
Le privilège parlementaire, la primauté du droit et la Charte après l'affaire Vaid

par Evan Fox-Decent

Le privilège parlementaire protège certaines activités des organes législatifs et de leurs membres contre le droit commun et le contrôle judiciaire. Il semble placer ces activités au-dessus des principes et du cadre institutionnel de la primauté du droit, ce qui risque d'entraîner des conséquences graves, comme l'impossibilité pour une personne victime de discrimination d'exercer un recours si cette discrimination découle d'un acte protégé par le privilège parlementaire. Le présent document examine une affaire récente et avance que la primauté du droit et le privilège parlementaire, lorsqu'ils sont bien compris, se complètent au lieu de s'opposer. Plus particulièrement, les acteurs législatifs ont le droit d'interpréter les normes constitutionnelles lorsqu'ils cherchent à invoquer le privilège. De plus, l'auteur soutient que les juges ne sont pas les seuls gardiens de la primauté du droit, et les fonctions législatives, comme celle de président de la Chambre, jouent un rôle légitime dans son maintien. Il conclut qu'il faut cependant exposer les raisons confirmant le pouvoir légitime de la Chambre de régler les différends entre députés dans le cadre du privilège parlementaire, tout en fournissant aux tribunaux les principes leur permettant d'intervenir lorsque les faits le justifient.

De 1984 à 1995, Satnam Vaid a travaillé en qualité de chauffeur pour trois présidents successifs de la Chambre des communes. Congédié en janvier 1995, il a déposé un grief sous le régime de la *Loi sur les relations de travail au Parlement (la LRTP)*, pour lequel il a eu gain de cause, et il a été réintégré dans ses fonctions en août de la même année. À son retour, on lui a annoncé que le poste avait été désigné « bilingue à nomination impérative ». Puisqu'il ne connaissait pas le français, M. Vaid a dû suivre des cours de langue. En avril 1997, il a informé le président qu'il voulait

réintégrer ses fonctions, mais le bureau du président lui a répondu que, par suite d'une réorganisation, son poste deviendrait excédentaire le 29 mai 1997.

En juillet 1997, M. Vaid a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne deux plaintes distinctes à l'encontre de la Chambre des communes et de son président, alléguant qu'ils avaient agi de façon discriminatoire à son endroit du fait de sa race, de sa couleur et de son origine nationale ou ethnique. Il s'est également plaint d'avoir fait l'objet de harcèlement en milieu de travail.

La Chambre des communes et son président ont contesté la compétence du Tribunal canadien des droits de la personne (le « TCDP ») pour des motifs fondés sur le privilège parlementaire. Dans une décision majoritaire, le TCDP a tranché en faveur de M. Vaid, et la Chambre des communes et son président ont demandé un contrôle judiciaire. Leur demande a été rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale, et cette décision a été confirmée à l'unanimité

*M. van Fox-Decent enseigne à la Faculté de droit de l'Université McGill. L'article est une version révisée et abrégée d'un document présenté à la Conférence sur le droit et le Parlement tenue à Ottawa en 2006. Il a été publié pour la première fois en juillet 2007 dans la revue *Canadian Journal of Administrative Law and Practice* et est reproduit avec la permission de Thomson Carswell, une division de Thomson Canada Limited.*

par la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême a instruit l'appel de la Chambre des communes et de son président, et a invalidé à l'unanimité les décisions des tribunaux inférieurs. Le juge Binnie, qui a rédigé les motifs de ce jugement unanime, a statué que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'appliquait aux employés de la Chambre, que les appelants n'avaient pas établi l'existence du privilège qu'ils revendiquaient, mais que, selon les faits présentés, le tribunal compétent pour régler le différend était le régime établi par la LRTP plutôt que le TCDP.

À vrai dire, les motifs détaillés de la Cour quant au privilège sont incidents parce que cette dernière n'a pas confirmé le privilège revendiqué et que sa décision finale n'était donc pas fondée sur une exception d'immunité recevable. Néanmoins, 56 des 80 paragraphes de la rubrique « Analyse » traitent explicitement de la doctrine de l'immunité et ont essentiellement pour effet de réaffirmer et d'expliquer en détail la décision majoritaire de l'arrêt-clé antérieur, *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (président de l'Assemblée législative)*.

Je soutiens que le cadre d'analyse que les tribunaux devraient utiliser pour déterminer si une revendication de privilège satisfait au critère de nécessité se fonde toujours sur l'arrêt rendu à la majorité dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting*, et que ce cadre est légèrement différent de celui proposé dans l'arrêt *Vaid*, mais l'unanimité de la Cour dans ce dernier cas donne à penser qu'en règle générale, ce récent arrêt fait désormais autorité au Canada en matière de privilège parlementaire.

Le juge Binnie parle abondamment du fondement constitutionnel du privilège parlementaire, principe ancré dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce dernier pose l'exigence d'« une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». En outre, l'article 18 de cette loi (modifiée en 1875) prévoit ce qui suit :

Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

Par ailleurs, l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada* définit ces privilèges, immunités et pouvoirs comme étant « a) [...] ceux que possédaient [...] la Chambre de communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres » et « b) [...] ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possédaient [...] la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres ».

Le fondement juridique du privilège parlementaire fédéral possède donc des dimensions constitutionnelles et législatives, mais son contenu exact doit être à la fois fondé sur les privilèges de la Chambre des communes du Royaume-Uni et limité par eux. Selon l'interprétation que fait le juge Binnie du passage pertinent du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il existe un « principe fondamental de la séparation constitutionnelle des pouvoirs » où « [c]haque des pouvoirs de l'État se voit garantir une certaine autonomie par rapport aux autres ». Il conclut que le privilège parlementaire fait partie de la Constitution, à titre d'accessoire nécessaire à la séparation des pouvoirs, et que, par conséquent, la *Charte* ne peut primer sur le privilège parce que « le privilège parlementaire a le même statut et le même poids constitutionnels que la *Charte* elle-même ».

Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, le tribunal a confirmé le pouvoir d'une assemblée législative provinciale d'invoquer le privilège parlementaire pour empêcher les médias de filmer et de télédiffuser les débats depuis la tribune de la presse. La liberté de la presse garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte* ne peut prendre le pas sur un ordre du président – protégé par le privilège parlementaire – d'exclure les « étrangers » de l'assemblée législative. Toutefois, dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, aucune disposition semblable à l'article 18 ne fournit expressément aux assemblées législatives provinciales un fondement au privilège parlementaire. Par conséquent, dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting*, le tribunal s'est fondé sur des privilèges « inhérents » à la création et au fonctionnement d'une assemblée législative provinciale qui, en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit être fondée sur des principes similaires à ceux du Parlement du Royaume-Uni. Dans l'arrêt *Vaid*, la Cour a confirmé que « [c]'est la nature de la fonction exercée (selon le modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster) et non l'origine de la règle juridique (selon qu'il s'agit d'un privilège inhérent ou d'un privilège établi par voie législative) qui confère l'immunité contre les examens externes découlant de la doctrine du privilège parlementaire ». Par conséquent, même si la loi prévoit le privilège, elle ne représente pas la source de la reconnaissance constitutionnelle dont bénéficie le privilège. Cette reconnaissance découle de l'objet constitutionnel des corps législatifs – de leur rôle d'organe de délibération et de législateur – et de l'autonomie que ces corps sont réputés exiger afin d'assurer l'intégrité et l'efficacité de la séparation des pouvoirs. C'est pourquoi la Cour a maintenu que la *Charte* ne peut primer le privilège parlementaire, même si celui-ci est ancré dans les textes législatifs courants, tel que l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*.

Assise et critères du privilège parlementaire

Le juge Binnie commence son analyse de l'affaire *Vaid* en louant la réticence du Parlement et des tribunaux à intervenir chacun dans le champ de compétence de l'autre :

C'est suivant un principe d'une grande sagesse que les tribunaux et le Parlement s'efforcent de respecter leurs rôles respectifs dans la conduite des affaires publiques. Le Parlement s'abstient de commenter les affaires dont les tribunaux sont saisis conformément à la règle du *sub judice*. Les tribunaux, quant à eux, prennent soin de ne pas s'immiscer dans le fonctionnement du Parlement.

Il réaffirme ce « principe d'une grande sagesse » quelques paragraphes plus loin et déclare que « pour résoudre [des conflits portant sur l'étendue du privilège revendiqué], il importe que le Parlement et le pouvoir judiciaire respectent chacun « le domaine légitime de compétence de l'autre » ». Le respect judiciaire à l'égard du domaine qui relève légitimement du Parlement se traduit par le respect du privilège parlementaire, qui lui-même « se définit en fonction du degré d'autonomie requis pour que le Parlement soit en mesure de s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles ». Toutefois, « [l]es organismes législatifs [...] ne constituent pas des enclaves à l'abri de l'application du droit commun du pays », et une partie qui tente d'invoquer le privilège a la charge d'en établir l'existence et l'étendue.

La Cour a maintenu que l'existence et l'étendue d'un privilège revendiqué sont déterminées au moyen de l'application d'un critère à deux volets. Le premier consiste à établir si « [l'existence] et l'étendue du privilège revendiqué ont été établies péremptoirement en ce qui concerne notre propre Parlement ou la Chambre des communes de Westminster ». Une fois que l'existence et l'étendue d'une catégorie de privilège ont été établies, « le Parlement est seul juge de l'opportunité et des modalités de son exercice, qui échappe à tout contrôle judiciaire ». Les catégories de privilège établies sont notamment la liberté de parole¹, le contrôle qu'exercent les chambres du Parlement sur les « débats ou travaux du Parlement » – garanti par la *Bill of Rights de 1689 du Royaume-Uni* (y compris la procédure quotidienne de la Chambre)², le pouvoir d'exclure les étrangers (c.-à-d. le public) des débats³, et le pouvoir disciplinaire du Parlement à l'endroit de ses membres et des non-membres qui s'ingèrent dans l'exercice des fonctions parlementaires⁴.

Si l'existence et l'étendue du privilège revendiqué n'ont pas été établies péremptoirement, le second volet du critère exige que l'assemblée ou son membre qui cherchent à bénéficier de l'immunité démontrent que :

la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l'exécution de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris de la tâche de l'assemblée législative de demander des

comptes au gouvernement, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou le membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement.

Il s'agit là de l'explication la plus exhaustive que la Cour fournit au sujet du « critère de nécessité », concept qu'elle qualifie plus loin de « fondement historique de tout privilège parlementaire ». Le juge Binnie souscrit à la définition du privilège parlementaire fondé sur la nécessité qu'a donnée Maingot, à savoir « l'indispensable immunité que le droit accorde aux membres du Parlement et aux députés des dix provinces et des deux territoires pour leur permettre d'effectuer leur travail législatif ». Par conséquent, lors d'un contrôle judiciaire, l'existence et l'étendue d'un privilège revendiqué sont déterminées par l'application du critère de nécessité qui, en soi, est expressément ancré dans la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire dans l'immunité du contrôle judiciaire lorsqu'une telle immunité est jugée essentielle pour que les législateurs « effectue[ent] leur travail législatif ».

En résumé, l'arrêt *Vaid* semble indiquer que, pour avoir gain de cause lors de la revendication d'un privilège devant un tribunal, la partie revendicatrice doit démontrer soit que l'existence et l'étendue du privilège ont été établies péremptoirement, soit que le type de privilège revendiqué est essentiel pour que l'assemblée ou ses membres puissent délibérer et légiférer « dignement et efficacement ». Si l'existence et l'étendue du privilège revendiqué sont valablement établies quant à l'un ou l'autre de ces volets du critère, les tribunaux n'examineront pas l'exercice qui en a été fait.

Pourtant, dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, les juges majoritaires ont conclu que le pouvoir d'exclure les étrangers d'une assemblée législative relevait de la catégorie des privilèges établis péremptoirement, mais ont poursuivi en abordant l'argument de principe (soit le second volet du critère établi dans *Vaid*), se demandant si cette revendication du privilège répondait au critère de nécessité. Les juges majoritaires, après avoir conclu que c'était effectivement le cas, ont refusé d'exercer un contrôle judiciaire sur la décision du président d'exclure les membres des médias de l'assemblée, malgré des arguments plausibles portant à croire que l'utilisation de caméras portatives dans la Tribune de la presse n'aurait pas perturbé les travaux de l'assemblée.

Nous nous pencherons plus loin sur le bien-fondé de ce cadre d'analyse; pour l'instant, il suffit de remarquer que, même lorsque l'existence et l'étendue d'un privilège peuvent être établies grâce à des ouvrages et arrêts antérieurs, les tribunaux vérifieront quand même si le privilège peut remplir le critère de nécessité dans le temps présent. En admettant que l'application du critère de nécessité par les juges majoritaires dans *New Brunswick Broadcasting* n'est pas qu'un simple morceau de bravoure, il s'ensuit que, si la revendication du privilège par le président n'avait pas rempli le critère de nécessité, cette

revendication aurait été rejetée, sans égard au fait qu'elle s'appuie sur des ouvrages et arrêts antérieurs. Dans *Vaid*, la Cour n'a pas eu à attaquer cette question de front puisqu'elle a rejeté l'argument voulant que le privilège allégué puisse s'appuyer soit sur des ouvrages et arrêts antérieurs, soit sur le critère de nécessité. Compte tenu de l'approche adoptée par le tribunal dans *New Brunswick Broadcasting* et du fait que les motifs relatifs au privilège dans *Vaid* ne sont qu'une opinion incidente, une explication plus précise du critère applicable au privilège serait que le soutien des ouvrages et arrêts antérieurs peut raffermir une revendication de privilège, mais que celle-ci doit répondre au critère de nécessité dans le temps présent.

À première vue, cette façon de contrôler judiciairement les privilèges peut sembler équilibrée et déférente, et représenter une victoire à tout le moins partielle pour ceux qui se méfient de l'activisme judiciaire. En effet, les tribunaux vérifient la légalité de l'acte en contrôlant l'existence et l'étendue d'un privilège revendiqué, mais l'organe législatif est libre de décider du bien-fondé de l'exercice éventuel du privilège dans le cadre des catégories préétablies. Pourtant, comme nous le verrons plus loin, le fait de créer une distinction entre, d'une part, l'établissement de l'existence et de l'étendue d'un privilège et, d'autre part, l'exercice de ce privilège dans un cas particulier, soulève les mêmes difficultés que les efforts autrement déployés en droit public pour dissocier formellement le contrôle judiciaire de la légalité (ou de la compétence) du contrôle judiciaire du fond de l'affaire (ou des « simples » erreurs de droit).

La Cour a clairement indiqué que le contrôle judiciaire sera plus approfondi pour une demande d'immunité relative à l'exercice de pouvoirs qui empiètent sur les droits des non-parlementaires. Demeure la question de savoir comment un tribunal pourrait, dans le cadre d'analyse exposé plus haut, approfondir son examen dans une telle situation. Même s'il existait une réelle différence qualitative entre l'examen de l'existence et de l'étendue du privilège (examen de la légalité) et l'examen du bien-fondé de son utilisation (examen du fond de l'affaire), il est difficile d'imaginer de quelle façon les tribunaux pourraient examiner plus attentivement des situations mettant en cause des non-parlementaires sans tenir compte des effets de l'exercice du privilège sur ceux-ci. Après tout, on peut présumer que ce sont ces effets mêmes qui méritent un examen plus attentif. Le fait de suggérer un examen plus approfondi dans ces situations revient à reconnaître d'emblée, quoique de façon implicite, la fragilité de la distinction entre l'examen de la légalité et l'examen du fond de l'affaire.

Dans *Vaid*, le juge Binnie a jugé que la « gestion du personnel » désignait adéquatement le large privilège qu'invoquait le président et la Chambre, et que les ouvrages et arrêts canadiens et britanniques appropriés n'indiquaient pas que le privilège les immunisait quant à toutes leurs relations de travail avec les employés. De même, dans le second volet de son examen, la Cour a conclu que le privilège revendiqué ne

peut se justifier, sur le plan des principes, selon le critère de nécessité puisque la gestion de certains employés, comme M. Vaid, n'avait que peu ou pas d'incidence sur l'autonomie et l'immunité nécessaires au Parlement pour qu'il remplisse son mandat constitutionnel.

En définitive, l'affaire de M. Vaid a été jugée selon les principes ordinaires d'interprétation des lois provenant du droit administratif. Bien que le juge Binnie ait statué que les employés de la Chambre étaient assujettis à la LCDP, il a conclu, en raison des faits lui ayant été présentés, que la situation de M. Vaid était une affaire relevant de l'emploi, tout en comportant potentiellement une question de droits de la personne, plutôt qu'une affaire portant en soi sur les droits de la personne dans un contexte de travail. Il a ordonné que l'affaire soit tranchée sous le régime de la LRTP plutôt que devant le TCDP, mais a souligné que l'arbitre agissant sous le régime de la LRTP avait le pouvoir d'examiner des questions relatives aux droits de la personne, telles que la discrimination et le harcèlement.

Réexamen de l'approche fondée sur les catégories

Le juge Binnie a examiné, et expressément rejeté, le point de vue de la Cour d'appel fédérale selon lequel, lors du contrôle judiciaire, la partie qui souhaite établir un privilège doit démontrer la nécessité à la fois de son existence et de son exercice. Il a cherché à fonder sa décision sur la distinction, mentionnée plus haut, entre l'examen de la légalité et celui du fond de l'affaire. À son avis, l'examen de la légalité peut se limiter, en principe, à celui de l'existence et de l'étendue d'une catégorie de privilège, alors que l'examen de l'exercice d'un privilège ne peut être entrepris puisque cela sous-entendrait de juger du bien-fondé de l'invocation du privilège. Selon lui, le pouvoir de porter un tel jugement revient exclusivement à la Chambre et à ses membres. Comme nous le verrons, cette méthode pose un problème, en ce que les juges qui examinent l'étendue d'un privilège revendiqué doivent procéder exactement au même examen que s'ils examinaient l'exercice d'un privilège dans un cas particulier.

Dans l'affaire *Vaid*, la Cour a aisément pu avancer qu'un privilège accordant l'immunité au président et à la Chambre pour tout ce qui a trait à la « gestion des employés » était d'une portée trop grande pour remplir le critère de nécessité. Mais le fait de dire qu'un privilège est d'une portée trop grande revient à dire que certaines de ses applications ne peuvent bénéficier de l'immunité parce qu'elles s'éloignent trop de l'exercice des fonctions constitutionnelles de l'assemblée législative et, donc, que les revendications de privilège fondées sur un tel exercice du pouvoir ne pourront répondre au critère de nécessité, qui permet d'établir l'existence d'un privilège. En d'autres mots, l'établissement de l'étendue appropriée d'un privilège putatif sous-entend l'étude des *types* de privilèges qui sont susceptibles de remplir le critère de nécessité. L'examen de

l'exercice d'un privilège en particulier ne s'en différencie que dans la mesure où un *cas* particulier d'un type d'exercice d'un privilège est à l'étude. Néanmoins, étant donné que tous les cas de même type sont nécessairement similaires quant à leurs aspects essentiels, une analyse visant à déterminer si un cas protégé par un certain type de privilège résistera à l'examen présuppose une analyse du type en question afin de savoir s'il pourrait être protégé par un privilège et donc résister lui-même à l'examen. Bien que j'avance plus loin que les différences factuelles relatives aux divers exercices du privilège puissent avoir des conséquences sur le plan juridique, je soutiens que l'analyse visant à déterminer si l'exercice d'un privilège en particulier respecte le critère de nécessité est, en principe, similaire à une analyse de l'étendue et d'une catégorie de privilège. La raison sous-jacente en est que l'étendue renvoie précisément à l'ensemble des exercices possibles du privilège qui respecte les limites de cette portée.

Le juge Binnie semble être conscient de ce problème, puisqu'il souligne « la distinction entre le fait de définir l'étendue d'un privilège, qui ressortit aux tribunaux, et celui d'évaluer l'opportunité de son exercice, qui ressortit à l'assemblée législative. Le présent pourvoi peut néanmoins servir à illustrer cette distinction, à la lumière des faits de l'espèce ». Selon lui, la question relative à l'étendue du privilège qui illustre cette différence est de « savoir si le privilège vise les actions touchant le personnel de soutien (comme le personnel de la restauration) qui appuie les membres du Parlement d'une manière générale, mais ne contribue aucunement à l'exercice de leurs fonctions constitutionnelles ». Dès que l'étendue du privilège est établie, « il reviendra à la Chambre d'agir à l'égard des employés appartenant aux catégories visées par le privilège et l'exercice du privilège dans un cas particulier ne sera pas assujéti à l'examen des tribunaux ». On peut donc croire que l'adjoint administratif du président serait visé par la catégorie de la « gestion du personnel », et donc que son lien d'emploi avec le président serait protégé par le privilège. Par conséquent, le président aurait la possibilité de mettre fin à l'emploi de cet adjoint pour quelque raison que ce soit (y compris des motifs discriminatoires), et pourrait ensuite invoquer le privilège pour soustraire son geste à l'examen du TCDP et des tribunaux.

La justification de la distinction entre le fait de définir l'étendue d'un privilège et celui d'évaluer l'opportunité de son exercice présuppose cependant sans contredit que l'étendue de la catégorie appropriée est définissable uniquement en fonction du poste qu'occupe un employé en particulier. Pourtant, rien ne permet de croire que la détermination de l'étendue doit respecter de telles limites. Bien qu'il soit *possible* de déterminer l'étendue du privilège de façon à inclure, par exemple, « la gestion de l'adjoint administratif du président », il est tout aussi possible de la déterminer ainsi : « gestion de l'adjoint administratif du président de façon à respecter les droits de la personne ». En principe, rien ne permet de croire

que le fait d'exiger du président qu'il respecte les droits de la personne de son adjoint empiète indûment sur sa capacité d'exercer ses fonctions.

Là aussi, le juge Binnie semble remarquer que, mis à part les exigences relatives à la nécessité, il n'existe, a priori, aucune contrainte quant à la façon dont on peut déterminer l'étendue d'un privilège revendiqué. Il présente donc une argumentation utile et pragmatique à la défense de la distinction entre la détermination de l'étendue d'un privilège et l'opportunité de son exercice. Il convient de citer intégralement ce passage, puisqu'il révèle la façon dont cette approche restreint les responsabilités du détenteur du privilège lors d'examen tant judiciaires que publics.

À supposer, par exemple, que les tribunaux d'instance inférieure aient eu raison de conclure à l'existence d'une « exception fondée sur les droits de la personne », quiconque traite avec la Chambre des communes pourrait contourner l'immunité juridictionnelle conférée par un privilège simplement en alléguant qu'un acte discriminatoire a été commis en violation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Une telle règle équivaldrait à inviter un organe externe à contrôler les raisons qui sous tendent l'exercice du privilège dans chaque cas particulier. L'autonomie de l'assemblée législative, qui au départ est la raison d'être de la doctrine du privilège parlementaire, serait ainsi, de fait, réduite à néant.

Par contre, l'objection préliminaire des intimés selon laquelle les appelants ont attribué une portée excessive à leur privilège [...] vise l'étendue de l'activité couverte par le privilège et [...] il s'agit d'une question préjudicielle qui relève à bon droit des tribunaux.

À mon avis, il est loin d'être évident qu'une simple allégation de discrimination se soustrairait nécessairement à l'immunité juridictionnelle que confère le privilège, ni d'affirmer sans plus qu'il s'agit d'une pétition de principe à opposer à ceux qui soutiennent qu'aucune pratique discriminatoire ne peut bénéficier de l'immunité. Tant ici que dans l'introduction précédant son analyse, il semble que le juge Binnie se soucie surtout du fait que l'examen de l'exercice du privilège dans un cas particulier pourrait faire obstacle à la capacité de la Chambre de mener ses travaux. Il est néanmoins fin prêt à admettre que les individus peuvent unilatéralement demander que l'étendue du privilège soit soumise à un contrôle judiciaire; comme nous l'avons exposé plus haut, l'examen de l'étendue du privilège est d'une nature similaire à celle de l'examen de l'exercice du privilège, puisque tous deux exigent du tribunal qu'il soupèse les raisons favorables et défavorables à la reconnaissance d'un type particulier de privilège. De plus, les demandes frivoles et vexatoires fondées sur une violation de droits de la personne peuvent être rejetées à la suite d'une requête préliminaire, les dépens pouvant être imposés au plaignant. De façon pratique, de telles motions préliminaires

pourraient être traitées au moins aussi rapidement que celles portant sur l'étendue d'un privilège revendiqué.

Que ce soit dans l'arrêt *Vaid* ou dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, le tribunal n'appuie sur aucune preuve sa revendication empirique selon laquelle le contrôle judiciaire de l'exercice du privilège ouvrirait tout grand la porte à une avalanche de litiges qui porteraient atteinte à la capacité des assemblées législatives d'assumer leurs fonctions. Avant l'arrêt *Vaid*, il existait manifestement des doutes sur la possibilité, pour les tribunaux, de contrôler l'exercice réel du privilège lorsque des questions de droit de la personne étaient en jeu; les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont confirmé cette possibilité. Cependant, malgré qu'il soit possible pour les plaignants de demander aux tribunaux de contrôler l'exercice du privilège, l'avalanche de litiges redoutée par la Cour suprême ne s'est jamais matérialisée. En somme, l'argument empirique du tribunal à l'encontre du contrôle judiciaire de l'exercice du privilège est hypothétique, et l'absence d'arrière de litiges sur le privilège parlementaire prouve que l'hypothèse du tribunal n'était pas fondée.

On pourrait pourtant croire que les contestations du privilège seraient moins fréquentes si elles étaient restreintes à l'existence et à l'étendue du privilège, puisque l'élimination du contrôle judiciaire de son exercice semble éliminer un motif de contrôle. Le juge Binnie ne présente aucun argument pour appuyer l'idée que ceux qui contestent le privilège seront moins en mesure de le mettre en doute, ou moins disposés à le faire, en se fondant sur son existence et son étendue plutôt que sur son exercice. Il est peu probable qu'un tel argument puisse faire mouche. La décision de porter plainte contre un corps législatif ou ses membres se prend unilatéralement par le plaignant et, du moment qu'un recours demeure possible, les juges auront peu de contrôle sur le nombre de cas qui leur sont soumis. Par ailleurs, si un exercice particulier du privilège est douteux parce qu'il semble ne pas remplir le critère de nécessité, un avocat pourra toujours soutenir que le privilège revendiqué ne possède pas l'étendue nécessaire, c'est-à-dire qu'il ne comprend pas le type de cas dont fait partie cet exercice particulier du privilège, mais n'est qu'un cas parmi d'autres.

Si le tribunal avait vraiment l'intention de prendre au sérieux son argument sur l'avalanche de litiges, il devrait affirmer qu'aucun contrôle judiciaire des questions tranchées par le président et la Chambre n'est permis. Au contraire, le tribunal est poussé vers cet argument peu plausible parce qu'il ne peut se résoudre à éliminer complètement le contrôle judiciaire, et parce qu'il considère à la fois le privilège parlementaire et son pouvoir de contrôle judiciaire exclusivement sur le plan du partage formel des pouvoirs, où les droits de la personne et d'autres valeurs fondamentales ne jouent aucun rôle dans la détermination des fins auxquelles le privilège peut être invoqué. Parallèlement, le tribunal reconnaît la fragilité de la distinction entre étendue et exercice, et il a donc recours à

l'argument de l'avalanche de litiges pour tenter d'empêcher que cette distinction disparaisse.

Le privilège parlementaire et la primauté du droit

Le précédent fondamental dans la jurisprudence canadienne sur les fins illégitimes et la règle de droit est l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*⁵. Cet arrêt démontre que les pouvoirs publics ne peuvent être utilisés à des fins illégitimes ni exercés pour des motifs non pertinents. Toutefois, ce n'est qu'au moment de l'exercice d'un privilège que l'on peut déterminer si celui-ci est invoqué d'une manière compatible avec des fins fondées sur la nécessité, et si de telles fins exigent le recours au privilège. Par conséquent, bien que l'examen de l'étendue d'un privilège soit, dans une mesure importante, similaire à l'examen de son véritable exercice – les deux se rapportant à l'examen d'un type de privilège –, seul ce dernier permet au tribunal de déterminer si l'exercice autrement licite d'un privilège a été invoqué à des fins illégitimes ou pour des motifs non pertinents. Autrement dit, seul l'examen de l'exercice effectif du privilège permet au tribunal d'assujettir le privilège parlementaire au principe de la primauté du droit reconnu dans l'arrêt *Roncarelli*. Étant donné que les tribunaux ont reconnu que les organes législatifs au Canada ne constituent pas « des enclaves à l'abri de l'application du droit commun du pays », la meilleure façon d'aborder le privilège parlementaire est de le rendre compatible avec l'interprétation de la primauté du droit donnée par les tribunaux.

Le fait de soumettre l'exercice effectif du privilège à un contrôle judiciaire exigerait du détenteur du privilège qu'il justifie son recours à celui-ci, et cette justification ne peut que favoriser l'obligation de rendre compte des agents du Parlement qui tentent d'échapper à l'emprise du droit commun en recourant au privilège. David Dyzenhaus soutient que la culture du droit se définit le mieux comme une culture de justification publique⁶. Du point de vue de la reddition de comptes, l'un des aspects troublants de la décision du juge Binnie est qu'il condamne la possibilité qu'un organe de révision scrute les raisons motivant l'exercice du privilège. Supposons encore une fois que le président congédie son adjoint, et que la portée de la catégorie « gestion du personnel » englobe les rapports entre celui-ci et le président. Supposons également que cet adjoint se retrouve en possession d'un courriel du président où celui-ci indique clairement que le congédiement se fonde sur des motifs racistes et discriminatoires. Le juge Binnie n'exigerait pas du président qu'il donne des explications à propos du courriel, ni qu'il justifie le congédiement de quelque manière que ce soit.

Selon le juge Binnie, si l'on exigeait, dans ces circonstances, une justification qui était ensuite soumise au contrôle judiciaire, « l'autonomie de l'assemblée législative, qui au départ est la raison d'être de la doctrine du privilège parlementaire, serait ainsi, de fait, réduite à néant ». Toutefois,

si l'examen des plaintes relatives aux droits de la personne par le TCDP et les tribunaux de droit commun devenait réellement trop lourd, le Parlement pourrait légiférer explicitement pour se soustraire à l'application de la LCDP et prévoir des privilèges supplémentaires afin de protéger les parlementaires. En ce sens, le Parlement a le dernier mot, mais l'obliger à énoncer explicitement son intention d'échapper à l'application de la LCDP et au contrôle judiciaire quant aux questions relatives aux droits de la personne forcerait le gouvernement à défendre publiquement cette mesure, rendrait, de ce fait, l'ordre juridique interne du Parlement plus transparent, ce qui, à son tour, rendrait le gouvernement plus redevable envers l'électorat. Les juges pourraient alors considérer dans quelle mesure les droits de la personne influencent les principes constitutionnels non écrits qui leur permettent d'examiner les allégations de violation des droits de la personne à la lumière de textes de loi clairs. Cependant, ce qui importe ici, c'est qu'exiger du Parlement qu'il recoure à des lois claires dans ce contexte constituerait une victoire pour la primauté du droit et la reddition de comptes, en ce sens que nos représentants élus devraient prendre la responsabilité publique d'admettre qu'ils se sont délibérément opposés à ce que les normes en matière de droit de la personne s'appliquent à eux.

Les droits de la personne obtenant un large appui du public, il est sans doute peu probable que le Parlement légifère pour se soustraire à l'application de la LCDP afin de protéger le président ou un député du contrôle judiciaire du TCDP ou des tribunaux. Dans ce cas, l'approche que je préconise pour le contrôle judiciaire du privilège peut sembler trop interventionniste, puisqu'elle semble laisser le dernier mot aux tribunaux et élargir les motifs de contrôle judiciaire pour inclure l'exercice du privilège et les raisons pouvant justifier cet exercice.

Nous pourrions répondre à cette objection qu'il suffit de rester fidèle au principe, et insister sur le fait que le manque d'appui de la population à l'égard de lois soustrayant les parlementaires au régime des droits de la personne prouve que de telles lois constitueraient une mauvaise politique et, par ailleurs, que le Parlement est toujours libre d'en adopter s'il décide de le faire. Cette réplique est trop rapide, cependant, parce qu'elle ne règle toujours pas le trop grand pouvoir d'interprétation du privilège parlementaire dont disposeraient les juges.

Une meilleure réponse consiste à examiner plus en détail les conséquences de la démarche fondée sur la question de la compétence employée par la Cour suprême pour faire la distinction entre le contrôle judiciaire de l'existence et de l'étendue d'un privilège et le contrôle judiciaire de son exercice. Comme nous l'avons vu, le juge Binnie assimile cette démarche à une réticence à examiner les raisons données pour défendre l'exercice du privilège. Toutefois, les juges n'ayant besoin que d'un minimum de savoir-faire pour contrôler un exercice particulier du privilège sous le couvert du contrôle judiciaire de

l'étendue, la véritable différence pratique entre ces deux démarches de contrôle judiciaire opposées est que seule celle du juge Binnie refuse de prendre en compte toutes les raisons présentées, ou qui auraient pu l'être, pour soutenir une assertion de privilège pour des motifs de nécessité. Rappelez-vous l'opinion majoritaire de la Cour dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, qui accorde au président de l'Assemblée législative de la Nouvelle Écosse le droit absolu d'interdire aux médias de filmer et de télédiffuser les travaux de cette dernière.

La juge McLachlin s'est demandé s'il était vraiment nécessaire que le droit d'exclure des étrangers soit absolu, et a répondu à cette question de façon révélatrice :

À mon avis, un système de contrôle judiciaire [du pouvoir d'exclure des étrangers] créerait ses propres problèmes, indépendamment de la question constitutionnelle de savoir quel droit les tribunaux ont-ils de s'immiscer dans le processus interne d'une autre branche du gouvernement. La décision de l'Assemblée ne serait pas définitive. L'Assemblée se trouverait aux prises avec des poursuites judiciaires et des appels au sujet de ce qui est gênant et de ce qui ne l'est pas, ce qui pourrait en soi entraver son bon fonctionnement. Cela vient appuyer la proposition séculaire et acceptée selon laquelle il est nécessaire au bon fonctionnement d'une assemblée législative inspirée du système parlementaire du Royaume-Uni que cette assemblée possède le droit absolu d'exclure des étrangers de son enceinte lorsqu'elle estime que leur présence l'empêche de fonctionner efficacement.

À l'instar du juge Binnie dans l'arrêt *Vaid*, la juge McLachlin avance l'argument de l'avalanche de poursuites pour refuser aux tribunaux le pouvoir d'examiner si un exercice précis du privilège remplit le critère de nécessité, ce qui, dans ce cas-ci, aurait exigé du président qu'il démontre que le fait de filmer et de télédiffuser les travaux législatifs de la manière proposée aurait nui au bon fonctionnement de l'Assemblée. Plutôt que de traiter du fondement juridique de cette importante question, elle invoque l'argument de l'avalanche de poursuites pour reconnaître le droit absolu – et non susceptible de contrôle judiciaire – d'exclure les étrangers de l'Assemblée. Les arguments pour et contre le bien-fondé d'une couverture médiatique non perturbatrice des travaux législatifs – notamment ceux présentés par le président – sont forcément omis parce qu'ils n'ont aucun lien avec une argumentation sur la compétence en matière de partage des pouvoirs présentée en termes absolus et catégoriques.

Un contrôle judiciaire fondé sur la compétence qui esquivé toute justification ne constitue pas de la retenue. Au contraire, il témoigne d'une indifférence envers l'idée que les assemblées législatives et les députés devraient être traités comme des participants à part entière du développement permanent d'un ordre juridique fondé sur la justification publique, de même qu'une indifférence envers la possibilité qu'ils peuvent, et devraient, présenter des justifications lorsqu'ils invoquent le privilège pour se soustraire au droit commun. Selon la Cour

suprême, la retenue est mieux définie comme le respect des raisons données, ou qui pourraient être données, pour justifier l'exercice du pouvoir public. L'approche adoptée dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, et reprise dans l'arrêt *Vaid*, constitue un malheureux recul de cette idée de retenue.

En outre, lorsque des étrangers sont touchés, le contrôle judiciaire fondé sur la compétence sape le rôle des tribunaux et d'autres organismes juridictionnels en tant que tierces parties indépendantes et impartiales ayant le devoir constitutionnel de déterminer le bien-fondé de la revendication d'un privilège dans le cadre du différend qui leur est soumis. Le privilège est une revendication d'immunité contre le droit commun appliqué par des institutions indépendantes et impartiales, généralement des tribunaux ou des organismes, bureaux ou tribunaux administratifs. Par conséquent, le contexte institutionnel dans lequel le privilège est revendiqué n'oppose pas simplement le revendicateur de privilège à l'étranger. Il met en cause le revendicateur de privilège et l'étranger devant un organisme indépendant et impartial à qui on demande de déterminer s'il est particulièrement justifié d'accorder au revendicateur du privilège l'immunité contre l'application du droit commun. La nécessité peut s'avérer un motif, mais l'idée que la nécessité peut justifier certaines revendications de privilège implique que l'absence de nécessité entraîne le défaut d'établir le privilège. Par conséquent, un tribunal chargé du contrôle judiciaire commettrait deux erreurs s'il affirmait l'existence et l'étendue d'un privilège revendiqué lorsque les faits donnent à penser que l'exercice du privilège confirmé dans le temps présent ne remplit pas le critère de nécessité. Premièrement, le tribunal interpréterait mal l'étendue du privilège, parce qu'il ne la limiterait pas exclusivement aux types d'exercices de privilège nécessaires. Deuxièmement, le tribunal renoncerait à sa responsabilité constitutionnelle qui consiste à s'assurer qu'aucune des parties (dans ce cas, le revendicateur du privilège) ne peut être à la fois juge et partie dans une même affaire sans une justification spéciale, qui fait nécessairement défaut vu la première erreur du tribunal. Ce sont les principales erreurs commises par les juges majoritaires dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*.

La deuxième erreur révèle l'un des deux principes de droit fondamentaux qui se trouvent en opposition dans les cas de privilège parlementaire : personne ne devrait être à la fois juge et partie dans une même affaire. L'autre principe fondamental, exposé implicitement lorsqu'il a été question du critère de nécessité, est que l'ordre juridique démocratique requiert l'existence d'un organisme législatif autonome capable de délibérer et de légiférer sans ingérence extérieure. Dans l'éventualité d'un véritable conflit entre ces deux principes, et seulement dans ce cas, le privilège parlementaire l'emporte parce que, selon le premier principe de tout ordre juridique, certaines lois doivent exister et, dans la tradition de Westminster, cela signifie que le pouvoir législatif de l'État doit disposer de l'autonomie nécessaire pour délibérer et adopter

des lois. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême a maintenu que la primauté du droit « exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif ». Vu sous cet angle, le privilège parlementaire peut être considéré comme un aspect de la primauté du droit. Il est permis de soutenir que c'est la primauté du droit qui définit, en fin de compte, le cadre conceptuel dans lequel le privilège parlementaire se voit accorder une priorité circonscrite afin de le concilier avec d'autres principes de droit inhérents à la primauté du droit, comme l'interdiction pour quelqu'un d'être à la fois juge et partie dans une même affaire.

Nous sommes maintenant à même de constater que les motifs appuyant le contrôle judiciaire, par les juges, de l'exercice du privilège lorsque des étrangers sont impliqués ne donnent aux juges aucun statut spécial auquel ils auraient pu s'attendre à titre de gardiens du principe de la primauté du droit. Les juges ou les autres organismes juridictionnels indépendants et impartiaux, comme le TCDP, doivent contrôler l'exercice du privilège pour la simple raison que, dans le cas contraire, le président ou la Chambre serait à la fois juge et partie dans une même affaire en l'absence d'une justification spéciale. Compte tenu des adaptations nécessaires, l'argument avancé ici s'appliquerait tout autant au juge qui, durant un procès, fait des observations racistes au préjudice évident de l'une des parties. Dans un tel cas, on ne s'attendrait pas à ce que ce même juge établisse si ses observations étaient empreintes de partialité. On s'attendrait à ce qu'il se récuse, et à ce qu'un conseil de la magistrature indépendant prenne des mesures disciplinaires à son égard. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, la juge McLachlin écrit que « [u]n tribunal n'est pas plus justifié de contrôler cette décision [du président] que ne le serait la législature de contrôler la décision d'un tribunal d'interdire, dans la salle d'audience, des activités qu'il estime nuisible au déroulement de ses procédures ». En réponse à cet argument, j'avance qu'on ne s'attendrait pas à ce que la législature contrôle une telle décision d'un tribunal parce qu'elle n'a pas le pouvoir décisionnel et constitutionnel de contrôler les abus de pouvoir public. Cependant, si un juge interdisait dans la salle d'audience la présence de certaines personnes pour des raisons apparemment racistes ou discriminatoires, on s'attendrait à ce que cette décision fasse l'objet d'un contrôle judiciaire par une autorité externe (peut-être un conseil de la magistrature ou un tribunal d'appel).

La légitimité du privilège parlementaire et les décisions des organismes

L'affaire *Vaid* est un cas un peu malheureux lorsqu'il s'agit d'élaborer une théorie du privilège parlementaire, parce qu'aucun privilège n'a été établi et que l'affaire portait sur la revendication d'un privilège qui, s'il avait été établi, aurait fait en sorte que le président soit à la fois juge et partie d'une même

affaire. En outre, la revendication du privilège elle-même n'avait qu'un lien ténu avec le principal motif de privilège, fondé sur la possibilité, pour les députés, de s'exprimer librement pour délibérer, légiférer et tenir le gouvernement responsable. Aucun des arguments présentés ci-dessus ne devrait être interprété de manière à jeter un doute sur la légitimité du pouvoir du président de diriger les parlementaires afin d'assurer l'ordre et le décorum au Parlement. Par l'intermédiaire du Règlement de la Chambre et de très nombreuses règles et procédures, nos assemblées législatives ont mis au point un régime légal complexe qui leur est propre. Le juge Binnie a raison de dire que les tribunaux font bien d'éviter généralement de contrôler les travaux internes du Parlement, car le président et le personnel de la Chambre chargé de gérer l'administration des règles et procédures qui y sont élaborées les connaissent mieux que quiconque.

Cependant, depuis que le juge Dickson a établi les assises de la retenue judiciaire dans l'arrêt historique *SCFP c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, le tribunal hésite à contrôler les décisions d'organismes ayant recours à des démarches catégoriques qui étaient parfois exprimées par des questions « collatérales » ou « préliminaires » soumises à la compétence de l'organisme. L'hésitation du tribunal vient en partie du fait qu'il n'existe aucune méthode satisfaisante permettant d'établir une distinction entre de « simples » erreurs de droit (comme des erreurs présumées d'interprétation d'une disposition d'une loi habilitante) et des erreurs juridictionnelles⁷. Si un tribunal juge qu'un organisme a commis une erreur dans l'interprétation de sa loi habilitante, il lui devient alors beaucoup trop facile de conclure que la décision de l'organisme doit être annulée en raison de l'absence de compétence, puisque la décision est fondée sur le fait que l'organisme applique par erreur un pouvoir que la loi ne lui confère pas. Comme nous l'avons vu dans les arrêts *New Brunswick Broadcasting* et *Vaid*, des problèmes surviennent également lorsqu'on tente de séparer le contrôle judiciaire des questions de compétence du contrôle judiciaire du bien-fondé au moyen d'une théorie renouvelée des questions préliminaires cherchant à définir de manière abstraite l'étendue du privilège.

À la suite de l'arrêt SCFP, le tribunal a conçu une démarche « pragmatique et fonctionnelle » qui tient compte de plusieurs facteurs contextuels pour déterminer la norme de contrôle judiciaire appropriée qui s'applique aux décisions d'organismes (selon que la décision est correcte, raisonnable *simpliciter* ou manifestement déraisonnable). Vu la reconnaissance, par la Cour suprême, de la légitimité du pouvoir de la législature de diriger ses travaux internes, et vu les difficultés qui vont de pair avec la démarche fondée sur la compétence pour le contrôle judiciaire du privilège parlementaire, le tribunal devrait envisager de recourir à la démarche pragmatique et fonctionnelle pour établir la norme de contrôle judiciaire applicable à une décision d'invoquer le privilège. Le recours à la démarche pragmatique et

fonctionnelle permettrait à un tribunal de révision de tenir compte d'importants facteurs contextuels, comme le fait que la revendication du privilège porte sur des questions de droit de la personne ou sur les droits de personnes autres que les députés. Généralement, si le litige ne porte pas sur ces questions, mais sur un conflit entre les députés d'une assemblée ou entre les députés et le président, le tribunal devrait respecter la norme de la décision manifestement déraisonnable, qui commande la plus grande retenue. Si des étrangers sont impliqués et que la *Charte* ou les droits de la personne sont en jeu, une norme permettant une moins grande retenue serait habituellement justifiée.

La démarche pragmatique et fonctionnelle devrait aussi être adoptée lorsqu'un tribunal de révision est appelé à examiner soigneusement la décision qu'un bureau administratif, comme le TCDP, a rendue sur une question de privilège. Dans l'arrêt *Vaid*, seule la juge Tremblay-Lamer, de la Section de première instance de la Cour fédérale, a utilisé la démarche pragmatique et fonctionnelle pour contrôler la décision du TCDP. La Cour d'appel fédérale et la Cour suprême ont abandonné cette démarche, sans doute parce qu'il s'agissait d'une question de compétence. Si les tribunaux d'appel avaient eu recours à la démarche pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable aurait presque certainement été celle de la décision correcte, qui est la norme de contrôle la plus stricte, à laquelle une décision d'un organisme ne peut être conforme que si elle correspond à la décision définitive du tribunal de révision. Il est préoccupant de constater que la Cour suprême a ressuscité la théorie des questions préliminaires et qu'elle a abandonné la démarche pragmatique et fonctionnelle, tant à l'égard de la revendication du privilège par le président que du contrôle judiciaire de cette revendication par le TCDP. La Cour semble réticente à envisager des motifs de retenue possibles, parce qu'il s'agit d'une revendication du privilège parlementaire fondée exclusivement sur la compétence, plutôt que sur la détermination de l'institution la mieux placée pour établir le bien-fondé de la question de fond (p. ex., déterminer si la couverture médiatique non perturbatrice des débats sur les projets de loi nuit à la capacité de la législature de faire son travail). Cette conclusion est renforcée par le fait qu'à divers niveaux de contrôle judiciaire dans l'arrêt *Vaid*, seule la juge Tremblay-Lamer a discuté des raisons données par le TCDP.

Dans les cas de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un organisme administratif rejetant la revendication du privilège, la meilleure démarche, pour tous les tribunaux de révision, serait d'examiner d'abord les raisons données par l'organisme, puisqu'il est probable que ce dernier possède une excellente connaissance de ses propres compétences. À titre corollaire, l'organisme pourra offrir un point de vue utile sur les types de revendications pouvant être jugées comme ne relevant pas de sa compétence, même s'il n'a jamais été saisi d'une revendication du privilège parlementaire auparavant. En définitive, c'est grâce à la communication publique des motifs

que toutes les parties peuvent participer, avec le tribunal, à l'élaboration d'une culture juridique qui traduit un engagement commun envers la primauté du droit, engagement qui donne la place d'honneur à la transparence et à la justification publique et, par conséquent, à la reddition de comptes.

Notes

1. Voir *Stopforth c. Goyer* (1979), 23 O.R. (2d) 696 (C.A.), p. 700; *Re Clark and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593 (H.C.); *Bill of Rights de 1689 du Royaume Uni*, art. 9; *Prebble c. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (C.P.); *Hamilton c. Al Fayed*, [2000] 2 All E.R. 224 (H.L.).

2. *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) p. 595, par. 23.

3. *New Brunswick Broadcasting*, [1993] R.C.S. 319; *Zündel c. Boudria* (1999), 46 O.R. (3d) 410 (C.A.), par. 16; *R. c. Behrens*, [2004] O.J. No. 5135 (QL), 2004 ONCJ 327 [« *Behrens* »].

4. *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Tafler c. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511 (C.A.C.-B.), par. 15-18; *Morin c. Crawford* (1999), 29

C.P.C. (4th) 362 (C.S. T.N.-O.); *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400, p. 413; *Behrens*, *supra*, note 3; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 93, 2003 BCCA 239; *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, [2004] 1 R.C.F. 556, 2003 CF 975.

5. [1959] R.C.S. 121 [« *Roncarelli* »].

6. D. Dyzenhaus, « The Legitimacy of Legality », (1996) 46 *University of Toronto Law Journal* 129, p. 162. M. Dyzenhaus attribue le mérite de cette idée à Etienne Mureinik : E. Mureinik, « Emerging from Emergency: Human Rights in South Africa », (1994) 92 *Michigan Law Review* 1977.

7. Dans SCFP, l'affaire dépendait de l'interprétation du terme « employé » dans la *Loi sur les relations de travail dans les services publics*, RSNB 1973, ch. P-25. Le juge Limerick, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a conclu que le tribunal administratif devait arriver à une interprétation correcte du terme « employé » (soit la même que celle du juge) à titre de question préliminaire, sous peine de perdre la compétence de trancher l'affaire. Bien qu'il n'ait pas entièrement abandonné l'idée de compétence, le juge Dickson condamne cette approche.