

## CABINET IMMUNITY IN CANADA: THE LEGAL BLACK HOLE

*Yan Campagnolo\**

Fifteen years ago, in *Babcock v. Canada (A.G.)*, the Supreme Court of Canada held that section 39 of the *Canada Evidence Act*, which deprives judges of the power to inspect and order the production of Cabinet confidences in litigation, did not offend the rule of law and the provisions of the Constitution. The aim of this article is to revisit this controversial ruling and challenge the Supreme Court's reasoning. The first part seeks to demonstrate that the Supreme Court adopted a very thin conception of the rule of law in its jurisprudence, a conception which is of limited use as a normative framework to assess the legality of statutory provisions. To that end, the author turns to the thicker theory of law as justification which insists upon the requirements of fairness, transparency, and accountability. Pursuant to the theory of law as justification, an executive decision to exclude relevant evidence in litigation must comply with two requirements: it must be made following a fair decision-making process; and it must be subject to meaningful judicial review. The second part seeks to demonstrate that section 39 does not comply with these requirements. The decision-making process established by Parliament under section 39 is procedurally unfair, in violation of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, because: the identity of the final decision-maker—a minister or the Clerk of the Privy Council—gives rise to a reasonable apprehension of bias; and the decision-maker is not required to properly justify his or her decision to exclude relevant evidence. In addition, section 39 infringes the core, or inherent, jurisdiction and powers of provincial superior courts, in violation of section 96 of the *Constitution Act, 1867*, as it unduly limits their authority to: control the admissibility of evidence in litigation; and review the legality of executive action. As a result of these flaws, the author argues that section 39 is an unlawful privative clause, a form of legal black hole, which offends the rule of law and the provisions of the Constitution.

Il y a quinze ans, dans *Babcock c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prive les juges du pouvoir d'examiner les renseignements confidentiels du Cabinet et d'en ordonner la production dans le cadre d'un litige, ne constituait pas une atteinte à la primauté du droit ni aux dispositions de la Constitution. Cet article a pour but de reconsidérer cette décision controversée et de contester le raisonnement de la Cour suprême. La première partie cherche à démontrer que la Cour suprême a adopté une conception très étroite de la primauté du droit dans sa jurisprudence, une conception ayant une portée fort limitée comme cadre normatif pour évaluer la légalité des dispositions législatives. Pour ce faire, l'auteur fait appel à la théorie plus large du droit comme justification, qui insiste sur les exigences de l'équité, de la transparence et de la responsabilité. Conformément à cette théorie, une décision de l'exécutif d'exclure des éléments de preuve pertinents dans le cadre d'un litige doit être conforme à deux critères: elle doit être prise selon un processus équitable; et elle doit être soumise à un contrôle judiciaire significatif. La deuxième partie cherche à démontrer que l'article 39 ne satisfait pas à ces critères. Le processus décisionnel établi par le Parlement à l'article 39 est inéquitable sur le plan procédural, violant ainsi le paragraphe 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, puisque l'identité de la personne qui prend la décision finale — un ministre ou le greffier du Conseil privé — soulève une crainte raisonnable de partialité. De plus, cette personne n'est pas tenue de motiver adéquatement sa décision d'exclure les éléments de preuve pertinents. Par ailleurs, l'article 39 porte atteinte à la compétence et aux pouvoirs inhérents des cours supérieures provinciales, violant ainsi l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, puisqu'il limite indument leur capacité de contrôler: l'admissibilité de la preuve dans le cadre d'un litige; et la légalité des actions de l'exécutif. Pour ces motifs, l'auteur soutient que l'article 39 est une clause privative illicite, une forme de trou noir juridique qui enfreint tant la primauté du droit que la Constitution.

---

\* Assistant Professor, Common Law Section, University of Ottawa. This article is based on the fourth chapter of a dissertation which was submitted in connection with fulfilling the requirements for a doctoral degree in law at the University of Toronto. The research was supported by the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada. For helpful comments on earlier versions, I am indebted to Kent Roach, David Dyzenhaus, Hamish Stewart, Peter Oliver, Vincent Kazmierski, Michael Pal, Charles-Maxime Panaccio, and the anonymous reviewers of the *McGill Law Journal*. I also wish to acknowledge the excellent editing work performed by Amélie B. Lavigne.