d'entendre tous les témoignages y relatifs, de veiller à l'audition pleine et juste des mêmes plaintes et de soumettre, à l'issue de l'enquête, les conclusions sur les faits et les recommandations qui s'imposent, et en particulier, d'enquêter sur les questions suivantes et d'en rendre compte:

a) savoir ce qui s'est passé à l'occasion et en marge des manifestations lors de la conférence de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique («APEC») à Vancouver (C.-B.), entre le 23 et le 27 novembre 1997, sur le campus de l'UBC ou dans le voisinage, et par la

Richmond Detachments of the RCMP;

- (b) whether the conduct of members of the RCMP involved in the events was appropriate to the circumstances;
- (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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁶

In a sitting of the Commission on March 5, 1999 Mr. Hughes observed, after quoting these terms of reference:

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. The consequences for a member of the Force, whose conduct, if found to have been inappropriate in the circumstances or inconsistent with respect for the Fundamental Freedoms guaranteed by section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can be devastating indeed, given the disciplinary procedures within the Force that could be triggered by such a finding.⁷

Quoting various statements by certain complainants and their counsel he observed:

... I sense an overriding desire on the part of some to play out some other agenda which in turn has resulted in a glossing over in some minds of what is my fundamental duty in this matter.⁸

He was, however, asked to make declarations that the Commission has the jurisdiction to investigate whether the Prime Minister or members of his Office or of the Privy Council Office or of the Government of Canada gave improper orders or directions to any members of the RCMP respecting security at the APEC Conference, that it has jurisdiction to make findings to this effect, and that it has the jurisdiction to make recommendations to the Commissioner of the RCMP concerning political interference in RCMP operations by the persons referred to above. He stated in response that he could so inquire, could make such findings and such recommendations, "if the evidence is supportive of me doing so".⁹ This ruling is not in dispute before us. Counsel did confirm to us that the members of the RCMP who are the objects of complaints within the ambit of section 45.35 of the RCMP Act have not

suite, aux sièges des détachements UBC et Richmond de la GRC;

- b) savoir si les agissements des membres de la GRC dans le contexte de ces incidents étaient appropriés aux circonstances.
- c) savoir si la conduite des membres de la GRC dans le contexte de ces incidents était conforme au respect des libertés fondamentales que garantit l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁶

Lors de l'audience du 5 mars 1999 de la Commission, M. Hughes a fait l'observation suivante, après avoir évoqué les détails ci-dessus de la mission dont il était investi:

[TRADUCTION] Le point focal de cette enquête est la conduite des agents de la Gendarmerie qui font l'objet d'une ou de plusieurs plaintes. Tels sont le but, la fonction et la raison d'être de cette enquête. Les conséquences pourront en être dévastatrices pour l'agent de la GRC dont la conduite est jugée irrégulière eu égard aux circonstances ou contraire au respect des libertés fondamentales que garantit l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, vu les mesures disciplinaires internes que pareille conclusion pourrait déclencher.⁷

Citant les déclarations de certains plaignants et de leurs avocats, il a fait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] [. . .] Je sens chez certains le désir dominant de poursuivre d'autres desseins, au point d'en arriver à perdre de vue ce que sont mes responsabilités fondamentales dans cette affaire.⁸

Les plaignants lui ont cependant demandé de juger que la Commission a compétence pour examiner si le premier ministre ou des membres de son bureau, du Bureau du Conseil privé ou du gouvernement du Canada avaient donné des directives ou des ordres inappropriés à des agents de la GRC sur les mesures de sécurité à la conférence de l'APEC, pour tirer des conclusions en ce sens, et pour faire au commissaire de la GRC des recommandations au sujet de l'ingérence politique par ces autorités dans le travail de la GRC. Il a fait savoir en réponse qu'il était habilité à tirer les conclusions et recommandations de ce genre [TRADUCTION] «si les preuves et témoignages produits le justifient».⁹ Cette décision n'est pas en cause. L'avocat des intimés a bien confirmé à l'intention de la Cour que les agents de la GRC visés par les plaintes formulées sous le régime de l'article 45.35 de la

suggested any defence of superior orders. It is no longer in dispute that there were discussions between officials of the Prime Minister's Office and personnel of the RCMP concerning security arrangements. It is the position of the Attorney General of Canada, however, that these did not constitute instructions to, or interference with, the RCMP in the conduct of their security functions at the APEC Conference. It is obviously the position of some or all of the complainants that there was such direction and interference from political sources which had the effect of causing the RCMP to infringe their 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]] rights. The hearings continue.

[5] On April 8, 1998 counsel for the Commission wrote to counsel for the government requesting that the Government of Canada disclose to the panel all government records relevant to the hearing. In partial response to this, two successive clerks of the Privy Council have filed certificates under subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act*¹⁰ certifying that the information contained in certain documents constitutes confidences of the Queen's Privy Council for Canada. By the provisions of section 39 this means that the documents shall not be disclosed and the Court is unable to examine them to determine if the Clerk's determination is correct or if the public interest warrants a refusal to disclose. Section 39 provides as follows:

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

Loi sur la GRC n'excipaient nullement de l'obéissance aux ordres supérieurs. Il est constant qu'il y a eu des communications entre des responsables du bureau du premier ministre et des responsables de la GRC sur les mesures de sécurité. Le procureur général du Canada tient cependant que ces communications ne constituaient ni des instructions ni une ingérence dans l'exercice par la GRC de ses fonctions de sécurité à la conférence de l'APEC. Bien entendu, certains ou l'ensemble des plaignants soutiennent qu'il y avait instructions et ingérence de la part des hommes politiques, qui ont poussé la GRC à porter atteinte aux droits que leur garantit 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° 44]]. Les audiences se poursuivent encore.

[5] Le 8 avril 1998, le conseiller juridique de la Commission a écrit à l'avocat représentant le gouvernement pour demander que celui-ci communique à la formation d'enquête tous les dossiers gouvernementaux ayant un rapport avec l'audition des plaintes. Par suite, deux greffiers successifs du Conseil privé ont déposé, en application du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁰, l'attestation que les renseignements contenus dans certains documents demandés sont des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ce qui signifie, selon les dispositions de l'article 39, que les documents en question ne seront pas divulgués et que la Cour ne peut pas les examiner pour décider si la décision du greffier est fondée ou si l'intérêt général justifie le refus de divulgation. Voici ce que prévoit cet article 39:

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

[6] It appears that the Commission counsel who originally requested these documents has taken no further proceeding to obtain them. However the present appellants commenced this action on April 13, 1999 seeking a declaration that section 39 of the *Canada Evidence Act* is inconsistent with paragraph 2(b) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and not justifiable under section 1 thereof; and a declaration that section 39 is inconsistent with 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

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[6] Il appert que le conseiller juridique de la Commission qui avait demandé ces documents à l'origine n'a rien fait de plus pour en obtenir communication. De leur côté cependant, les appelants ont intenté le 13 avril 1999 leur action en jugement déclarant que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* va à l'encontre de l'alinéa 2b) et de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'est pas justifiable au regard de l'article premier de ce texte; et que le même article 39 est incompatible 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

Constitution” and is beyond the powers of Parliament. By reasons dated June 25, 1999 McKeown J. dismissed the action. He concluded that section 39 is *intra vires* of Parliament and he could identify no Charter violation. He further found that the so-called “fundamental and organizing principles of the Constitution”, to the extent that they may assist the courts in filling in “gaps” in the written Constitution, had no application to this issue. He further dismissed an alternative argument raised at trial by the plaintiffs to the effect that even if section 39 is not *per se* invalid it could not validly be applied so as to allow the executive branch of government to conceal its own violation of the Constitution. He noted that the plaintiffs have not established any violation of the Constitution in the sense of section 39 being an invalid law (if the gravamen of the plaintiffs’ case is that the executive was relying on an invalid law which prevents disclosure of documents). He also was of the view that there is no evidence to indicate that the exercise by the Clerk of the power under section 39 was arbitrary or malicious (if the gravamen of the plaintiffs’ case is that the decision to issue the certificate was not made on proper grounds).

[7] The appellants appeal from that decision on the ground that the Trial Judge should have found that section 39 of the *Canada Evidence Act* is *ultra vires* Parliament because of the “fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution”: namely, the independence of the judiciary, the rule of law, and the separation of powers. They also argue in the alternative that the Trial Judge should have read down section 39 so as not to apply in the circumstances of this case, those circumstances being that the Executive allegedly acted unconstitutionally in directing the police to infringe the Charter rights of the complainants appearing before the Commission, and that such unconstitutional conduct would be disclosed by the documents now sought whose disclosure is prevented by section 39 of the *Canada Evidence Act*. The appellants thus assert a principle that section 39 cannot be constitutionally applied by the Executive so as to

avec les «principes fondamentaux et structurels de la Constitution» et excède les pouvoirs du Parlement. Par motifs de jugement en date du 25 juin 1999, le juge McKeown les a déboutés de leur action, concluant que l’article 39 relevait de la compétence du Parlement, que lui-même ne voyait aucune violation de la Charte, et que les soi-disant «principes fondamentaux et structurels de la Constitution», dans la mesure où ils pourraient permettre au juge de suppléer aux «lacunes» dans la Constitution écrite, n’avaient pas application en l’espèce. Il a également rejeté l’argument subsidiaire proposé par les demandeurs à l’audience, savoir qu’à supposer que l’article 39 ne soit pas en soi invalide, il ne pourrait s’appliquer valablement de façon à permettre au pouvoir exécutif de dissimuler sa propre violation de la Constitution. Le juge McKeown a noté que les demandeurs n’avaient fait la preuve d’aucune violation de la Constitution tenant au fait que l’article 39 est un texte de loi invalide (si le chef de plainte des demandeurs était que le pouvoir exécutif s’appuyait sur un texte de loi invalide qui empêche la divulgation de documents). Il a également conclu qu’il n’y avait aucune preuve que l’exercice par le greffier du Conseil privé du pouvoir prévu à l’article 39 était arbitraire ou malveillant (si le chef de plainte des demandeurs était que la décision de délivrer l’attestation en la matière n’était pas fondée sur des motifs légitimes).

[7] Les appelants interjettent appel de cette décision par ce motif que le juge de première instance aurait dû conclure que l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel au regard des «principes fondamentaux non écrits de la Constitution canadienne», savoir l’indépendance de la magistrature, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs. Ils soutiennent aussi subsidiairement que le juge de première instance aurait dû donner de l’article 39 une interprétation restrictive de façon à ne pas l’appliquer aux circonstances de la cause, ces circonstances étant que l’exécutif avait agi, disent-ils, de façon inconstitutionnelle en donnant à la police l’ordre de porter atteinte aux droits que la Charte garantit aux plaignants comparissant devant la Commission, et que pareille conduite inconstitutionnelle serait révélée par les documents demandés et dont l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* empêche la divulgation. Ils

prevent the disclosure to the Commission of evidence of its own unconstitutional conduct.

[8] At the hearing of the appeal the appellants did not argue that section 39 is contrary to the Charter.

[9] At the opening of the hearing before us the appellants applied to introduce new evidence, largely consisting of transcripts of conversations among RCMP personnel in which reference is made to the views, or presumed views, of personnel of the Prime Minister's Office. Such evidence, which had only become available in this form at the end of September 1999, consisted for the most part of hearsay. The Court refused to receive the new evidence in that it lacked intrinsic probative value and that, in any event, it did not meet the criterion for the admission of new evidence that it be practically determinative of the matter before the Court. The Court in this appeal is not called upon to determine the truth—now much disputed in hearings before the Commission—as to what the personnel of the RCMP did in relation to the APEC Conference and why they did it.

Issues

[10] The issues are as follows:

(1) Is section 39 of the *Canada Evidence Act ultra vires* Parliament because of the “fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution [which] . . . include the independence of the judiciary, the rule of law and the separation of powers”?

(2) Should section 39 be read down or otherwise rendered inapplicable in the circumstances of this case?

Analysis

[11] I wish to make clear at the outset that I am in general agreement with the conclusions of the learned Trial Judge and find in his decision no reviewable error. I only wish to elaborate on certain aspects of the matter. I also would observe that the appellants have made a strong argument against the policy embodied

soutiennent ainsi que l'article 39 n'est pas constitutionnellement applicable par le pouvoir exécutif pour prévenir la divulgation à la Commission des preuves de ses propres agissements inconstitutionnels.

[8] Devant la Cour, les appelants ne soutenaient pas que l'article 39 allait à l'encontre de la Charte.

[9] À l'ouverture de l'audience, ils ont demandé à produire des éléments de preuve nouveaux, lesquels consistent en grande partie en transcriptions de conversations entre agents de la GRC faisant état des avis, réels ou supposés, de responsables du bureau du premier ministre. Ces éléments de preuve, qui n'étaient devenus disponibles sous cette forme qu'à la fin de septembre 1999, consistaient surtout en propos rapportés par ouï-dire. La Cour a refusé de les admettre parce qu'ils n'avaient aucune valeur probante intrinsèque et qu'en tout cas, ils ne satisfaisaient à la condition d'admissibilité des preuves nouvelles, savoir qu'elles doivent être pratiquement déterminantes du litige. Dans cet appel, la Cour n'est pas appelée à découvrir la vérité—laquelle est encore fort disputée devant la Commission—pour ce qui est de savoir ce qu'ont fait les agents de la GRC à l'occasion de la Conférence de l'APEC et pourquoi ils l'ont fait.

Les points en litige

[10] Voici les points litigieux:

1) L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est-il inconstitutionnel au regard des «principes fondamentaux et non écrits de la Constitution, savoir l'indépendance de la magistrature, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs»?

2) Faut-il donner de l'article 39 une interprétation restrictive ou une interprétation telle qu'elle ne s'applique pas aux circonstances de la cause?

Analyse

[11] Je dois souligner pour commencer que je partage dans l'ensemble les conclusions du juge de première instance et ne vois dans sa décision aucune erreur susceptible de réformation. Je tiens seulement à approfondir certains points. Je dois aussi noter que les appelants ont proposé un argument convaincant

in subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act*, preventing as it does the review by courts of the executive's characterization of particular documents as containing confidences of the Queen's Privy Council for Canada. That policy treats Cabinet confidences as a class of documents which can only be disclosed in circumstances permitted by the *Canada Evidence Act*. Further, it prevents a court from determining for itself whether such documents are in fact Cabinet confidences. The appellants argue for a policy by which there would be no immunity as a class for this type of document: instead a court should be able to examine them to determine if they are of that class and, if so, whether on balance they should be disclosed anyway. But it is not for the Court to determine the wisdom of the policy embodied in the *Canada Evidence Act* if it breaches no constitutional requirement.

A. Validity of Section 39 of the *Canada Evidence Act*

[12] The appellants focussed their arguments on the invocation of so-called "fundamental, unwritten principles" of the Constitution which they largely derive from general comments made in the Supreme Court in two reference cases: namely, *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*¹¹ and *Reference re Secession of Quebec*.¹² The observations in these cases are of a general nature. Furthermore, both references dealt with matters not specifically dealt with in the Constitution and not subject to a well-established jurisprudence. I do not interpret them as having put an end to another constitutional principle, namely the supremacy of Parliament or the supremacy of legislatures when acting in their own domain. I will turn to this principle of the Constitution first and then deal with those invoked by the appellants.

(i) Parliamentary Sovereignty

[13] In *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy Mines and Resources)*,¹³ a case where

contre la politique incarnée dans le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui interdit au juge de remettre en question l'attestation faite par l'exécutif que tel ou tel document renferme des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Cette politique fait des documents confidentiels du Cabinet une catégorie de documents qui ne peuvent être divulgués que dans les circonstances prévues par cette Loi. Au surplus, elle interdit au juge de décider pour lui-même si des documents de ce genre sont en fait des renseignements confidentiels du Cabinet. Les appelants préconisent une politique telle qu'il n'y aurait pas une exemption systématique des documents de ce genre, et que le juge serait en mesure d'examiner s'ils relèvent d'une telle catégorie et, dans l'affirmative, si, tout bien pesé, il faut quand même les divulguer. Il n'appartient cependant pas à la Cour de se prononcer sur la sagesse de la politique incarnée dans la *Loi sur la preuve au Canada* du moment que celle-ci ne porte atteinte à aucun impératif constitutionnel.

A. La validité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*

[12] L'argumentation des appelants est centrée sur les soi-disant «principes fondamentaux non écrits» de la Constitution, qu'ils dégagent en grande partie des conclusions de portée générale tirées par la Cour suprême dans deux renvois, savoir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*¹¹ et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹². Les observations faites par la Cour dans ces deux causes ont une portée générale. Au surplus, l'un et l'autre renvois portaient sur des questions qui ne sont pas expressément prévues dans la Constitution et qui ne font l'objet d'aucune jurisprudence établie. Je ne les interprète pas comme ayant mis fin à un autre principe constitutionnel, savoir celui de la suprématie du Parlement ou de la suprématie des assemblées législatives agissant dans leur domaine de compétence. J'examinerai en premier lieu l'affaire en instance au regard de ce principe constitutionnel, avant de passer aux principes invoqués par les appelants.

(i) La souveraineté parlementaire

[13] Dans *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des*

the Supreme Court of Canada declined to order the Executive to produce documents sought by the Auditor General, Chief Justice Dickson said:

The *grundnorm* with which the courts must work in this context is that of the sovereignty of Parliament. The ministers of the Crown hold office with the grace of the House of Commons and any position taken by the majority must be taken to reflect the sovereign will of Parliament. Where Parliament has indicated in the *Auditor General Act* that it wishes its own servant to report to it on denials of access to information needed to carry out his functions on Parliament's behalf, it would not be appropriate for this Court to consider granting remedies for such denials, if they, in fact, exist.

[14] It appears that the appellants' arguments are largely based on the premise that parliamentary sovereignty is not one of the principles of the Constitution, or at least ceased to be at some time around 1982 when the Charter was adopted and section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] was enacted. They explicitly relied on the argument before the Trial Division on a statement by the Supreme Court in the *Quebec Secession Reference* as follows:

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. 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 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.¹⁴

[15] It is uncertain what significance should be given to this statement, since the supremacy of the Constitu-

Ressources)¹³, où la Cour suprême du Canada s'est refusée à ordonner à l'exécutif de produire les documents demandés par le vérificateur général, le juge en chef Dickson s'est prononcé en ces termes:

La règle fondamentale que les tribunaux doivent appliquer dans ce contexte est celle de la souveraineté du Parlement. Les ministres de la Couronne restent en fonction suivant le bon vouloir de la Chambre des communes et toute position qu'adopte la majorité est censée refléter la volonté souveraine du Parlement. Étant donné que le Parlement a indiqué, dans la *Loi sur le vérificateur général*, qu'il souhaitait que son propre préposé lui fasse rapport sur les refus d'accès à des renseignements nécessaires à l'exercice de ses fonctions pour le compte du Parlement, il ne serait pas opportun que cette Cour envisage, le cas échéant, d'accorder réparation pour de tels refus.

[14] Il appert que l'argumentation des appelants est largement fondée sur le postulat que la souveraineté du Parlement n'est pas l'un des principes constitutionnels, ou à tout le moins a cessé de l'être vers 1982, année de l'adoption de la Charte et de l'article 52 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]]. En première instance, ils se sont explicitement appuyés sur cette conclusion tirée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*:

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. 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. 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 source¹⁴.

[15] On ne sait pas trop quelle importance il faudrait attacher à l'observation ci-dessus, puisque la supréma-

tion was established well before 1982 and even before Confederation in 1867. Canada recognized the British Parliament as the proper authority for enactment of our Constitution down to and including 1982 when section 52 of the *Constitution Act, 1982* was adopted. It was a legal doctrine of the British Empire that imperial laws (that is, enactments of Westminster) applying to a colony were supreme over colonial laws. This position was codified by statute, the *Colonial Laws Validity Act, 1865*,¹⁵ section 2 of which provided that:

2. Any colonial law, which is or shall be repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such laws may relate . . . shall be read subject to such Act . . . and shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

The British North America Act, 1867 [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5]], was an imperial law extending to the colony of Canada and its supremacy was thus assured as long as Westminster was the recognized legislative authority for Canada in constitutional matters. While ordinary Canadian laws were freed from the application of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*, and thus from the paramountcy of British laws, by the *Statute of Westminster, 1931*,¹⁶ the latter statute preserved the supremacy in Canada of the B.N.A. Acts over local laws. It is no accident that a new supremacy clause was inserted in subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Subsection 52(2) of that Act partially defines the Constitution of Canada to include the legislation listed in the Schedule to the Act. The *Colonial Laws Validity Act, 1865* is not so listed. To avoid any uncertainty as to the continuing supremacy of the Constitution it was therefore necessary to insert subsection 52(1) to provide that:

52. (1) The 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.

[16] If indeed before 1982 the Constitution of Canada, then consisting of the B.N.A. Acts and certain

tie de la Constitution était reconnue bien avant 1982 et même avant la Confédération en 1867. Le Canada reconnaissait le Parlement britannique comme l'autorité compétente pour l'institution de notre Constitution jusqu'en 1982, année où l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fut adopté. La doctrine juridique de l'Empire britannique posait que les lois impériales (c'est-à-dire les lois de Westminster) s'appliquant à une colonie primaient les lois coloniales. Ce principe a été codifié dans une loi écrite, *Colonial Laws Validity Act, 1865*¹⁵, dont l'article 2 portait:

[TRADUCTION]

2. Toute loi, qui est ou sera incompatible avec les dispositions d'un Acte du Parlement s'appliquant à la colonie à laquelle cette loi peut se rapporter [. . .] est subordonnée à cet Acte [. . .] et sera, dans les limites de cette incompatibilité, absolument nulle et inopérante.

L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5]] était une loi impériale s'appliquant à la colonie du Canada, et sa suprématie était assurée tant que le Parlement de Westminster était l'autorité législative reconnue en matière constitutionnelle pour le Canada. Si les lois canadiennes ordinaires échappaient à l'application du *Colonial Laws Validity Act, 1865* et, partant, à l'ascendance des lois britanniques par l'effet du *Statute de Westminster, 1931*¹⁶, cette dernière loi maintenait la suprématie au Canada des Actes de l'Amérique du Nord britannique sur les lois locales. Ce n'est pas par hasard que la nouvelle disposition sur la suprématie a été insérée dans le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 52(2) de ce texte définit la Constitution du Canada comme comprenant entre autres les textes législatifs figurant à l'annexe, dont est absent le *Colonial Laws Validity Act, 1865*. Pour écarter toute incertitude quant à la suprématie permanente de la Constitution, il était donc nécessaire d'y incorporer le paragraphe 52(1), lequel prévoit ce qui suit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[16] Si avant 1982, la Constitution du Canada, qui était alors constituée des Actes de l'Amérique du Nord

other provisions, was not supreme over federal and provincial laws, it is difficult to understand on what basis our courts, including the Supreme Court of Canada, had ever since Confederation exercised the jurisdiction to strike down such Canadian laws for inconsistency with the division of powers set out in sections 91 and 92 of the B.N.A. Act, 1867. Both before and after 1982 our system was and is one of parliamentary sovereignty exercisable within the limits of a written constitution. These were solely quantitative limits on the exercise of legislative power prior to 1982. It is true that the adoption of the Charter in 1982 added a multitude of qualitative limitations on the exercise of power but it is difficult to ascertain any change in the principle that the Constitution of Canada was and is supreme over ordinary laws. As a result one is driven as before 1982 to looking at the specific requirements of the Constitution to determine whether in a given case Parliament has infringed a constitutional limit (express or implied) on its power.

[17] *Prima facie* the Parliament of Canada in enacting section 39 is dealing with a matter intrinsically within federal jurisdiction, namely the degree to which traditional federal Crown immunities in litigation are to be modified and the extent to which disclosure of confidential documents is to be justiciable. As Chief Justice Dickson said in the *Auditor General* case:¹⁷

In the realm of *Charter* adjudication, s. 1 is “the uniquely Canadian mechanism through which the courts are to determine the justiciability of particular issues that come before it” (Wilson J. in *Operation Dismantle*, *supra*, at p. 491). Ultimately, the courts are constitutionally charged with drawing the boundaries of justiciability, except as qualified by s. 33. By way of contrast, in the residual area reserved for the principle of Parliamentary sovereignty in Canadian constitutional law, it is Parliament and the legislatures, not the courts, that have ultimate constitutional authority to draw the boundaries. It is the prerogative of a sovereign Parliament to make its intention known as to the role the courts are to play in interpreting, applying and enforcing its statutes. While the courts must determine the meaning of statutory provisions, they do so in the name of seeking out the intention or sovereign will of Parliament, however

britannique et de certains autres textes, ne primait pas les lois fédérales et provinciales, il serait difficile de comprendre sur quel fondement nos tribunaux judiciaires, y compris la Cour suprême du Canada, avaient depuis la Confédération exercé leur compétence pour invalider telle ou telle loi canadienne pour incompatibilité avec la séparation des pouvoirs, prévue aux articles 91 et 92 de *L'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Le régime que nous connaissions avant 1982 et que nous connaissons toujours après 1982 est celui de la souveraineté parlementaire dans les limites d'une constitution écrite. Ces limites étaient d'ordre exclusivement quantitatif quant à l'exercice du pouvoir législatif avant 1982. Il est vrai que l'adoption de la Charte en 1982 a ajouté une multitude de limitations qualitatives à l'exercice de ce pouvoir, mais il est difficile de relever un changement quelconque dans le principe que la Constitution primait et prime toujours les lois ordinaires. Par suite, il faut, tout comme avant 1982, se référer aux prescriptions spécifiques de la Constitution pour juger si dans un cas d'espèce, le législatif a excédé une limite constitutionnelle (expresse ou implicite) de son pouvoir.

[17] Sauf preuve du contraire, le Parlement du Canada, en adoptant l'article 39, légifèrerait dans une matière qui relève intrinsèquement de la compétence fédérale, à savoir dans quelle mesure les immunités traditionnelles de l'État fédéral en matière contentieuse doivent être modifiées et dans quelle mesure la divulgation de documents confidentiels est justiciable des tribunaux. Ainsi que l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans la cause *Vérificateur général*¹⁷:

Dans le domaine de la *Charte*, l'article premier «constitue le mécanisme purement canadien par l'intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis» (le juge Wilson, dans *Operation Dismantle*, précité, à la p. 491). Ainsi, en dernier ressort, c'est aux tribunaux qu'il incombe, constitutionnellement, de tracer les limites de cette justiciabilité, sous réserve de l'art. 33. À l'opposé, dans le domaine résiduel où s'applique, en droit constitutionnel canadien, le principe de la souveraineté parlementaire, la délimitation de cette frontière relève du Parlement et des législatures, non des tribunaux. Il est de la prerogative d'un Parlement souverain de faire connaître son intention quant au rôle que joueront les tribunaux dans l'interprétation, l'application et l'exécution de ses lois. Même si les tribunaux doivent décider du sens à donner aux dispositions législatives, ils le

purposely, contextually or policy-oriented may be the interpretative methods used to attribute such meaning. If, then, the courts interpret a particular provision as having the effect of ousting judicial remedies for entitlements contained in that statute, they are, in principle, giving effect to Parliament's view of the justiciability of those rights. The rights are non-justiciable not because of the independent evaluation by the court of the appropriateness of its intervention, but because Parliament is taken to have expressed its intention that they be non-justiciable.

The just-stated view sits comfortably with the occasions on which the courts give effect to so-called privative clauses that explicitly oust judicial review. As a constitutional matter, it is not appropriate for the court to intervene by virtue of the simple fact that Parliament has directed that they must not. [Emphasis added.]

More specifically, the Supreme Court in *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.* upheld subsection 41(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], a predecessor to section 39 of the *Canada Evidence Act*, which in fact provided a broader absolute class immunity covering not only confidences of the Queen's Privy Council but also matters certified to be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations. If certified to concern such matters, documents could not be disclosed and no court could examine them. The Court found that such legislation did not, even in the circumstances of that case involving a demand for documents by a provincially-appointed commission, amount to an interference with provincial areas of jurisdiction. It found that federal Crown privilege is part of federal public law on which Parliament may legislate. The possibility that there might be abuse in the administration of such a law in no way affected Parliament's power to legislate.¹⁸ Speaking of this risk the Court said [at page 228]:

Once Parliament and the provincial legislatures are admitted to have the power to legislate on this matter in

font au nom de la recherche de l'intention ou de la volonté souveraine du Parlement, que les méthodes d'interprétation utilisées à cette fin tiennent compte de l'objet de la disposition, du contexte où elle se trouve ou encore des principes qui la sous-tendent. Donc si les tribunaux interprètent une disposition particulière comme ayant l'effet d'écarter les recours judiciaires à l'égard des droits conférés par cette loi, ils donnent, en principe, effet à l'opinion que se fait le Parlement de la justiciabilité de ces droits. Ces droits ne sont pas justiciables des tribunaux, non pas en raison d'une appréciation que porte indépendamment le tribunal sur l'opportunité de son intervention, mais plutôt parce que le Parlement est censé avoir exprimé son intention de ne pas rendre ces droits justiciables.

Ce point de vue se concilie d'ailleurs fort bien avec les cas où les tribunaux donnent effet aux clauses dites «privatives» faisant expressément échec au contrôle judiciaire. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas approprié que le tribunal intervienne, dès lors que le Parlement le lui interdit. [Non souligné dans l'original.]

Plus spécifiquement, dans *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité de l'ancienne incarnation de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, savoir le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10], qui prévoyait en fait une catégorie plus étendue d'immunité absolue, embrassant non seulement les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine, mais aussi les documents dont l'exécutif attestait que leur divulgation pourrait porter atteinte aux relations internationales, à la défense nationale, à la sécurité, ou aux relations fédérales-provinciales. Une fois un document certifié comme présentant un de ces risques, il ne pouvait être divulgué et le juge n'avait pas le pouvoir de l'examiner. La Cour a jugé que même en cas de demande de communication par une commission nommée par une province, cette disposition ne représentait pas une ingérence dans des domaines de compétence provinciale. Et que le privilège de la Couronne fédérale relève du droit public fédéral, domaine dans lequel le Parlement peut légiférer. La possibilité qu'il puisse y avoir abus dans l'administration d'un texte de ce genre n'amointrit nullement le pouvoir législatif du Parlement¹⁸. Voici ce que la Cour a conclu au sujet de ce risque [à la page 228]:

Dès que l'on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer en cette matière dans

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 denying Parliament and the legislatures their sovereign power to legislate in their respective fields of jurisdiction. [Emphasis added.]

[18] This Court has recognized the validity of a predecessor of section 39 and rejected attacks on it based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. Chief Justice Iacobucci (as he then was) said that such a provision:

. . . is principally aimed at the protection of Cabinet candour in its discussions and Cabinet solidarity, and comes well within the exceptions to stating one's case that have been recognized.

He thus held that it did not represent an impermissible limitation to a "fair hearing".¹⁹

[19] Therefore the principle seems well established that such legislation is clearly within the legislative power of Parliament and the exercise of its supremacy, absent any clear constitutional limitation to the contrary.

[20] The appellants argue, however, that such legislation is contrary to the common law and therefore somehow implicitly unconstitutional. It is true that the provision in question is not the same as current common law on this subject: in the face of such a claim to a Cabinet confidence, modern case law would permit a judge to examine the document to see if the claim is well-founded and if so, whether the public interest in its disclosure would outweigh the

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. [Non souligné dans l'original.]

[18] Notre Cour a confirmé la validité d'une ancienne version de l'article 39 et rejeté sa contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. Le juge Iacobucci (à l'époque juge en chef de la Cour fédérale), a fait observer que cette disposition:

[. . .] vise principalement à protéger la solidarité du Cabinet et la liberté pour lui de s'exprimer spontanément et constitue l'une des exceptions au droit de présenter sa cause qui ont été reconnues.

Il en a conclu qu'elle ne représentait pas une limitation inconstitutionnelle du droit à «l'audition équitable»¹⁹.

[19] Il semble donc bien établi que, sauf restriction constitutionnelle indéniable, pareille disposition de la loi relève bien du pouvoir législatif du Parlement et de l'exercice de sa suprématie.

[20] Les appelants soutiennent cependant que pareille disposition de la loi est contraire à la common law et, de ce fait, implicitement inconstitutionnelle. Il est vrai que cette disposition ne va pas dans le même sens que la common law en vigueur en la matière: en cas d'assertion de confidentialité de renseignements du Cabinet, la jurisprudence contemporaine a permis au juge d'examiner le document pour s'assurer si la revendication est fondée et, dans l'affirmative, si

public interest in its continuing secrecy. (It does not, it should be emphasized, guarantee disclosure of such documents but leaves that decision to the Court.) But even in *Carey v. Ontario* where the Supreme Court held this to be the law, absent legislation, La Forest J. writing for the Court qualified his concern about an absolute claim to immunity as follows:

... I would agree that the business of government is sufficiently difficult that those charged with the responsibility for running the country should not be put in a position where they might be subject to harassment making Cabinet government unmanageable. What I would quarrel with is the absolute character of the protection accorded their deliberations or policy formulation without regard to subject matter, to whether they are contemporary or no longer of public interest, or to the importance of their revelation for the purpose of litigation. Subsequent cases have addressed these issues.²⁰

Thus he contemplated the possibility that legislation might limit the absolute privilege to certain kinds of documents or for certain time periods only (as does section 39 of the *Canada Evidence Act*) and he recognized elsewhere that it is for Parliament to define the extent of the privilege if it so chooses.²¹ Most recently the Supreme Court in *R. v. Mills*²² has confirmed that legislation cannot be presumed unconstitutional simply because it alters the common law.

[21] The rationale for legislation of this type is obvious. I need not add to the literature on the importance, to our system of government, of secrecy of Cabinet deliberations. This legislation, of course, gives an absolute assurance to members of Cabinet and their advisors that the classes of documents specified in section 39 will not even be subject to review by a judge for confidentiality, and therefore it puts beyond doubt the continued secrecy of the document.

[22] It is in any event an oversimplification to characterize this legislation as a drastic impairment of

l'intérêt général que représente sa divulgation l'emporte sur l'intérêt général que représente le maintien de la confidentialité. (Il faut souligner qu'elle ne garantit pas la divulgation du document, mais en laisse la décision au juge.) Mais même dans *Carey c. Ontario*, où la Cour suprême a conclu que telle est la règle de droit applicable, faute de loi écrite à ce sujet, le juge La Forest, prononçant le jugement de la Cour, a tempéré comme suit sa conclusion contre la prétention à l'immunité absolue:

[...] je suis d'accord que gouverner est à ce point difficile que les personnes chargées de la direction du pays ne devraient pas être placées dans une situation où elles pourraient faire l'objet d'un harcèlement qui rendrait impossible le gouvernement par le Cabinet. Je conteste toutefois le caractère absolu de la protection qu'on accorde aux délibérations du Cabinet ou à l'élaboration de politiques, sans égard au sujet en cause, sans se demander si elles sont d'actualité ou si elles ne présentent plus aucun intérêt pour le public, ou sans tenir compte de l'importance que leur divulgation peut avoir dans un procès. Ces questions ont été abordées dans des affaires subséquentes²⁰.

Il évoquait ainsi la possibilité que la législation puisse limiter la protection absolue à certains genres de documents ou pour un certain temps seulement (comme le fait l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*), mais reconnaissait autre part qu'il appartient au législateur de définir l'étendue de cette protection si c'est ce qu'il entend faire²¹. Plus récemment, la Cour suprême a confirmé par son arrêt *R. c. Mills*²², que la loi écrite ne saurait être tenue pour inconstitutionnelle du seul fait qu'elle ne s'accorde pas avec la common law.

[21] La raison d'être d'une loi de ce genre est évidente. Il n'est pas nécessaire d'ajouter à la documentation sur l'importance que revêt le secret des délibérations du Cabinet dans notre système de gouvernement. Le texte de loi en question représente bien entendu pour les ministres et leurs conseillers, l'assurance absolue que les catégories de documents visées à l'article 39 ne seront même pas susceptibles d'examen par un juge pour vérification de leur confidentialité; il ne laisse aucun doute sur le maintien de leur secret.

[22] Ce serait en tout cas simplifier à l'extrême que de voir dans ce texte de loi un atteinte draconienne

common law rights. In fact the common law, until revised by the House of Lords in 1968²³ was more restrictive of disclosure: the House of Lords in *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*²⁴ held that an affidavit of a minister stating that disclosure of documents would be injurious to the public interest would be accepted by the courts as conclusive without examination of the documents themselves. While the House of Lords seemingly reversed itself in 1968 in *Conway v. Rimmer* by holding that the Court could examine documents which were the subject of a minister's claim for immunity, a majority were of the view that Cabinet documents as a class should not be disclosed.²⁵ There was no limitation suggested, for example, as to how old the document could be before the Executive was unable to claim the privilege. At about this time the predecessor legislation to section 39 was first enacted in Canada. While it applied the principles of *Conway v. Rimmer* to most documents it provided absolute immunity without examination by the Court for documents whose disclosure was claimed to be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations or constituting a confidence of the Queen's Privy Council. In 1982 that position was modified so as to limit the absolute claim for non-disclosure, without examination by the Court, to confidences of the Queen's Privy Council. In mitigation of the denial of a right of review by the Court, however, for the first time there was a statutory definition adopted of "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada", and, again for the first time, a time limit was placed on the continuation of that status. The general rule is that such confidences are protected for only 20 years. In the case of discussion papers, where they have led to a decision that has been made public they need no longer be kept secret. The same applies to many discussion papers where decisions have not been made public, if four years have elapsed since the paper was prepared. That result is that a minister or the Clerk of the Privy Council is precisely limited as to what documents he or she can characterize as confidences of the Queen's Privy Council and the period for which documents are free from disclosure without court examination is defined.

aux droits reconnus en common law. En fait, la common law, jusqu'à la réforme par la Chambre des lords en 1968²³, était encore plus restrictive en matière de divulgation: dans *Duncan v. Cammell, Laird & Co. Ltd.*²⁴, la Chambre des lords a jugé que l'affidavit d'un ministre attestant que la divulgation de documents porterait atteinte à l'intérêt général, ferait foi de son contenu, sans vérification aucune des documents eux-mêmes. Bien que la Chambre des lords se soit apparemment ravisée en 1968 dans *Conway v. Rimmer* en décidant que le juge pourrait examiner les documents dont un ministre revendiquait la confidentialité, la majorité était d'avis que les documents du Cabinet, comme tels, n'étaient pas susceptibles de divulgation²⁵. Aucune limite n'était fixée, par exemple, pour la période à l'expiration de laquelle l'exécutif ne pourrait plus revendiquer la confidentialité. C'est à la même époque à peu près que l'ancienne version de l'article 39 a été adoptée. Tout en appliquant les principes dégagés dans *Conway v. Rimmer* à la plupart des documents, il prévoyait la protection absolue sans droit de vérification par le juge, pour les documents dont l'exécutif affirmait que leur divulgation porterait atteinte aux relations internationales, à la défense nationale, à la sécurité ou aux relations fédérales-provinciales, ainsi que pour les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. En 1982, cette disposition a été modifiée de façon à limiter la protection absolue, sans vérification par le juge, aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine. Le déni du droit de regard du juge judiciaire a été cependant tempéré pour la première fois par l'adoption d'une définition légale de «renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada», et pour la première fois aussi, une limitation dans le temps a été instituée pour cette protection. La règle générale est que ces renseignements confidentiels sont protégés pour une période de 20 ans seulement. Les documents de travail qui ont abouti à une décision publique n'ont plus besoin d'être tenus secrets. Il en est de même d'un grand nombre de documents de travail qui n'ont pas débouché sur une décision rendue publique, à l'expiration d'une période de quatre ans. Par suite, un ministre ou le greffier du Conseil privé est astreint à une limitation précise quant aux documents pour lesquels il peut revendiquer la confidentialité à titre de renseignements secrets du Conseil privé

[23] *Prima facie*, then, this appears to be an *intra vires* measure by Parliament to define privileges of the federal Executive in the furtherance of the well-established and well-accepted principles of Cabinet secrecy. In the absence of some clear and compelling constitutional imperative to the contrary the legislation is valid and effective.

[24] I shall now turn to the alleged “fundamental, unwritten principles” of the Canadian Constitution upon which the appellants rely to invalidate this legislation: namely, the separation of powers, the rule of law, and the independence of the judiciary.

(ii) Separation of Powers

[25] The appellants argue that there is a doctrine of separation of powers which prevents Parliament from giving judicial functions to the Executive. They characterize the issuance of a section 39 certificate by the Clerk of the Privy Council as judicial in nature because it involves a determination of whether a court should have access to certain evidence.

[26] The appellants rely essentially on statements by the Supreme Court of Canada in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.) (Judges Reference)*.²⁶ It is true in that case that Chief Justice Lamer writing for the majority said that judicial independence

. . . flows as a consequence of the separation of powers, because these appeals concern the proper constitutional relationship among the three branches of government in the context of judicial remuneration²⁷

He found this doctrine of separation of powers to come from the preamble to the Constitution which provides for “a constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”.

[27] First it should be observed that these comments concurred in by five other judges in the *Judges Reference* were *obiter dicta* as the case was decided

de la Reine et quant à la durée du maintien de cette confidentialité sans vérification de la part de la Cour.

[23] Sauf preuve du contraire donc, le texte de loi en cause est une mesure valablement adoptée par le Parlement pour définir les privilèges de l'exécutif fédéral dans le maintien du principe, bien établi et bien accepté, du secret des délibérations du Cabinet. Faute d'impératif constitutionnel contraire, indéniable et irrésistible, ce texte de loi est valide et a plein effet.

[24] J'en viens maintenant aux soi-disant «principes fondamentaux non écrits» de la Constitution qu'invoquent les appelants pour conclure à l'invalidation du texte de loi en cause, savoir la séparation des pouvoirs, la primauté du droit et l'indépendance du pouvoir judiciaire.

(ii) La séparation des pouvoirs

[25] Les appelants soutiennent que la doctrine de la séparation des pouvoirs interdit au Parlement d'investir l'exécutif de pouvoirs judiciaires. À leur avis, l'attestation délivrée par le greffier du Conseil privé en application de l'article 39 est un acte judiciaire, en ce qu'elle tranche la question de savoir si le juge judiciaire peut examiner certains éléments de preuve.

[26] Ils citent à l'appui les conclusions de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.) (le renvoi sur les juges)*.²⁶ Il est vrai que dans cette cause, le juge en chef Lamer, prononçant le jugement de la majorité, a noté que l'indépendance de la magistrature

[. . .] est une conséquence de la séparation des pouvoirs, comme les présents pourvois concernent les rapports constitutionnels que doivent entretenir les trois pouvoirs de l'État relativement à la rémunération des juges²⁷ [. . .]

Il a noté que la doctrine de la séparation des pouvoirs avait son origine dans le préambule de la Constitution, qui fait état d'«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

[27] Il y a lieu de souligner en premier lieu que l'observation ci-dessus, partagée par cinq autres juges dans le *renvoi sur les juges*, n'était qu'une observation

on the basis of paragraph 11(d) of the Charter.

[28] Secondly it seems difficult to treat the so-called doctrine of separation of powers as prescriptive rather than (loosely) descriptive. If indeed it has its origins in the preamble it is difficult to reconcile the doctrine with the principles of the Constitution of the United Kingdom where, for example, the Lord Chancellor is head of the judiciary, a member of Cabinet, and Speaker of the upper house of Parliament; and where, (similarly to Canada) the Executive is subject to control by the legislature and where members of the Executive are required by convention to be members of the legislative branch of government as well.²⁸ It is generally believed that the notion that the United Kingdom had a strict separation of powers derived from the erroneous observations of Baron Montesquieu in his 18th century work *De l'Esprit des Loix*. His observations, while wrong, nevertheless had considerable influence in the drafting of the U.S. Constitution where a true separation of powers is prescribed. In fact, the preambular reference to a "constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" had its origin in Resolution 4 of the Quebec Resolutions of 1864 and was understood at that time to be an entrenchment of responsible government, that is, a system where the Executive would be responsible to the legislature.²⁹ The very concept was the antithesis of separation of powers. There are many other examples of the mixing of functions among the various branches of government, the most obvious being the statutory power of the Supreme Court of Canada to give advisory opinions, a function not countenanced in systems of true separation of powers such as the United States. In the *Quebec Secession Reference* the Court unanimously confirmed its right to perform this function as follows:

Moreover, 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. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally

incidente puisque la cause a été tranchée au regard de l'alinéa 11d) de la Charte.

[28] En second lieu, il est difficile de voir dans la soi-disant doctrine de la séparation des pouvoirs une norme et non une description (générale). Si de fait elle avait son origine dans le préambule, il est difficile de la réconcilier avec les principes de la Constitution du Royaume-Uni où, par exemple, le lord chancelier est tout à la fois le chef de la hiérarchie judiciaire, un membre du Cabinet et le président de la chambre haute du Parlement, et où (tout comme au Canada), l'exécutif est soumis au contrôle du législatif et où les membres de l'exécutif doivent être, par convention, aussi membres de l'organe législatif du gouvernement²⁸. On pense généralement que l'illusion que le Royaume-Uni observait une stricte séparation des pouvoirs était créée par les observations erronées faites au XVIIIe siècle par Montesquieu dans son ouvrage *De l'Esprit des Loix*. Ces observations, tout erronées qu'elles furent, ont exercé une influence considérable sur la formulation de la Constitution des États-Unis, qui met en place une véritable séparation des pouvoirs. En fait, la mention au préambule d'une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni» avait son origine dans la Résolution 4 des Résolutions de Québec de 1864, et était considérée à l'époque comme traduisant le principe de la responsabilité gouvernementale, savoir un régime dans lequel l'exécutif est comptable devant le législatif²⁹. Ce concept même était l'antithèse de la séparation des pouvoirs. Il y a un grand nombre d'exemples de chevauchement de fonctions entre les trois pouvoirs, le plus visible étant le pouvoir légal de la Cour suprême de Canada de donner des avis consultatifs, fonction que ne sauraient tolérer les régimes véritables de séparation des pouvoirs comme aux États-Unis. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour a confirmé à l'unanimité son droit d'exercer cette fonction en ces termes:

Qui plus est, 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. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie

obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role.³⁰ [Emphasis added.]

It is not surprising that the Court reached this conclusion, as it was there engaged in a celebrated exercise of advising the Executive, answering several hypothetical questions posed by the Governor in Council in the absence of any real “case or controversy” in the legal sense (the criterion in the U.S. for the exercise of judicial power).

[29] In the present context it is difficult to see how, even on the basis of the separation of powers, the refusal of one branch of the Executive, the Privy Council Office, to give to another branch of the Executive,³¹ the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission, both governed by the laws of Parliament, access to certain Cabinet information, can be seen to be a violation of the separation of powers. The appellants argue, however, that for Parliament to deny this Court the right to look at the documents, because the Clerk of the Privy Council has pronounced them to be within section 39, is an illicit conferral of judicial authority on the Clerk of the Privy Council. Why such a determination by the Clerk of the Privy Council is necessarily judicial is not entirely clear. It is the certification of a fact which in effect is binding on the courts because of the particular nature of the subject-matter, just as would be, for example, a certificate from the Secretary of State for Foreign Affairs as to which government is recognized by Canada as the Government of China. This function appears to me to be consistent with the traditional bounds of mutual respect owed by each “branch” of government to the others. For example in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*³² the Supreme Court held that the exercise of inherent privileges of a provincial legislature were not subject to review by the Court under the Charter. In *MacKeigan v. Hickman*³³ it was held that other branches of government could not compel a judge to testify as to how and why he or she arrived at the conclusions reached in a judgment. It is therefore not particularly surprising that courts, at least

en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif³⁰. [Non souligné dans l'original.]

Il n'est pas étonnant que la Cour soit parvenue à cette conclusion, engagée comme elle l'était dans un cas célèbre d'exercice de sa fonction consultative auprès de l'exécutif, répondant à plusieurs questions hypothétiques posées par le gouverneur en conseil en l'absence de tout «litige» réel au sens juridique du terme (lequel litige est aux États-Unis le critère de l'exercice du pouvoir judiciaire).

[29] En l'espèce, on voit mal comment le refus d'une organe de l'exécutif, le Bureau du Conseil privé, de donner à un autre organe de l'exécutif³¹, la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, l'un et l'autre régis par des lois adoptées par le Parlement fédéral, accès à certains renseignements du Cabinet, peut constituer une violation du principe de la séparation des pouvoirs, à même supposer que ce principe soit en vigueur. Les appellants soutiennent cependant que le fait pour le Parlement de dénier à notre Cour le droit d'examiner les documents parce que le greffier du Conseil privé les a déclarés protégés par l'effet de l'article 39, constitue une attribution illicite de pouvoirs judiciaires au greffier du Conseil privé. On ne voit pas très bien comment pareille décision de la part de ce dernier est nécessairement de nature judiciaire. Il s'agit de l'attestation d'un fait, qui a force obligatoire pour le juge en raison de la nature particulière du sujet, tout comme le serait par exemple l'attestation faite par le ministre des Affaires étrangères quant au gouvernement que le Canada reconnaît comme le gouvernement de la Chine. Cette fonction est tout à fait conforme aux paramètres du respect mutuel que chacun des pouvoirs doit aux deux autres. Par exemple, dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*³², la Cour suprême a jugé que l'exercice des privilèges inhérents d'une législature provinciale n'est pas justiciable sous le régime de la Charte. Dans *MacKeigan c. Hickman*³³, il a été jugé que les autres pouvoirs ne pouvaient contraindre un juge à témoigner sur les motifs qui présidaient aux conclusions tirées dans un

when prevented by Act of Parliament from doing so, should refrain from compelling evidence on how and why the Executive Branch made certain policy decisions and what those decisions were. Just as there are fundamental policy reasons of a quasi-constitutional nature as to why legislators should have full control of their procedures and judges should not have to reveal the processes by which they reach a given decision, so the Executive (with the guidance of an Act of Parliament) should be able to identify those documents generated in its internal decision-making process which should not, for the integrity of the system of Cabinet secrecy, be disclosed.

[30] If our system of government must conform to some concept of separation of powers, it should embrace this form of mutual respect among the various “branches” so as to reflect and enhance their respective roles.

[31] As McLachlin J. wrote in the *New Brunswick Broadcasting case*:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.³⁴

(iii) The Rule of Law

[32] The appellants have somewhat mixed this fundamental principle with that of the independence of the judiciary. What they really maintain is that government must not only be conducted in accordance with law, but that such law must never exclude the courts from the decision-making process of government. To avoid confusion I think it best to keep the concepts separate in the interest of clear analysis.

jugement ni sur la façon dont il y était parvenu. Il n'est donc pas particulièrement étonnant que les tribunaux, du moins quand interdiction leur en est faite par une loi fédérale, doivent s'abstenir d'exiger les témoignages sur les raisons qui poussent l'exécutif à prendre certaines décisions d'orientation générale, ni sur la manière dont il y parvient ni sur la nature de ces décisions. De même qu'il y a des raisons d'ordre public de nature quasi constitutionnelle qui veulent que le législateur soit maître de ses procédures et que le juge n'ait pas à révéler le processus par lequel il est parvenu à une décision en particulier, de même l'exécutif (guidé par une loi du Parlement) doit être en mesure d'identifier les documents produits dans son processus de décision interne et qui ne doivent pas être révélés, pour protéger l'intégrité du système du secret des délibérations du Cabinet.

[30] S'il est quelque concept de séparation des pouvoirs auquel doive se conformer notre système de gouvernement, c'est cette forme de respect mutuel des trois pouvoirs qu'il doit appliquer, afin de distinguer et de renforcer leurs rôles respectifs.

[31] Ainsi que l'a fait observer M^m le juge McLachlin dans *New Brunswick Broadcasting*:

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches: la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre³⁴.

(iii) La primauté du droit

[32] Les appelants ont confondu dans une certaine mesure ce principe fondamental avec celui de l'indépendance de la magistrature. Ce qu'ils soutiennent réellement, c'est que non seulement le gouvernement doit s'exercer conformément à la loi, mais encore la loi ne doit jamais exclure le pouvoir judiciaire du processus décisionnel de l'exécutif. Pour prévenir toute confusion, il vaut mieux séparer les deux concepts en vue d'une analyse claire.

[33] Advocates tend to read into the principle of the rule of law anything which supports their particular view of what the law should be. A recent pronouncement by the Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession Reference*, reiterated with approval its description of the rule of law in *Reference re Manitoba Language Rights*.³⁵ In summary the Court there confirmed the elements of the rule of law to be: that the law is supreme over the acts of both government and private persons (“one law for all”); that an actual order of positive laws be created and maintained to preserve “normative order”; and that “the exercise of all public power must find its ultimate source in the legal rule”. As they said, put another way, “the relationship between the state and the individual must be regulated by law”.

[34] As the learned Trial Judge has held, this is precisely the situation where section 39 of the *Canada Evidence Act* is applied to preserve the immunity from disclosure of Cabinet documents. The situation is clearly regulated by law, namely section 39, being an Act of Parliament operating in what has been held to be its field of legislative authority. The rule of law is not the equivalent of a guarantee of the paramountcy of the common law (which itself has mutated on this subject of immunity in recent decades). In fact the “actual order of positive laws” in our system makes valid legislation paramount over the common law. That the government is bound by the law, just as are private citizens, is not in dispute here. This does not mean that the law must produce the same results in respect of every citizen or institution in the country: differently situated persons and public bodies require different treatment and it is part of the art and science of law making, both by legislatures and courts, to fashion a content of laws appropriate to the different persons and bodies they regulate. All of this must now, of course, be done within the confines of section 15 of the Charter which is not in issue before us.

[35] In this respect I agree with McKeown J. when he cited with approval the recent decision of the

[33] Ceux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi. Tout récemment, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada a réitéré la conception de la primauté du droit, qu’elle avait exprimée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*.³⁵ En bref, elle a confirmé que les trois composantes du principe de la primauté du droit sont: la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers («une seule loi pour tous»), la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve le principe de «l’ordre normatif», et le fait que «l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit». En d’autres termes, dit-elle, «les rapports entre l’État et les individus doivent être régis par le droit».

[34] Ainsi que l’a conclu le distingué juge de première instance, il s’agit justement en l’espèce d’un cas où l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* s’applique pour préserver la protection des renseignements du Cabinet contre la divulgation. Ce cas est clairement régi par la loi, savoir l’article 39, qui est un texte de loi adopté par le Parlement pour produire des effets dans son domaine reconnu de compétence législative. Primauté du droit ne signifie pas garantie de la suprématie de la common law (laquelle a, dans ce domaine, subi une mutation ces dernières décennies). En fait, l’«ordre réel de droit positif» dans notre système fait que les lois valides priment la common law. Que l’État soit tenu de respecter la loi au même titre que les citoyens, n’est pas contesté en l’espèce. Cela ne veut pas dire pour autant que la règle de droit doit produire les mêmes effets à l’égard de tout citoyen ou institution du pays: les individus et les organismes publics dont la situation est différente requièrent un traitement différent, et l’art et la science de l’élaboration des règles de droit, pour le législateur comme pour le juge, consistent à formuler des règles appropriées aux différents individus et organismes publics qu’elles régissent. Bien entendu, cette fonction doit s’exercer dans les limites définies par l’article 15 de la Charte, lequel n’est pas en jeu en l’espèce.

[35] À ce sujet, c’est à juste titre que le juge McKeown a cité le récent arrêt *Bacon v.*

Saskatchewan Court of Appeal in *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*³⁶ There a government agency which operated a crop insurance program had changed the terms of that program. Although it considered such changes to be within the contemplation of the original contract made with farmers, this was contested in the courts. As a result the legislature of Saskatchewan adopted legislation to alter the terms of the program and provided that no action or proceeding would lie against the Crown or a Crown agent with respect to the legislative amendments to the original contracts of crop insurance. It also prohibited a court from considering any argument that notice was required before such contracts were changed. In attacking this legislation in court the representatives of farmers registered under the original program argued that the legislation was invalid as contrary to the rule of law. They largely relied on statements made by the Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession Reference*³⁷ where it referred to the requirement of the rule of law that the law be supreme over the acts of both government and private persons, that is, "one law for all". On this basis it was argued that the government has no more right to avoid its contractual obligations than does a private person. Having regard to much jurisprudence of the Supreme Court and of the Judicial Committee of the Privy Council upholding laws which did affect contractual rights, Wakeling J.A. writing for the Court stated:

The observation of the Supreme Court (para. 78) that the rule of the law and the constitution are not in conflict is a compelling statement. It is a statement made in 1998 with full knowledge that on many occasions over the preceding years Parliament has passed and relied upon legislation restricting or eliminating contractual and property rights which would otherwise have been available. Since the Supreme Court does not find this historical background to constitute a conflict with the rule of law, it must of necessity indicate they accept that legislation constitutes an important source of the laws which rule us and the sole restriction on that right to legislate is contained in the relevant Constitution.

I am unable to accept that these justices of the Supreme Court, whilst providing an analysis of our federal system,

*Saskatchewan Crop Insurance Corp.*³⁶ de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Dans cette dernière affaire, l'organisme gouvernemental chargé de l'administration d'un programme d'assurance-récoltes en avait modifié les dispositions. Bien qu'à son avis, les modifications effectuées ne dérogent pas au contrat conclu à l'origine avec les agriculteurs, elles ont été contestées en justice. Par suite, la législature de la Saskatchewan a adopté une loi pour modifier les dispositions du programme tout en prévoyant qu'aucune action ou procédure ne serait recevable contre la Couronne ou l'un quelconque de ses préposés par suite de la modification par voie législative des contrats primitifs avec les agriculteurs. La nouvelle loi interdisait également aux tribunaux de considérer l'argument qu'un préavis était nécessaire avant la modification des contrats. En contestant cette loi en justice, les représentants des agriculteurs participant au programme primitif soutenaient qu'elle était invalide pour atteinte au principe de la primauté du droit. Ils s'appuyaient surtout sur les conclusions tirées dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁷ où la Cour suprême du Canada évoquait la règle posée par le principe de la primauté du droit et portant suprématie du droit sur tous les actes du gouvernement et des particuliers, c'est-à-dire le principe d'«une seule loi pour tous». Ils en concluaient que l'État n'avait pas plus le droit de se soustraire à ses obligations contractuelles qu'un sujet de droit privé. Citant la jurisprudence de la Cour suprême et du Comité judiciaire du Conseil privé portant confirmation des lois qui affectaient des droits contractuels, le juge Wakeling, prononçant le jugement de la Cour d'appel, a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] L'observation faite par la Cour suprême (paragraphe 78) qu'il n'y a pas conflit entre le principe de la primauté du droit et la constitution est une énonciation irrésistible. Elle a fait cette observation en 1998, sachant qu'à plusieurs reprises par le passé, le Parlement avait adopté et consacré des lois limitant ou supprimant des droits contractuels et des droits de propriété, qui autrement auraient pu s'exercer. Puisque la Cour suprême ne trouve pas que ce contexte historique représente un conflit avec le principe de la primauté du droit, cela signifie nécessairement qu'à son sens, la loi écrite constitue une importante source du droit qui nous régit et que la seule limitation de ce pouvoir de légiférer se trouve dans la Constitution.

Je ne peux concevoir que les juges de la Cour suprême, tout en donnant une analyse de notre régime fédéral,

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: *P.S.A.C. v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424 (S.C.C.), *Reference re Canada Assistance Plan (Canada)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (S.C.C.), *Esquimalt & Nanaimo Railway v. British Columbia (Attorney General) (1949)*, [1950] A.C. 87 (British Columbia P.C.). Furthermore, I am unable to accept that when the justices were laying a foundation for their decisions in the *Secession* case by reviewing the historical and legal development of federalism in this country, that they were also engaged in changing that foundation. If that were so, it would surely not be done in such a subtle manner as to be questionable whether it had happened at all.

I respectfully agree with these observations.

[36] I therefore agree with the Trial Judge that the rule of law cannot be taken to invalidate a statute which has the effect of allowing representatives of the Crown to identify certain documents as beyond disclosure: that is, the rule of law does not preclude a special law with a special result dealing with a special class of documents which, for long standing reasons based on constitutional principles such as responsible government, have been treated differently from private documents in a commercial law suit.

[37] I therefore conclude that the rule of law is not a basis for ignoring the provisions of section 39 of the *Canada Evidence Act*.

(iv) Independence of the Judiciary

[38] This principle is invoked by the appellants intermittently in association with the separation of

entreprennent du même coup de changer ce régime. Cela d'autant plus qu'il n'est pas question de changement subtil ou marginal, mais de changement qui restreindrait la suprématie du Parlement en le soumettant au contrôle des juges de cour supérieure chargés de s'assurer qu'il ne porte pas atteinte au principe de la primauté du droit et, dans l'affirmative, de juger s'il y a eu action arbitraire de sa part. Si la Cour suprême du Canada entendait souscrire à pareille doctrine, je pense qu'elle l'aurait dit très clairement dans une cause où elle était saisie de cette question. D'autant plus que non seulement elle avait conscience du grand nombre de causes dans lesquelles les divers ressorts reconnaissent la suprématie du Parlement, mais encore devait avoir conscience de ses propres jugements passés qui ont appliqué ce principe, par exemple *A.F.P.C. c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 (S.C.C.), *Renvoi: Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525 (S.C.C.), *Esquimalt & Nanaimo Railway v. British Columbia (Attorney General) (1949)*, [1950] A.C. 87 (P.C. Colombie-Britannique). Au surplus, il m'est impossible de concevoir qu'en posant la fondation de leur décision dans la cause *Sécession* en invoquant le développement historique et juridique du fédéralisme dans ce pays, les juges de la Cour suprême se soient occupés aussi à changer cette fondation. Cela eût-il été le cas, ce changement n'aurait pas été effectué de façon si subtile qu'on puisse se demander s'il a vraiment eu lieu.

Je partage entièrement ces observations.

[36] Je conviens donc avec le juge de première instance que le principe de la primauté du droit ne saurait être interprété de façon à invalider une loi qui a pour effet d'autoriser les représentants de l'État à indiquer que certains documents échappent à la divulgation, c'est-à-dire que la primauté du droit n'exclut pas une loi spéciale produisant un effet spécial au sujet d'une catégorie spéciale de documents, lesquels, pour des raisons fondées de longue date sur des principes constitutionnels comme la responsabilité gouvernementale, ont reçu un traitement différent de celui réservé aux documents privés dans un procès commercial.

[37] Je conclus en conséquence que le principe de la primauté du droit n'est pas un facteur sur lequel on pourrait se fonder pour écarter les dispositions de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

(iv) L'indépendance de la magistrature

[38] Les appelants invoquent ce principe parfois en conjugaison avec les principes de la séparation des

powers and with the rule of law. As I understand their proposition, it is that section 39 is beyond the powers of Parliament because it prevents either the Commission or this Court from looking at the documents covered by the certificate of the Clerk of the Privy Council. Essentially their position is that any limitation on the jurisdiction of judicial bodies, precluding them in certain instances from engaging in the review of government decisions, is a violation of a constitutionally guaranteed independence of the judiciary.

[39] The Trial Judge, correctly I believe, held that this did not constitute an interference with independence as measured by the now well-established rules in *Valente v. The Queen et al.*³⁸ Section 39 in no way interferes with the security of tenure, the financial security, or the administrative independence of judges as dealt with in that case. Section 39 is a public law enacted by Parliament applicable in a variety of circumstances, not for the purposes of interfering in a particular case before the Court. While it is generally assumed to be invoked in aid of the government's position in litigation, it is quite conceivable that it would be invoked in a manner which might be contrary to the government's interests: for example, where the Clerk of the Privy Council is obliged to keep confidential the Cabinet documents of a previous administration and to certify them in order to preclude their production in a case where the government of the day might gain advantage from their disclosure. Or, as was pointed out by La Forest J. in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,³⁹ invocation of section 39 in furtherance of Cabinet secrecy may compromise the ability of the government in litigation to justify, for the purposes of section 1 of the Charter, its choice of legislative measure. None of this can be seen as putting improper pressure on a judge as to the outcome of a given case before him: he or she is simply barred by Act of Parliament from making certain determinations.

[40] In fact such a section is really another form of privative clause with which the judicial system has

pouvoirs et de la primauté du droit. À ce que je vois, leur argument est que le Parlement n'a pas le pouvoir pour adopter l'article 39 parce qu'il interdit soit à la Commission soit à notre Cour d'examiner les documents visés par l'attestation du greffier du Conseil privé. Cet argument est essentiellement que toute limitation de la compétence des autorités juridictionnelles, qui les empêche dans certains cas de contrôler des décisions du gouvernement, est une violation de l'indépendance, constitutionnellement garantie, de la magistrature.

[39] Le juge de première instance a conclu, judicieusement à mon avis, que cette disposition n'est pas une atteinte à l'indépendance de la magistrature, telle qu'elle est définie par les règles dégagées dans *Valente c. La Reine et autres*³⁸ et qui sont maintenant bien établies. L'article 39 ne porte nullement atteinte à l'inamovibilité, à la sécurité financière ou à l'indépendance administrative des juges, telles qu'elles étaient en jeu dans cette dernière cause. Cet article est un texte de loi publique adopté par le Parlement pour s'appliquer à une variété de circonstances, et non pour produire ses effets dans un cas d'espèce. Bien qu'on puisse présumer qu'il est généralement invoqué à l'appui de la position de l'État dans un procès, on peut parfaitement concevoir qu'il puisse être invoqué contre les intérêts de l'exécutif, par exemple dans le cas où le greffier du Conseil privé est obligé de garder confidentiels les documents d'un gouvernement précédent par une attestation afin d'en empêcher la production dans un cas où le gouvernement de l'heure pourrait tirer profit de leur divulgation. Ou bien, comme l'a fait observer le juge La Forest dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*³⁹, l'invocation de l'article 39 pour protéger le secret des renseignements du Cabinet pourrait compromettre l'aptitude du gouvernement engagé dans un procès, à justifier, au regard de l'article premier de la Charte, son choix de telle ou telle mesure législative. Rien de tout cela ne saurait être interprété comme équivalant à exercer une pression inappropriée sur le juge quant à l'issue d'un cas d'espèce; il se voit tout simplement interdire par une loi fédérale de rendre certaines décisions.

[40] En fait, la disposition en question est tout bonnement une autre forme de disposition privative,

long been familiar. It is accepted that legislated privative clauses can preclude courts from reviewing findings of fact by a tribunal where such fact finding is done within its jurisdiction. As was pointed out by Chief Justice Dickson in the *Auditor General's* case,⁴⁰ where Parliament has ousted judicial remedies to enforce the Auditor General's right to information such rights become non-justiciable.

The just-stated view sits comfortably with the occasions on which the courts give effect to so-called privative clauses that explicitly oust judicial review. As a constitutional matter, it is not appropriate for the court to intervene by virtue of the simple fact that Parliament has directed that they must not.

[41] Courts are simply barred by section 39 from reviewing the documents and thus the ambit of Cabinet secrecy. This is a permissible privative clause unless we have, since the *Auditor General's* case, arrived at the constitutional doctrine based on the "fundamental, unwritten principles of the Canadian Constitution", or on its "organizing principles", that a judicial decision may always be substituted for a governmental decision in the name of judicial independence.

[42] It appears to me that the essential constitutional limitations on the assignment of certain functions to non-courts such as the Clerk of the Privy Council, and thus withdrawing them from the courts, are to be found in section 96 of the *Constitution Act, 1867* and paragraph 11(d) of the Charter. The issuance of such certificates cannot in my view be characterized as a traditional and necessary function of a superior court of a kind contemplated in 1867 and thus within section 96.⁴¹ Nor can it be seen to be integral to the conduct of a trial within the contemplation of paragraph 11(d) of the Charter: the proceeding before the Commission, out of which this request arises, is not a trial of anyone's guilt and if, indeed, it were so considered then the Commission would not be constitutionally allowed to conduct it.⁴²

que connaît notre système de justice depuis longtemps. Il est de droit constant que les dispositions privatives instituées par voie législative peuvent interdire au juge judiciaire de revenir sur les conclusions sur les faits du juge administratif, si celui-ci les a tirées dans les limites de sa compétence. Ainsi que l'a souligné le juge en chef Dickson dans la cause *Vérificateur général*⁴⁰, au sujet de l'exclusion par le législateur des recours judiciaires pour forcer le respect du droit à l'information du vérificateur général, les droits de ce genre sont devenus non justiciables.

Ce point de vue se concilie d'ailleurs fort bien avec les cas où les tribunaux donnent effet aux clauses dites «privatives» faisant expressément échec au contrôle judiciaire. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas approprié que le tribunal intervienne, dès lors que le Parlement le lui interdit.

[41] Le juge judiciaire se voit simplement interdire par l'article 39 d'examiner les documents et, partant, la portée du secret des délibérations du Cabinet. Il s'agit là d'une disposition privative acceptable à moins que, depuis l'arrêt *Vérificateur général*, nous n'ayons adopté une doctrine constitutionnelle fondée sur les «principes fondamentaux, non écrits de la Constitution canadienne» ou sur ses «principes structurels», pour poser qu'une décision judiciaire peut toujours, au nom de l'indépendance de la magistrature, se substituer à une décision gouvernementale.

[42] À mon avis, les limitations constitutionnelles essentielles de la pratique consistant à investir les autorités non judiciaires comme le greffier du Conseil privé de certaines fonctions soustraites au contrôle du pouvoir judiciaire, se trouvent dans l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'alinéa 11d) de la Charte. La délivrance des attestations dont s'agit ne peut être, à mon avis, qualifiée de fonction traditionnelle et nécessaire d'une cour supérieure telle qu'elle était envisagée en 1867; pareille attestation ne va donc pas à l'encontre de l'article 96⁴¹. Elle ne saurait être considérée non plus comme partie intégrante de la conduite d'un procès au sens de l'alinéa 11d) de la Charte: l'audience devant la Commission, qui est à l'origine des procédures en instance, n'est pas un procès sur la culpabilité de qui que ce soit et, l'eût-elle été, la Commission n'aurait pas été, constitutionnellement parlant, habilitée à la tenir⁴².

[43] This is not to say that there is no role for the courts in relation to the issuance of certificates under section 39 of the *Canada Evidence Act*. It has been held that the Court may entertain a proceeding for judicial review of the issuance of a certificate although it may not review the factual correctness of the certificate if it is otherwise in proper form.⁴³ In performing such a judicial review, a court would be in a position analogous to any court reviewing a decision of a Board whose orders are protected by a privative clause.

[44] Any concern for the impact of a subsection 39(1) certificate on a judicial body is applicable only to the role of the Federal Court when faced with such a certificate. For reasons stated above the Commission is not a judicial body although it may arguably perform some quasi-judicial functions. It is essentially an agency of the Executive⁴⁴ and draws such powers as it has solely from an Act of the same Parliament that enacted the *Canada Evidence Act*.

B. Applicability of Section 39 in these Circumstances

[45] In the alternative the appellants argue that if section 39 is constitutionally valid, it should nevertheless not apply in this situation because "Parliament cannot authorize the Executive to shield its own conduct from constitutional scrutiny by employing section 39 of the *Canada Evidence Act*".⁴⁵ They therefore invite the Court to read down section 39 as not applying in these circumstances.

[46] As a general proposition, this argument has considerable force and must be seriously considered.

[47] The appellants largely base their arguments by way of analogy on three decisions of the Supreme Court. In *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*,⁴⁶ in an action involving an attack on the constitutionality of British Columbia legislation by which the province purported to take over the

[43] Cela ne veut pas dire que le juge n'a aucun rôle à jouer à propos des attestations délivrées en application de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il a été jugé que la Cour peut se saisir d'un recours en contrôle judiciaire contre la délivrance d'une attestation, bien qu'elle ne soit pas habilitée à contrôler la véracité de cette attestation si celle-ci est délivrée en bonne et due forme⁴³. En procédant à ce contrôle judiciaire, le juge serait dans la même position qu'une cour contrôlant la décision d'un office fédéral dont les ordonnances sont protégées par une disposition privative.

[44] La question des effets que pourrait avoir une attestation délivrée en application de l'article 39 sur un organe judiciaire ne se poserait qu'en Cour fédérale, lorsqu'elle est aux prises avec une attestation de ce genre. Comme noté, *supra*, la Commission n'est pas un organe judiciaire bien qu'on puisse dire qu'elle exerce certaines fonctions quasi judiciaires. Elle est essentiellement une agence de l'exécutif⁴⁴ et tire ses seuls pouvoirs d'une loi adoptée par le Parlement même qui a adopté la *Loi sur la preuve au Canada*.

B. L'applicabilité de l'article 39 en l'espèce

[45] À titre subsidiaire, les appelants soutiennent que l'article 39, eût-il été constitutionnellement valide, n'est quand même pas applicable en l'espèce puisque «le Parlement ne peut autoriser l'exécutif à soustraire ses agissements à l'examen à la lumière de la Constitution en recourant à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*»⁴⁵. Ils concluent donc à une interprétation restrictive de cet article de façon à ne pas l'appliquer aux circonstances de la cause.

[46] À titre d'observation de portée générale, cet argument est bien convaincant et doit être examiné sérieusement.

[47] Les appelants s'appuient en grande partie, par voie d'analogie, sur trois décisions de la Cour suprême. Dans *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Company*⁴⁶, où il y avait contestation de la constitutionnalité d'une loi provinciale par laquelle la Colombie-Britannique entendait prendre en charge le

privately-owned electrical supply and distribution system in that province, the plaintiffs, owners of the property being expropriated, sought an interlocutory order to have a receiver of the property appointed pending the outcome of the action. B.C. authorities invoked the then-existing immunity of the Crown in Right of British Columbia from action with respect to its property. The Supreme Court of Canada held that the Crown provincial could not claim a Crown immunity based upon an interest in property which itself depended on the validity of legislation under constitutional attack. It was said that if this were possible the province could achieve its goal of retaining the property even though the enabling legislation was held to be invalid. In *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*⁴⁷ provincial regulations purporting to impose a tax on certain minerals were under attack in the courts. A long-standing provision of the provincial *The Proceedings against the Crown Act*⁴⁸ precluded *inter alia* any action to recover taxes paid under a statute or regulation since found to be invalid. The Supreme Court struck down that provision. As Dickson J. [as he then was] stated for the Court “[i]f a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means”.⁴⁹ The Court placed considerable reliance on the earlier *B.C. Power* case. *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*⁵⁰ also involved an attempt to recover taxes paid under an invalid statute. In British Columbia the old proceeding of petition of right was required for actions against the Crown. When the law was amended in the late 1970s it required that any causes of action arising before August 1, 1974 should proceed by way of petition of right. Petitions of right, of course, required the issue of a *fiat* by the Lieutenant Governor permitting an action against the Crown, such *fiat* being issued on the advice of the Attorney General or the provincial Cabinet. Taxes had been paid both before and after August 1, 1974 in compliance with the statute. In an action to recover taxes paid after that date the province had conceded that the tax was invalid.⁵¹ When the appellant Air Canada sought to recover taxes paid before August 1, 1974 a *fiat* was refused. The Supreme Court ordered the Attorney General of British Columbia to advise the Lieutenant Governor to grant the *fiat* with respect to the action concerning pre-1974 taxes. Relying on cases such as

réseau privé de production et de distribution de l'électricité dans la province, les demandeurs, qui étaient les propriétaires du bien exproprié, concluaient à ordonnance interlocutoire portant désignation d'un séquestre en attendant l'issue de leur action. Les autorités provinciales ont invoqué l'immunité dont jouissait à l'époque la Couronne du chef de la Colombie-Britannique à l'égard des actions relatives aux biens domaniaux. La Cour suprême du Canada a jugé que la Couronne provinciale ne pouvait invoquer l'immunité fondée sur un droit de propriété, lequel dépendait de la validité de la loi attaquée sur le plan constitutionnel. Et que si pareille immunité pouvait jouer, la province pourrait réaliser son dessein de conserver le bien dans le cas même où la loi en question serait jugée invalide. Dans *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*⁴⁷, un règlement de taxation de certains minéraux fut contesté en justice. Une disposition de longue date de la loi dite *The Proceedings against the Crown Act*⁴⁸ excluait entre autres toute action en restitution de taxes payées en application d'une loi ou d'un règlement jugé invalide après coup. La Cour suprême a invalidé cette disposition. Ainsi que l'a fait observer le juge Dixon [tel était alors son titre] au nom de la Cour, «[u]n État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures»⁴⁹. La Cour s'y appuyait surtout sur son ancien arrêt *B.C. Power*. L'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*⁵⁰ portait aussi sur une action en restitution de la taxe payée sous le régime d'une loi invalide. En Colombie-Britannique, les actions contre la Couronne devaient se faire par voie de «*petition of right*». Après modification vers la fin des années 1970, la loi applicable prévoyait que les actions relatives aux faits antérieurs au 1^{er} août 1974 devaient s'engager par voie de «*petition of right*». Pareille procédure était bien entendu subordonnée à l'autorisation de se pourvoir en justice contre la Couronne, accordée par le lieutenant-gouverneur sur recommandation du procureur général ou du gouvernement provincial. La taxe avait été versée avant et après le 1^{er} août 1974, conformément à la loi en question. Défenderesse dans une action en restitution de la taxe payée après cette date, la province avait reconnu que la taxe était invalide⁵¹. Lorsque l'appelante Air Canada a voulu se faire restituer la taxe payée avant le 1^{er} août

Amax and *B.C. Power Corp.* they held that “a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute”,⁵² and the same result cannot be achieved by the government withholding a *fiat* to allow an action for the recovery of that money.

[48] It will be noted that these cases all involved an attack on the validity of a statute (in the *Air Canada* case the province had, prior to the Supreme Court decision, conceded that the tax was invalid in the relevant period) and the inability of the Crown to assert, by means of legislation or discretionary refusal of a *fiat*, rights which completely depended on the validity of that statute.

[49] Important as these cases no doubt are, I agree with the learned Trial Judge that they are not determinative of the present matter. This Court must deal with the actual case before it. The Trial Judge has concluded, as have I, that section 39 is intrinsically valid and therefore we have no situation of the Crown asserting a right which is squarely based on a statute whose validity is in question. Instead, the appellants assert in a general way that “Parliament cannot authorize the Executive to shield its own conduct from constitutional scrutiny” and that if that is the effect of applying section 39 here, it should not be applied. But in the statement of claim commencing the present proceedings there is no allegation of misconduct on the part of “the Executive”. Instead, there are references to selected bits of evidence before the Commission indicating communications between the Prime Minister’s Office and the RCMP. Even if one treats the Commission as a forum where unlawful conduct by “the Executive” may be relevant to the making of recommendations it must be observed, as the Trial Judge noted,⁵³ that “the inquiry is concerned with the conduct of the RCMP officers and not the conduct of the executive”. Basically section 45.35 of the RCMP Act gives the Commission power to consider com-

1974, elle s’est vu refuser l’autorisation d’agir en justice. La Cour suprême a ordonné au procureur général de la Colombie-Britannique d’engager le lieutenant-gouverneur à accorder l’autorisation pour l’action relative à la taxe payée avant 1974. Citant les précédents comme *Amax* et *B.C. Power*, elle a jugé qu’«une loi ne peut permettre de conserver une somme d’argent obtenue en vertu d’une loi inconstitutionnelle»⁵², et qu’il ne saurait être question de parvenir au même résultat au moyen du refus par le gouvernement d’accorder l’autorisation d’intenter une action en recouvrement de cet argent.

[48] Il y a lieu de noter que toutes les causes invoquées portaient sur la validité d’une loi (dans la cause *Air Canada*, la province a, antérieurement à la décision de la Cour suprême, reconnu que la taxe était invalide au moment en question) et l’impossibilité pour la Couronne de faire valoir, par voie législative ou par refus discrétionnaire d’autorisation, des droits qui dépendaient entièrement de la validité de cette loi.

[49] Aussi indéniablement importants que soient ces précédents, je conviens avec le juge de première instance qu’ils ne sont pas déterminants en l’espèce. La Cour doit juger à la lumière des faits de la cause. Le juge de première instance a conclu, comme je l’ai fait, que l’article 39 est intrinsèquement valide; il ne s’agit donc pas d’un cas où l’État fait valoir un droit fondé sur une loi dont la validité est en cause. De fait, les appelants soutiennent en termes généraux que «le Parlement ne saurait autoriser l’exécutif à soustraire ses agissements à l’examen à la lumière de la Constitution» et que si l’application de l’article 39 devait avoir pareil effet en l’espèce, il ne faut pas l’appliquer. Cependant, dans la déclaration par laquelle ils ont intenté l’action à l’origine, il n’y a aucune allégation d’inconduite de la part de «l’exécutif». Il y est plutôt question d’éléments de preuve produits devant la Commission sur des communications entre le bureau du premier ministre et la GRC. À même supposer qu’on puisse considérer la Commission comme un tribunal où les agissements illégaux de «l’exécutif» puissent entrer en ligne de compte dans la formulation de ses recommandations, il faut noter, comme l’a fait le juge de première instance⁵³, que «l’enquête vise le comportement des agents de la GRC

plaints against members of the RCMP and to make recommendations to the Commissioner of the RCMP and the Minister as a result. Any findings which may be made about the conduct of the Prime Minister's Office or other members of the executive in relation to the conduct of the RCMP will presumably be incidental to this and cannot be legally determinative of whether such persons have done something constitutionally unlawful.⁵⁴ Therefore the withholding of documents containing confidences of Her Majesty's Privy Council pursuant to section 39 cannot in these circumstances prevent any definitive determination of constitutionally unlawful behaviour. That determination would have to be made by a court in an action brought for the purpose of obtaining redress for such behaviour, against those alleged to be guilty of it.

[50] What in fact the appellants are trying to do here is to turn an action for a declaration as to the constitutional invalidity of section 39 into a collateral attack on the actual decision of the Clerk in this case. This alternative argument as to the non-applicability of section 39, should that section be found valid, was nowhere raised in their statement of claim. The appropriate way to raise this kind of argument would be by way of judicial review of the Clerk's certificate and, as has been noted above,⁵⁵ it is possible to bring an application for judicial review in respect of the issue of such a certificate. If the appellants have any evidence of improper motives in the issue of the certificate they should present them in that context. If there is a question of the Clerk's jurisdiction related to unconstitutionality of applying the subsection 39(1) procedure in the circumstances of this particular case then the judicial review is also the place to raise it, provided the appellants have some evidence to support the proposition that the certificate was wrongly withheld here. The reviewing court would of course be working under some difficulty in that it would be barred from examining the documents so certified by subsection 39(1). This is an unusual privative clause but one which, for reasons already given, it is open to Parliament to prescribe. Courts are not unfamiliar with privative clauses and this one, precluding the Court from making certain findings of fact, is not unrelated

et non celui de l'exécutif». Essentiellement, l'article 45.35 de la Loi sur la GRC investit la Commission du pouvoir d'instruire les plaintes contre des agents de la GRC puis de faire des recommandations au commissaire de la GRC et au ministre. Toute conclusion qu'elle aurait pu tirer sur les agissements du bureau du premier ministre et d'autres membres de l'exécutif dans le contexte des agissements de la GRC serait forcément accessoire et ne saurait permettre, sur le plan juridique, de conclure si ces personnes ont fait quelque chose d'illégal sur le plan constitutionnel⁵⁴. En conséquence, le refus, en application de l'article 39, de communiquer des documents renfermant des renseignements confidentiels du Conseil privé de Sa Majesté ne peut, dans les circonstances de la cause, exclure tout jugement définitif d'agissements inconstitutionnels. Ce jugement appartient à la juridiction qui serait saisie de l'action intentée en réparation de ces agissements, contre ceux qui en seraient coupables.

[50] En fait, ce que les appelants cherchent à faire en l'espèce, c'est de faire d'une action en jugement déclaratif de l'invalidité constitutionnelle de l'article 39, une action en jugement déclaratif de la nullité radicale de la décision même du greffier du Conseil privé en l'espèce. Cet argument subsidiaire sur la non-applicabilité de l'article 39, au cas où il serait jugé que celui-ci est valide, n'était proposé nulle part dans la déclaration. La voie à suivre pour faire valoir cet argument serait un recours en contrôle judiciaire contre l'attestation du greffier du Conseil privé et, comme noté *supra*⁵⁵, il est possible d'agir en contrôle judiciaire contre une attestation de ce genre. Si les appelants ont une preuve quelconque de motifs irréguliers qui auraient présidé à la délivrance de l'attestation, c'est dans ce contexte qu'ils devraient la produire. S'ils contestent la compétence du greffier du Conseil privé pour appliquer, de façon inconstitutionnelle à leur avis, la procédure prévue à l'article 39 dans les circonstances de l'espèce, c'est aussi par voie de recours en contrôle judiciaire qu'il faut procéder, pourvu qu'ils aient des preuves à l'appui de l'assertion que l'attestation ait été délivrée à tort. Bien entendu, la juridiction saisie du recours en contrôle judiciaire se heurterait à un certain obstacle du fait qu'il lui serait interdit d'examiner les documents faisant l'objet de l'attestation visée au paragraphe 39(1). Il s'agit là d'une disposition privative inusitée, mais d'une

to many other privative clauses. The Court would instead have to draw such inferences as it could from all the surrounding evidence. While there are many good arguments to be made, as a matter of policy, for allowing judges to review the documents and to assure themselves as to their nature, in my view this is not a constitutional imperative.

[51] The consequence of accepting the appellants' arguments would be that section 39 would not apply in any case where there was the merest allegation that Cabinet documents might reveal policy or operating decisions arguably inconsistent with the rights of certain individuals. This would severely attenuate the absolute protection of Cabinet communications from disclosure which section 39 now affords.

[52] I therefore conclude that there is no basis upon which section 39 should be held to be inapplicable to the circumstances of this case.

Costs

[53] The appellants asked for their costs in this appeal regardless of the outcome. In the Trial Division the learned Trial Judge gave them costs notwithstanding their lack of success. They have nevertheless continued with an appeal, also unsuccessfully. In the circumstances I have concluded that no costs should be awarded.

Disposition

[54] The appeal will therefore be dismissed, without costs.

ROBERTSON J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

disposition que, pour les raisons évoquées, *supra*, il est loisible au législateur de promulguer. Les tribunaux judiciaires ne sont pas versés en dispositions privatives, et celle qui nous intéresse en l'espèce et qui interdit à la Cour de tirer certaines conclusions sur les faits, n'est pas différente d'un grand nombre d'autres dispositions privatives. La Cour aurait à tirer des inférences d'autres éléments de preuve connexes. Bien que sur le plan des principes, il y ait des arguments convaincants en faveur de la possibilité pour les juges d'examiner les documents en question et de s'assurer eux-mêmes de leur nature, je ne pense pas qu'il s'agisse là d'un impératif constitutionnel.

[51] Faire droit aux arguments des appelants reviendrait à décider que l'article 39 serait inapplicable chaque fois qu'il y a la moindre allégation que des renseignements du Cabinet pourraient révéler des décisions d'orientation générale ou d'application spécifique, dont on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte aux droits de certains individus. Ce qui aurait pour effet de réduire de façon draconienne la protection absolue des délibérations du Cabinet contre la divulgation, que l'article 39 garantit à l'heure actuelle.

[52] En conséquence, je conclus qu'il n'y a rien qui permette de juger que l'article 39 est inapplicable dans les circonstances de la cause.

Frais et dépens

[53] Les appelants concluent aux dépens de l'appel quelle qu'en soit l'issue. En première instance, le juge leur a alloué les dépens malgré leur échec. N'empêche qu'ils ont fait appel, également en vain. Dans ces conditions, j'ai conclu qu'il n'y a pas lieu de leur allouer les dépens.

Décision

[54] Par ces motifs, l'appel sera rejeté sans dépens.

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

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

- ¹ R.S.C., 1985, c. C-5.
- ² R.S.C., 1985, c. R-10 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16].
- ³ *Ibid.*, ss. 45.42 [as enacted *idem*], 45.43 [as enacted *idem*], 45.44 [as enacted *idem*].
- ⁴ *Ibid.*, s. 45.45(14) [as enacted *idem*].
- ⁵ *Ibid.*, s. 45.46(3) [as enacted *idem*].
- ⁶ Appeal Book, Vol. 2, at p. 278.
- ⁷ *Ibid.*, at pp. 278-279.
- ⁸ *Ibid.*, at p. 279.
- ⁹ *Ibid.*, at p. 282.
- ¹⁰ *Supra*, note 1.
- ¹¹ [1997] 3 S.C.R. 3.
- ¹² [1998] 2 S.C.R. 217.
- ¹³ [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 103-104.
- ¹⁴ *Supra*, note 12, at p. 258. In point of fact, s. 52 is not part of the Charter.
- ¹⁵ (U.K.), 28-29 Vict., c. 63.
- ¹⁶ 22 Geo. V, c. 4 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], ss. 2, 7.
- ¹⁷ *Supra*, note 13, at pp. 91-92.
- ¹⁸ [1982] 1 S.C.R. 215, at pp. 223-228.
- ¹⁹ *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at p. 665.
- ²⁰ [1986] 2 S.C.R. 637, at p. 659.
- ²¹ *Ibid.*, at pp. 667-668.
- ²² [1999] S.C.J. No. 68 (QL), at para. 60.
- ²³ See *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.).
- ²⁴ [1942] A.C. 624 (H.L.).
- ²⁵ *Supra*, note 23, at pp. 952, 987, 993.
- ²⁶ *Supra*, note 11.
- ²⁷ *Ibid.*, at p. 87.
- ²⁸ Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., Toronto: Carswell, 1992, ss. 7.3(a), 9.4(e).
- ²⁹ See e.g. C. Moore *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997, at pp. 80-81; Hogg, *id.*, at s. 9.2.
- ³⁰ *Supra*, note 12, at p. 233.
- ³¹ See e.g. *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169 (C.A.), para. 13, pp. 179-180.
- ³² [1993] 1 S.C.R. 319. See also *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at p. 487. Iacobucci C.J. expressed doubts that courts could review the workings of a parliamentary committee.
- ³³ [1989] 2 S.C.R. 796.
- ³⁴ *Supra*, note 32, at p. 389.
- ³⁵ [1985] 1 S.C.R. 721, at pp. 747-752.
- ³⁶ [1999] 11 W.W.R. 51 (Sask. C.A.).
- ³⁷ *Supra*, note 12, para 71, pp. 257-258.
- ³⁸ [1985] 2 S.C.R. 673.
- ¹ L.R.C. (1985), ch. C-5 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, item 5].
- ² L.R.C. (1985), ch. R-10 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16].
- ³ *Ibid.*, art. 45.42 [édicte, *idem*], 45.43 [édicte, *idem*], 45.44 [édicte, *idem*].
- ⁴ *Ibid.*, art 45.45(14) [édicte, *idem*].
- ⁵ *Ibid.*, art. 45.46(3) [édicte, *idem*].
- ⁶ Dossier d'appel, vol. 2, à la p. 278.
- ⁷ *Ibid.*, aux p. 278 et 279.
- ⁸ *Ibid.*, à la p. 279.
- ⁹ *Ibid.*, à la p. 282.
- ¹⁰ *Supra*, note 1.
- ¹¹ [1997] 3 R.C.S. 3.
- ¹² [1998] 2 R.C.S. 217.
- ¹³ [1989] 2 R.C.S. 49, aux p. 103 et 104.
- ¹⁴ *Supra*, note 12, à la p. 258. En fait, l'art. 52 ne fait pas partie de la Charte.
- ¹⁵ (R.-U.), 28-28 Vict., ch. 63.
- ¹⁶ 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 27], art. 2, 7.
- ¹⁷ *Supra*, note 13, aux p. 91 et 92.
- ¹⁸ [1982] 1 R.C.S. 215, aux p. 223 à 228.
- ¹⁹ *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), à la p. 665.
- ²⁰ [1986] 2 R.C.S. 637, à la p. 659.
- ²¹ *Ibid.*, aux p. 667 et 668.
- ²² [1999] A.C.S. n^o 68 (QL), au par. 60.
- ²³ Voir *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.).
- ²⁴ [1942] A.C. 624 (H.L.).
- ²⁵ *Supra*, note 23, aux p. 952, 987 et 993.
- ²⁶ *Supra*, note 11.
- ²⁷ *Ibid.*, à la p. 87.
- ²⁸ Hogg, *Constitutional Law of Canada* (édition en feuilles mobiles), Toronto: Carswell, 1992, art. 7.3(a), 9.4(e).
- ²⁹ Voir par ex. C. Moore, *1867—How the Fathers Made a Deal*. Toronto: M&S, 1997, aux p. 80 et 81; Hogg, *op. cit.*, à l'art. 9.2.
- ³⁰ *Supra*, note 12, à la p. 233.
- ³¹ Voir par ex. *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.), au par. 13, p. 179 et 180.
- ³² [1993] 1 R.C.S. 319. Voir aussi *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), à la p. 487. Le juge en chef Iacobucci y exprime le doute que les tribunaux judiciaires puissent contrôler les travaux d'un comité parlementaire.
- ³³ [1989] 2 R.C.S. 796.
- ³⁴ *Supra*, note 32, à la p. 389.
- ³⁵ [1985] 1 R.C.S. 721, aux p. 747 à 752.
- ³⁶ [1999] 11 W.W.R. 51 (C.A. Sask.).
- ³⁷ *Supra*, note 12, au par. 71, p. 257 et 258.
- ³⁸ [1985] 2 R.C.S. 673.

³⁹ [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 310.

⁴⁰ *Supra*, note 13, the relevant quotation being at note 17.

⁴¹ See e.g. *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714.

⁴² See e.g. *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, at p. 460.

⁴³ See e.g. *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co. (Attorney General)*, *supra*, note 19; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.); cited with approval by La Forest J. in the *RJR-MacDonald* case *supra*, note 39, at p. 310.

⁴⁴ See *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, *supra*, note 31, at p. 180.

⁴⁵ Appellants' factum, para. 62.

⁴⁶ [1962] S.C.R. 642.

⁴⁷ [1977] 2 S.C.R. 576.

⁴⁸ R.S.S. 1965, c. 87, s. 5(7).

⁴⁹ *Supra*, note 47, at p. 592.

⁵⁰ [1986] 2 S.C.R. 539.

⁵¹ *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185 (B.C.S.C.).

⁵² *Supra*, note 50, at p. 545.

⁵³ [1999] 4 F.C. 583 (T.D.), at para 84, p. 622.

⁵⁴ See note 42, *supra*.

⁵⁵ See note 43, *supra* and accompanying text.

³⁹ [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 310.

⁴⁰ *Supra*, note 13, la citation ci-dessus fait partie de la citation dont la référence figure à la note 17.

⁴¹ Voir *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

⁴² Voir par ex. *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, à la p. 460.

⁴³ Voir par ex. *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, *supra*, note 19; *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.); cité avec approbation par le juge La Forest dans *RJR-MacDonald*, *supra*, note 39, à la p. 310.

⁴⁴ Voir *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, *supra*, note 31, à la p. 180.

⁴⁵ Mémoire des appelants, au par. 62.

⁴⁶ [1962] R.C.S. 642.

⁴⁷ [1977] 2 R.C.S. 576.

⁴⁸ R.S.S. 1965, ch. 87, art. 5(7).

⁴⁹ *Supra*, note 47, à la p. 592.

⁵⁰ [1986] 2 R.C.S. 539.

⁵¹ *Air Canada v. British Columbia* (1984), 10 D.L.R. (4th) 185 (C.S. C.-B.).

⁵² *Supra*, note 50, à la p. 545.

⁵³ [1999] 4 C.F. 583 (1^{re} inst.), au par. 84, p. 622.

⁵⁴ Voir note 42, *supra*.

⁵⁵ Voir note 43, *supra*, et le texte cité.