

**Cour suprême du Canada**

**Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada, [1982] 1 R.C.S. 215**

**Date: 1982-02-09**

Commission des droits de la personne *Appelante*;

et

Le procureur général du Canada et Claude Vermette *Intimés*;

et

Bertrand Roy, Robert Senay et Hélène Mailhot *Mis en cause*;

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*.

N° du greffe: 15207.

1981: 28 octobre; 1982: 9 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Enquête de la Commission des droits de la personne — Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents — Opposition par affidavit — Rejet de l'opposition par la Commission — La Commission est-elle un tribunal au sens de l'art. 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale? — L'affidavit satisfait-il aux exigences de l'art. 41(2)? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 — Charte des droits et libertés de la personne, 1975 (Qué.), chap. 6, art. 6, 7, 9, 10, 11, 12.

Droit constitutionnel — Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents — Privilège invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale — L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale est-il inopérant en raison de la Déclaration canadienne des droits? — Est-il ultra-vires du Parlement ou constitutionnellement inapplicable à un tribunal provincial? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(14) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b).

La Commission, qui enquête sur le congédiement de deux salariées à la suite d'un rapport défavorable de la G.R.C., attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec autorisant la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de sa décision qui ordonnait à l'intimé Vermette, membre de la G.R.C., de comparaître et de produire tout document relatif à l'affaire malgré le dépôt par le solliciteur général du Canada d'un affidavit affirmant

que la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers de la G.R.C. pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La Commission est un tribunal au sens du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le mot «tribunal» dans cet article est non seulement applicable aux cours provinciales mais à tout fonctionnaire investi des pouvoirs d'un tribunal pour la production de documents. Quant à l'affidavit, il remplit les conditions stipulées au par. 41(2).

Le paragraphe 41(2) vise un objectif fédéral régulier, soit le privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents dont la production ou la communication serait préjudiciable aux domaines énumérés à ce paragraphe, dont la sécurité nationale. Le risque que l'Exécutif l'applique à mauvais escient ou de façon arbitraire ne justifie pas que l'on se prononce à l'encontre de sa constitutionnalité car il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif en application de cette loi. En l'espèce, l'applicabilité du par. 41(2) à une décision de l'Exécutif fédéral de refuser la production de documents ne peut être mise en doute. Même l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas un obstacle parce que le par. 41(2) ne comporte aucune distinction illégitime incompatible avec le principe énoncé à cet alinéa.

Jurisprudence: *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada et autres*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Gagnon c. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al.*, [1965] R.C.S. 73; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1978] C.A. 67, confirmant un jugement de la Cour supérieure, [1977] C.S. 47, accueillant une requête pour l'obtention d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

Gérald Tremblay et Madeleine Caron, pour l'appelante.

Gaspard Côté, c.r., pour les intimés.

Jean K. Samson et Odette Laverdière, pour l'intervenant.

[Page 217]

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD — Ce pourvoi met en cause le privilège de la Couronne invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale, au moyen d'un affidavit du solliciteur général du

Canada par lequel celui-ci s'oppose à la production de certains dossiers et à la divulgation de leur contenu par l'intimé Claude Vermette, membre de la Gendarmerie royale du Canada.

Par son arrêt du 22 mars 1978, [1978] C.A. 67, la Cour d'appel du Québec a confirmé un jugement de la Cour supérieure du 22 mars 1977, [1977] C.S. 47, qui accueillait la requête des intimés et autorisait l'émission d'un bref d'évocation contre l'appelante, la Commission des droits de la personne, et les trois mis en cause en leur qualité de préposés de la Commission.

Les faits sont résumés de la façon suivante par le juge Mayrand qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel [aux pp. 68 et 69]:

Deux jeunes filles, Sylvie Roche et Cathy Curtin avaient été engagées à l'occasion de la tenue des Jeux olympiques à Montréal en 1976. La première était téléphoniste à l'emploi du Comité organisateur des Jeux olympiques (COJO), tandis que la seconde était serveuse pour les Services alimentaires Berkely, concessionnaire du COJO. Ces deux jeunes filles se sont plaintes d'avoir été démisées de leur emploi pour des motifs discriminatoires contrairement aux droits qui leur sont reconnus par la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.Q. 1975, chap. 6, art. 10 à 19).

À la demande de la *Ligue des droits de l'homme*, la Commission a entrepris une enquête à ce sujet et celle-ci a chargé les trois mis en cause, membres de son personnel, de mener une enquête. Cette enquête a révélé que Sylvie Roche et Cathy Curtin ont été congédiées à la suite d'un rapport défavorable de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.). Il faut dire que le Comité principal de Sécurité publique des Jeux olympiques avait chargé la G.R.C. de lui fournir tous les renseignements utiles au sujet des personnes postulant ou ayant déjà un emploi au COJO.

Poursuivant leur enquête, les mis en cause ont assigné comme témoin l'intimé Claude Vermette le 22 novembre 1976. Ils ont voulu savoir de lui les motifs ou les renseignements ayant amené la G.R.C. à faire un rap-

[Page 218]

port défavorable au sujet de Sylvie Roche et Cathy Curtin. Un avocat du ministère fédéral de la Justice s'est alors opposé à ce que le témoin Vermette soit tenu de fournir ces renseignements et de produire les dossiers demandés. Le solliciteur général du Canada a ensuite déposé au dossier une déclaration sous serment («affidavit» pièce R-1) portant la date du 2 décembre 1976 dans laquelle il affirme que la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers de la G.R.C. pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale, d'où son opposition à ce que les

dossiers relatifs à Sylvie Roche et à Cathy Curtin soient produits devant la Commission et à ce que leur contenu en soit divulgué par un membre de la G.R.C.

Les mis en cause ont rendu leur décision le 9 février 1977 (pièce R-2), statuant que les pièces produites et les arguments présentés en opposition au témoignage des membres de la G.R.C. sont rejetés. Cette décision repose sur le motif que l'article 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* (S.R.C. 1970, 2<sup>e</sup> supplément, chap. 10) est inapplicable en l'espèce pour les deux raisons suivantes: la Commission n'est pas un tribunal mais un organisme administratif et cet article, s'il devait avoir pour effet d'empêcher la Commission d'obtenir de la G.R.C. les renseignements requis, irait à l'encontre de l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* (S.R.C. 1970, Appendice III). Les mis en cause ont ensuite assigné l'inspecteur Vermette de la G.R.C. à comparaître devant eux le 21 février 1977 lui ordonnant par voie d'assignation *duces tecum* d'apporter tout dossier et tous renseignements relatifs à Sylvie Roche (pièce R-3).

C'est cette décision du 9 février 1977 et l'assignation *duces tecum* que les intimés ont attaquées par voie d'évocation.

Les questions qui se posent à cette Cour telles qu'énoncées par l'appelante dans son mémoire, sont les suivantes:

1. Le second paragraphe de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, 2<sup>ième</sup> Supp. C. 10, s'applique-t-il à l'Appelante? Celle-ci est-elle visée par les mots «UN TRIBUNAL» que le paragraphe utilise dans sa version française et les mots «ANY COURT» dans sa version anglaise?
2. Si la première question reçoit une réponse affirmative, alors une deuxième question se pose: l'affidavit produit par le Ministre (d.c. p. 18) en vertu du second paragraphe de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale satisfait-il aux exigences juridiques applicables en la matière?
3. Si les deux premières questions reçoivent une réponse affirmative, alors se posent les questions que la Cour

[Page 219]

Suprême du Canada a autorisé l'appelante à soulever, en vertu d'une Ordonnance selon la Règle 17 de cette Cour:

- A. Le par. 2 de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale est-il, en tout ou en partie, ultra vires du Parlement du Canada ou constitutionnellement inapplicable à un tribunal provincial?
- B. Le par. 2 de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale est-il, en tout ou en partie, inopérant en raison de la Déclaration canadienne des droits (S.R.C. 1970, append. III)?

Avant d'aborder ces questions dans l'ordre, il convient de souligner que les décisions de la Cour d'appel et de la Cour supérieure ont été rendues avant l'arrêt de cette Cour en date du 31 octobre 1978 dans l'affaire du *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada et autres*, [1979] 1 R.C.S. 218.

Il convient aussi de souligner que les questions posées à cette Cour diffèrent en plusieurs points de celles auxquelles la Cour d'appel et la Cour supérieure ont dû répondre. En Cour supérieure et en Cour d'appel, l'appelante a plaidé qu'elle ne constituait pas un tribunal au sens de l'art. 846 C.p.c. et qu'en conséquence elle n'était pas soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Ce moyen, rejeté tant par la Cour d'appel que par la Cour supérieure, n'a pas été repris devant cette Cour. D'autre part, c'est devant cette Cour que l'appelante a invoqué pour la première fois les motifs dont il sera question plus loin à l'encontre de la constitutionnalité du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Enfin, en Cour d'appel, l'appelante a demandé que ce par. 41(2) soit déclaré inopérant parce qu'incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*; devant cette Cour c'est l'al. 1b) de la *Déclaration* que l'appelante a invoqué.

## LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE EST UN TRIBUNAL AU SENS DU PAR. 2 DE L'ART. 41 DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE

L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* se lit:

**41.** (1) Sous réserve des dispositions de toute autre loi et du paragraphe (2), lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal qu'un document fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait, à cause d'un intérêt public spécifié dans

[Page 220]

l'affidavit, ne pas exiger la production et la communication, ce tribunal peut examiner le document et ordonner de le produire ou d'en communiquer la teneur aux parties, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge appropriées, s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la

Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication.

En ce qui concerne la portée du mot «tribunal» dans cet article, l'arrêt *Keable* précité en a disposé.

Qu'il suffise de citer le passage suivant des motifs du juge Pigeon à la p. 247, donnant sur cette question l'opinion unanime de la Cour:

Bien que cette disposition fasse partie de la *Loi sur la Cour fédérale*, son libellé la rend clairement applicable à tout tribunal. Elle est donc applicable non seulement aux cours provinciales qui sont pour la plupart des cours de juridiction générale, fédérale ou provinciale, mais aussi à tout fonctionnaire investi des pouvoirs d'un tribunal pour la production de documents. Je ferai à cet égard le même raisonnement que pour le droit au bref d'évocation. Dès que le commissaire invoque de tels pouvoirs, il est assujéti aux dispositions applicables aux tribunaux à l'égard de ces pouvoirs.

Tout comme la Commission Keable, ce que la Commission des droits de la personne invoque ici ce sont les pouvoirs d'un tribunal pour la production de documents.

Aux termes de l'art. 80 de la *Charte des droits et libertés de la personne*:

**80.** Les membres de la Commission et de son personnel de même que la personne désignée conformément à l'article 75 sont investis, aux fins d'une enquête, des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi des commissions d'enquête (Statuts refondus, 1964, chapitre 11).

En vertu de l'art. 6 de cette dernière loi, les enquêteurs sont autorisés à procéder «par tous les moyens légaux qu'ils jugent les meilleurs».

[Page 221]

L'article 7 leur donne «tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme».

L'article 9 leur permet d'assigner des témoins et de contraindre ceux-ci à répondre sous serment et à déposer des documents.

Les articles 10, 11 et 12 prévoient les pénalités que peut encourir un témoin qui fait défaut de comparaître ou qui refuse de répondre ou de produire des documents.

Il s'ensuit que comme la Commission Keable, l'appelante dans l'exercice des pouvoirs visant la production de documents, constitue un tribunal au sens de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

## L'AFFIDAVIT DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL

L'appelante soumet que l'affidavit du solliciteur général ne satisfait pas aux exigences du par. 2 de l'art. 41.

A ce sujet, voici ce qu'écrit le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure [à la p. 66]:

Encore faut-il cependant que l'objection du ministre à la divulgation des renseignements demandés soit couchée dans des termes qui correspondent aux exigences de la Loi. En l'espèce, le point n'a pas été sérieusement contesté par la Commission et, à la lecture de l'affidavit de l'honorable Francis Fox (R-1), la Cour est convaincue que celui-ci remplit les conditions stipulées à l'article 41(2).

Et je suis d'accord avec la façon dont la Cour d'appel, par les motifs du juge Mayrand, dispose de ce moyen [à la p. 74]:

Dans son argumentation orale, l'appelante a soulevé un dernier moyen: la déclaration sous serment du solliciteur général du Canada serait insuffisante et non conforme à l'article 41(2).

L'alinéa 8 de cette déclaration se lit ainsi:

Pour toutes ces raisons, *je suis d'avis* que les renseignements contenus dans les dossiers du Service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada et qui peuvent être recherchés par la Commission des droits de la personne, dans l'affaire de Cathy Curtin et Sylvie Roche, font partie d'une catégorie de renseignements dont la *divulgation pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale*. (Les italiques sont du soussigné.)

J'avoue que cette déclaration aurait pu être rédigée dans une forme plus directe et plus affirmative. Il reste que

[Page 222]

l'affirmation du ministre quant à un préjudice éventuel, qu'elle soit ou non précédée des mots «je certifie que», exprime toujours son avis personnel. Quant à l'emploi du conditionnel, il se justifie par le fait que la divulgation n'a pas encore eu lieu et pourra ne pas avoir lieu.

Je tiens compte aussi du fait que d'autres alinéas de la même déclaration sont plus clairement affirmatifs et expriment la certitude du ministre: "Je sais et je crois effectivement que...". Enfin, ce n'est pas pour motif d'insuffisance de la déclaration que l'opposition des intimés a été rejetée par les mis en cause et il ne conviendrait pas qu'un formalisme excessif puisse empêcher ou retarder la solution du véritable litige.

## LA CONSTITUTIONNALITÉ DU PAR. 2 DE L'ART. 41 DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE

Tel que déjà mentionné, ce moyen, dans sa forme actuelle, est soulevé pour la première fois devant cette Cour. Il fait l'objet de la première question déterminée par l'ordonnance rendue suivant la Règle 17 de la Cour.

Ce moyen n'a donc pas été étudié par la Cour d'appel non plus que par la Cour supérieure.

En Cour supérieure, l'appelant avait demandé que le par. 41(2) soit déclaré *ultra vires* du Parlement, mais parce qu'il violait la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. Voici comment s'en exprime le juge en chef [aux pp. 57 et 58]:

La Commission soulève enfin un dernier moyen: l'article 41(2) est tellement exorbitant des principes de justice généralement acceptés chez nous que la Cour doit le déclarer *ultra vires* du Parlement ou, à tout le moins, inopérant.

Il y a lieu d'écarter immédiatement la seconde partie de cette proposition: l'article 41(2) existe et la Commission n'a pu faire valoir aucun motif juridique qui permettrait à la Cour de le déclarer inopérant.

Est-il toutefois *ultra vires*?

Il n'est certes pas inconstitutionnel en ce sens qu'en l'adoptant, le Parlement aurait empiété sur un domaine de compétence provinciale exclusive: les cas qu'il prévoit relèvent de la juridiction fédérale.

Mais la Commission soutient que l'article 41(2) entérine un principe qui répugne à notre système de gouvernement et qui viole la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. C'est à cet aspect de la question qu'il y a lieu de s'arrêter.

En un sens, la question n'est pas nouvelle: il s'agit du «*Crown privilege*» que nous avons hérité du droit public

anglais et qui a fait l'objet, autrefois et encore récemment, de débats parfois véhéments. Deux thèses en effet s'affrontent.

Lorsque l'intérêt supérieur de l'administration publique et l'intérêt supérieur de l'administration de la Justice entrent en conflit, l'un doit céder devant l'autre: qui, de l'Exécutif ou du Judiciaire, doit décider?

Puis après une revue de l'évolution de ce privilège en Angleterre, en Australie, en Nouvelle-Zélande, aux États-Unis, au Canada (avant 1970), au Québec et au Canada (depuis 1970), le juge en chef conclut de la façon suivante [à la p. 66]:

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

La Commission intimée est libre de le regretter et de s'en plaindre; mais il ne suit pas que le Parlement ait excédé sa compétence ni qu'il ait légiféré de façon invalide et ce n'est pas de la Cour supérieure que la Commission peut espérer obtenir une modification législative.

La Cour ne saurait donc accueillir la contestation de la Commission ni déclarer l'article 41(2) *ultra vires* du Parlement.

Devant nous l'appelante plaيدا plutôt que le par. 41(2) est hors de la compétence du Parlement parce qu'il empiète sur un domaine exclusivement réservé aux provinces, l'administration de la justice.

Ce moyen n'est pas fondé.

Comme l'a fait observer le procureur des intimés, l'objet essentiel de l'art. 41 n'est pas l'administration de la justice. Il précise:

En effet, le but poursuivi par le Parlement en édictant l'article 41 ne saurait faire de doute. En ce qui a trait au premier paragraphe, il s'agit d'empêcher la divulgation judiciaire de certains documents pour cause d'intérêt public, tout en laissant au tribunal concerné pleine discrétion pour décider si en l'espèce l'objection ministérielle doit être retenue ou rejetée, eu égard à cet autre

intérêt public qu'est la bonne administration de la justice. Quant au deuxième paragraphe du même article, il a pour objet d'empêcher, cette fois-ci d'une manière absolue, la divulgation judiciaire de tout document dont la divulgation pourrait être préjudiciable à l'un ou l'autre des sujets qui y sont mentionnés. Dans un cas comme dans l'autre, les documents dont il s'agit ne peuvent être autres que des documents émanant ou en possession du Gouvernement du Canada.

Je conclus sur ce point en faisant mien le *dictum* précité du juge de première instance:

Est-il [le par. 41(2)] toutefois *ultra vires*?

Il n'est certes pas inconstitutionnel en ce sens qu'en l'adoptant, le Parlement aurait empiété sur un domaine de compétence provinciale exclusive: les cas qu'il prévoit relèvent de la juridiction fédérale.

Le procureur général du Québec, intervenant sur cette seule question, soumet une proposition toute différente. Le paragraphe 41(2), dit-il, «est *ultra vires* dans la mesure où il vise à interdire le contrôle par les tribunaux compétents de la légalité constitutionnelle de la décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents».

Il réfère au privilège de *common law* et, citant notamment lord Reid, aux deux aspects de l'intérêt public qui s'affrontent, celui de l'administration publique et celui de l'administration de la justice.

Lord Reid a décrit ce conflit dans *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 qui a prononcé le caractère relatif du privilège, à la différence de l'arrêt antérieur *Duncan v. Cammell Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, qui lui avait reconnu un caractère absolu. Lord Reid écrit à la p. 940:

[TRADUCTION] Il est universellement admis ici qu'il y a deux types d'intérêt du public qui peuvent être en conflit. Il y a l'intérêt du public à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'État ou à la puissance publique par la révélation de certains documents et il y a l'intérêt du public à ce que l'administration de la justice ne soit pas entravée par le refus de communiquer des documents qui devraient l'être si justice doit être rendue. Il y a nombre de cas où le dommage que l'État ou la puissance publique subirait ou pourrait subir est de nature si grave qu'aucun autre intérêt ni public ni privé ne peut avoir préséance. Dans ces cas, il serait juste de dire, comme l'a dit lord Simon, qu'ordonner la production du document en cause mettrait l'intérêt de l'État en péril. Il y a cependant beaucoup d'autres instances où la possibilité

de dommage à la puissance publique est beaucoup moins importante et dans cette hypothèse on pourrait penser qu'il y serait sage de comparer les intérêts du public en jeu. Je ne crois pas que lord Simon ait voulu dire que la moindre possibilité de dommage à la puissance publique doit toujours l'emporter sur l'entrave la plus grande à l'administration de la justice.

Le privilège de la Couronne fait partie de notre droit public, l'intervenant le reconnaît et il écrit dans son mémoire:

Cette règle de common law fut introduite au Canada comme partie du droit de la Couronne et, à ce titre, fait maintenant partie de notre droit public. La règle profite donc tant à la Couronne fédérale qu'à la Couronne provinciale qui, toutes deux, sont susceptibles de l'invoquer.

Puis il cite le juge en chef Laskin, au nom de la majorité, dans *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, à la p. 76:

Deuxièmement, la règle de *common law* fait partie de ce qu'il convient d'appeler le droit de la Couronne et constitue un principe historique faisant partie du droit de notre pays depuis son origine; elle fait partie de notre droit en vertu du régime fédéral entré en vigueur en 1867, à l'avantage à la fois de la Couronne du chef du Canada et de la Couronne du chef d'une province.

En 1970 le Parlement fédéral a entendu codifier ce privilège de *common law*. Il l'a fait en attribuant *un* caractère relatif au privilège selon le par. (1) de l'art. 41, mais un caractère absolu selon le par. (2) dans les cinq cas qui y sont visés, dont la sécurité nationale.

Le juge Mayrand en Cour d'appel l'expose de la façon suivante [aux pp. 73 et 74]:

Deux thèses se sont affrontées; d'une part celle qui reconnaît au pouvoir exécutif le droit absolu de s'opposer à une preuve qu'il estime préjudiciable à la sécurité de l'État, et d'autre part celle qui ne reconnaît au pouvoir exécutif qu'un privilège relatif de s'opposer à cette preuve, laissant au tribunal la tâche de décider si cette opposition est justifiée.

Il ne m'apparaît pas utile d'analyser les opinions divergentes qui ont été exprimées à ce sujet tant par les tribunaux que par les auteurs, vu que l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* tranche le débat de façon nette. Le premier alinéa pose la règle générale: si le ministre s'oppose à la preuve au nom de l'intérêt public, sans plus

de précision, son privilège n'est que relatif; le tribunal prend alors le problème en main, il «peut examiner le document et ordonner de le produire ... ». Le second alinéa reconnaît au privilège du ministre un caractère absolu dans les cinq cas énoncés, dont celui de la sécurité nationale. Le tribunal n'a plus le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de refuser la production: il «doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication». Le tribunal doit pour ainsi dire homologuer la déclaration du ministre, du moment qu'elle est conforme à l'article 41(2)<sup>(25)</sup>.

Le texte de l'article 41 est donc suffisamment clair pour écarter les controverses jurisprudentielles et doctrinales que l'appelante rappelle dans son mémoire. Il est vrai qu'en s'en remettant à la seule décision du ministre, le législateur prend le risque d'abus de pouvoir qui échapperaient au contrôle judiciaire. Mais le tribunal n'a pas à discuter du caractère raisonnable ou excessif de cette disposition législative; son rôle est de l'appliquer, car la règle de la suprématie du parlement est impérative et la façon dont le Parlement a exercé son autorité ne me paraît pas contraire aux principes énoncés dans *l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*.

(25) *Wilfrid Nadeau Inc. c. R.*, (1977) 1 C.F. 541, 550 et *Landreville c. The Queen*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 122, 124, M. le juge Mahoney de la Cour fédérale.

L'intervenant ne conteste pas le pouvoir du Parlement de légiférer sur ce privilège. Les législatures provinciales peuvent d'ailleurs en faire autant. C'est le cas du Québec qui par l'art. 308 *C.p.c.*, en vigueur depuis 1966, lui a conféré un caractère relatif. Jusque-là et depuis un siècle au Québec comme l'écrit le juge en chef Deschênes, «la thèse de l'immunité absolue avait reçu la sanction de la loi et de la jurisprudence», du moins jusqu'à ce que cette Cour en 1965 soulève un doute sur le caractère absolu du privilège de l'art. 332 *C.p.c.* alors en vigueur, sans pour autant l'écarter. (Voir *Gagnon c. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al.*, [1965] R.C.S. 73.)

Toutefois, oppose l'intervenant, «Même si au Canada le droit de la Couronne existe tant à l'avantage de l'exécutif fédéral que de l'exécutif provincial, les règles de common law élaborées dans un régime unitaire ne peuvent s'appliquer telles quelles dans le système fédéral canadien où les pouvoirs exécutifs sont répartis en fonction du

[Page 227]

partage des compétences législatives établi à l'A.A.N.B.».

Et plus loin il ajoute:

Lorsqu'il légifère à l'égard du privilège relatif à la non-divulgence de documents, le Parlement fédéral est donc constitutionnellement limité à l'objectif de sauvegarde de l'«intérêt public fédéral», qui est alors la somme des domaines qui relèvent de sa compétence législative. De même les provinces peuvent légiférer à l'égard de ce privilège dans les limites de l'«intérêt public provincial», c'est-à-dire de l'ensemble des domaines de compétence provinciale. L'un ou l'autre niveau ne peut donc interdire la production d'un document que si cette interdiction est directement reliée à son propre intérêt public. Sinon le partage constitutionnel des compétences exécutives serait frustré: l'exécutif provincial pourrait administrer l'intérêt public fédéral ou vice-versa.

Et l'intervenant conclut:

Par le jeu de la clause privative, le Parlement fédéral attribue ainsi au gouvernement fédéral le pouvoir d'apprécier lui-même, en dernier ressort, si la production des documents est ou n'est pas du domaine de l'intérêt public fédéral. En décidant de cette question, le gouvernement fédéral décide du même coup de la légalité constitutionnelle de son acte. Il peut donc outrepasser les limites de la compétence fédérale sans qu'aucun tribunal ne puisse sanctionner cet acte.

C'est pourquoi le procureur général du Québec soutient qu'en l'espèce la clause privative de l'article 41(2) ne peut priver les tribunaux de leur pouvoir de contrôler la légalité constitutionnelle de la décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents. La clause privative de l'article 41(2) est donc invalide dans la mesure où elle vise à interdire tout contrôle de la légalité constitutionnelle par les tribunaux compétents.

Si je le comprends bien, mais j'y reviendrai plus loin, ce à quoi l'intervenant fait allusion, c'est ce que le juge Mayrand, dans le passage précité, a appelé «le risque d'abus de pouvoir qui échapperaient au contrôle judiciaire».

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

[Page 228]

Dès que l'on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer en cette matière dans leurs domaines respectifs et on ne saurait le nier, ce risque existe. Cependant le risque que l'Exécutif applique à mauvais escient ou même de façon arbitraire une législation valablement adoptée par le Parlement n'a pas pour effet de faire perdre

à celui-ci son pouvoir de légiférer. Il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif posé en application de cette loi.

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

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

L'intervenant toutefois va vraisemblablement plus loin en invoquant l'inconstitutionnalité de l'article «dans la mesure où il vise à interdire le contrôle par les tribunaux compétents de la légalité constitutionnelle de la décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents».

C'est la légalité constitutionnelle de la décision ou de l'acte de l'Exécutif qui est en cause plutôt que la constitutionnalité de la disposition législative elle-même. Le risque n'est plus le risque général d'abus de pouvoir décrit plus haut mais un risque pour ainsi dire caractérisé, où l'abus de pouvoir consisterait à excéder le champ de compétence fédérale pour empiéter sur un champ de compétence provinciale, ou consisterait peut-être à cacher un tel empiètement à la justice. Cela sans que les tribunaux puissent intervenir.

C'est là à mon sens soulever l'applicabilité de la disposition législative dans un cas donné et non pas la constitutionnalité de la disposition elle-même.

Il est peut-être concevable qu'un cas puisse se présenter d'un abus que j'ai qualifié de caractérisé,

*[Page 229]*

où les tribunaux seraient justifiés de considérer si le par. 41(2) est inapplicable. Il n'est pas nécessaire de le déterminer car en l'espèce il ne s'agit clairement pas d'un tel cas. Il suffit de relire l'affidavit pour se satisfaire que c'est bien l'intérêt public fédéral qui est invoqué. Par

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

Je conclus à la constitutionnalité du par. 41(2). Je conclus aussi que dans la mesure où la proposition mise de l'avant par l'intervenant vise également l'applicabilité de l'article à une «décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents», il ne s'agit pas d'un cas, s'il en est, où son applicabilité peut être mise en doute.

## LE PARAGRAPHE 41(2) DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE ET LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS

Comme je l'ai mentionné, en Cour d'appel l'appelante a plaidé que le par. 41(2) était inopérant parce que contraire à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* en ce qu'il priverait les employées concernées du droit à une audition impartiale de leur cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de leurs droits et obligations. Ce moyen fut rejeté par la Cour d'appel.

Devant cette Cour, c'est maintenant l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* que l'appelante invoque:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

...

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

Comme le souligne le procureur des intimés, le par. 41(2) a une portée universelle. Il ne vise aucun groupe en particulier par rapport à l'ensemble des autres citoyens et il ne comporte aucune distinction illégitime, incompatible avec le principe énoncé à l'al. 1b) de la *Déclaration*.

Le paragraphe 41(2) vise un objectif fédéral régulier (*Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *R. c.*

*Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693), soit le privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents dont la production ou la communication serait préjudiciable aux domaines énumérés, dont la sécurité nationale.

Le paragraphe 41(2) crée bien sûr en faveur de la Couronne, gardienne des intérêts supérieurs de l'État, un régime qui diffère du régime applicable aux particuliers. Il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il porte atteinte au droit des particuliers à l'égalité devant la loi.

Comme l'écrit le juge Laskin, alors juge puîné, dans *Curr c. la Reine*, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 899 et 900:

... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Raymond Lachapelle, Montréal.*

*Procureur des intimés: Gaspard Côté, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant: Jean K. Samson et Odette Laverdière, Québec.*