

SENATE



SÉNAT

CANADA

First Session
Forty-second Parliament, 2015-16-17-18

*Proceedings of the Standing
Committee on*

RULES, PROCEDURES
AND THE RIGHTS
OF PARLIAMENT

Chair:
The Honourable LEO HOUSAKOS

Tuesday, October 2, 2018
Tuesday, October 16, 2018 (in camera)

Issue No. 14

Fifteenth and sixteenth meetings:
Pursuant to rule 12-7(2)(c), consideration of
the orders and practices of the Senate and
the privileges of Parliament

WITNESS:
(See back cover)

Première session de la
quarante-deuxième législature, 2015-2016-2017-2018

*Délibérations du Comité
permanent du*

RÈGLEMENT, DE LA
PROCÉDURE ET DES
DROITS DU PARLEMENT

Président :
L'honorable LEO HOUSAKOS

Le mardi 2 octobre 2018
Le mardi 16 octobre 2018 (à huis clos)

Fascicule n° 14

Quinzième et seizième réunions :
Conformément à l'article 12-7(2)(c) du Règlement,
étude des ordres et pratiques du Sénat et
les privilèges parlementaires

TÉMOIN :
(Voir à l'endos)

STANDING COMMITTEE ON RULES, PROCEDURES
AND THE RIGHTS OF PARLIAMENT

The Honourable Leo Housakos, *Chair*

The Honourable Serge Joyal, P.C., *Deputy Chair*

The Honourable Murray Sinclair, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Batters	Maltais
Dalphond	Mercer
* Day	Mitchell
(or Mercer)	Saint-Germain
Dupuis	Seidman
Frum	* Smith
Gold	(or Martin)
Greene	Wells
* Harder, P.C.	Woo
(or Bellemare)	* Woo
(or Mitchell)	(or Saint-Germain)

*Ex officio members

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 12-5 and to the order of the Senate of November 7, 2017, membership of the committee was amended as follows:

The Honourable Senator Dupuis was added to the membership (*October 5, 2018*).

The Honourable Senator Dalphond was added to the membership (*October 5, 2018*).

The Honourable Senator Ringuette was removed from the membership of the committee, substitution pending (*October 5, 2018*).

The Honourable Senator Marwah was removed from the membership of the committee, substitution pending (*October 5, 2018*).

The Honourable Senator Gold replaced the Honourable Senator Dalphond (*October 2, 2018*).

The Honourable Senator Dalphond replaced the Honourable Senator Gold (*October 2, 2018*).

COMITÉ PERMANENT DU RÈGLEMENT,
DE LA PROCÉDURE ET DES DROITS DU PARLEMENT

Président : L'honorable Leo Housakos

Vice-président : L'honorable Serge Joyal, C.P.

Vice-président : L'honorable Murray Sinclair

et

Les honorables sénateurs :

Batters	Maltais
Dalphond	Mercer
* Day	Mitchell
(ou Mercer)	Saint-Germain
Dupuis	Seidman
Frum	* Smith
Gold	(ou Martin)
Greene	Wells
* Harder, C.P.	Woo
(ou Bellemare)	* Woo
(ou Mitchell)	(ou Saint-Germain)

* Membres d'office

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 12-5 du Règlement et à l'ordre adopté par le Sénat le 7 novembre 2017, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

L'honorable sénatrice Dupuis a été ajoutée à la liste des membres du comité (*le 5 octobre 2018*).

L'honorable sénateur Dalphond a été ajouté à la liste des membres du comité (*le 5 octobre 2018*).

L'honorable sénatrice Ringuette a été retirée de la liste des membres du comité, remplacement à venir (*le 5 octobre 2018*).

L'honorable sénateur Marwah a été retiré de la liste des membres du comité, remplacement à venir (*le 5 octobre 2018*).

L'honorable sénateur Gold a remplacé l'honorable sénateur Dalphond (*le 2 octobre 2018*).

L'honorable sénateur Dalphond a remplacé l'honorable sénateur Gold (*le 2 octobre 2018*).

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Tuesday, October 2, 2018
(43)

[*English*]

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:34 a.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Leo Housakos, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Dalphond, Housakos, Joyal, P.C., Maltais, Marwah, Seidman, Sinclair, Wells and Woo (10).

In attendance: David Groves and Laurence Brosseau, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 12-7(2)(c), the committee considered the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

WITNESS:

As an individual:

Evan Fox-Decent, Professor, Faculty of Law, McGill University.

Mr. Fox-Decent made a statement and answered questions.

At 11:03 a.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

OTTAWA, Tuesday, October 16, 2018
(44)

[*English*]

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met in camera this day at 9:31 a.m., in room 257, East Block, the deputy chair, the Honourable Serge Joyal, P.C., presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Dalphond, Frum, Gold, Housakos, Joyal, P.C., Maltais, Seidman, Sinclair and Woo (10).

In attendance: Michel Bédard, Acting Deputy Law Clerk and Parliamentary Counsel, Senate of Canada; David Groves and Laurence Brosseau, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 12-7(2)(c), the committee considered the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mardi 2 octobre 2018
(43)

[*Traduction*]

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 34, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Leo Housakos (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Dalphond, Housakos, Joyal, C.P., Maltais, Marwah, Seidman, Sinclair, Wells et Woo (10).

Également présents : David Groves et Laurence Brosseau, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'article 12-7(2)(c) du Règlement, le comité étudie les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

TÉMOIN :

À titre personnel :

Evan Fox-Decent, professeur, faculté de droit, Université McGill.

M. Fox-Decent fait une déclaration et répond aux questions.

À 11 h 3, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le mardi 16 octobre 2018
(44)

[*Traduction*]

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit à huis clos aujourd'hui, à 9 h 31, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Serge Joyal, C.P. (*vice-président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Dalphond, Frum, Gold, Housakos, Joyal, C.P., Maltais, Seidman, Sinclair et Woo (10).

Également présents : Michel Bédard, légiste adjoint et conseiller parlementaire par intérim, Sénat du Canada; David Groves et Laurence Brosseau, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'article 12-7(2)(c) du Règlement, le comité étudie les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

At 10:39 a.m., the committee adjourned to the call of the chair.

À 10 h 39, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTEST:

ATTESTÉ :

Le greffier du comité,

Adam Thompson

Clerk of the Committee

EVIDENCE

OTTAWA, Tuesday, October 2, 2018

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:34 a.m., pursuant pursuant to rule 12-7(2)(c), to consider the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

Senator Leo Housakos (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Good morning, colleagues. I would like to call the meeting to order.

I welcome the general public that is following the proceedings of Standing Senate Committee of Rules, Procedure and the Rights of Parliament either here in the room or via the web.

I will start from my left by having my colleagues introduce themselves.

[*Translation*]

Senator Joyal: Senator Serge Joyal from the Kennebec district, Quebec.

[*English*]

Senator Sinclair: Murray Sinclair, Manitoba.

Senator Marwah: Sabi Marwah, Ontario.

Senator Woo: Senator Woo, British Columbia.

Evan Fox-Decent, Professor, Faculty of Law, McGill University, as an individual: Evan Fox-Decent, McGill University.

Senator Wells: David Wells, Newfoundland and Labrador.

[*Translation*]

Senator Maltais: Senator Maltais, Quebec.

Senator Seidman: Judith Seidman from Montreal, Quebec

[*English*]

Senator Batters: Denise Batters, Saskatchewan.

[*Translation*]

The Chair: I'm Senator Housakos from Montreal.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mardi 2 octobre 2018

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 34, conformément à l'article 12-7(2)c) du Règlement, pour étudier les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

Le sénateur Leo Housakos (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Bonjour, chers collègues. La séance est ouverte.

Je souhaite la bienvenue aux membres du grand public qui assistent sur place ou sur le Web aux délibérations d'aujourd'hui du Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement.

J'invite mes collègues à se présenter, en commençant à ma gauche.

[*Français*]

Le sénateur Joyal : Sénateur Serge Joyal, du district de Kennebec, au Québec.

[*Traduction*]

Le sénateur Sinclair : Murray Sinclair, du Manitoba.

Le sénateur Marwah : Sabi Marwah, de l'Ontario.

Le sénateur Woo : Sénateur Woo, de la Colombie-Britannique.

Evan Fox-Decent, professeur, faculté de droit, Université McGill, à titre personnel : Evan Fox-Decent, de l'Université McGill.

Le sénateur Wells : David Wells, de Terre-Neuve-et-Labrador.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Sénateur Maltais, du Québec.

La sénatrice Seidman : Judith Seidman, de Montréal, au Québec.

[*Traduction*]

La sénatrice Batters : Denise Batters, de la Saskatchewan.

[*Français*]

Le président : Je suis le sénateur Housakos, de Montréal.

[English]

We are here to continue this committee's work on parliamentary privilege. In June 2015, in the last session of Parliament, this committee tabled a report entitled, *A Matter of Privilege: A Discussion Paper on Canadian Parliamentary Privilege in the 21st century*. Our committee has agreed to continue that fine work, and this our fifth meeting on the study in this session of Parliament. Parliamentary privilege, as you know, colleagues, is an essential component of our parliamentary democracy. It's imperative to make sure we can do our work effectively and efficiently without any impediments.

Today it's a pleasure to welcome our witness, Professor Evan Fox-Decent. Mr. Fox-Decent is a full professor at McGill University Faculty of Law where he teaches and publishes in legal theory, political theory, private law, public law and international law. He is currently working on an SSHRC-supported project, the Cosmopolitan Justice of International Law. In 2007, he published a commentary following the release of the Supreme Court of Canada decision in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, entitled *Parliamentary Privilege, Rule of Law and the Charter after the Vaid Case*.

In 2012, Professor Fox-Decent's book, *Sovereignty's Promise: The State as a Fiduciary*, was short listed by the Canadian Political Science Association for its tenth C.B. Macpherson Prize for best book published in English or French related to public theory.

Thank you, professor, for accepting our invitation. We will allow for some time for you to make a presentation and then we will open the floor to questions.

Mr. Fox-Decent: Thank you very much to all of you for the generous invitation. It is a great pleasure to be here today. I was advised that I should prepare 10 or 15 minutes of opening remarks. I have had the benefit of reading your excellent report from June 2015. In large measure, the opening comments that I have are a response to what I have read in the report that you prepared a few years ago.

I would like to talk in very general terms about the political framework we might think about when we think about parliamentary privilege, a legal framework that might be helpful for us to think about when we think of parliamentary privilege, and then how we can come to understand what is going on within these frameworks, with Parliament being our premiere federal law-giving institution.

I will try to relate some of these observations to the very well-known test of necessity for parliamentary privilege. I will also have a few brief comments to make with respect to what institutional implications the more general comments I will make in the beginning might have and what institutions we might look

[Traduction]

Nous sommes réunis ici en vue de poursuivre les travaux du comité sur le privilège parlementaire. En juin 2015, pendant la précédente législature, le comité a déposé un rapport intitulé *Une question de privilège : document de travail sur le privilège parlementaire au Canada au XXI^e siècle*. Notre comité a convenu de poursuivre cet excellent travail, et ceci constitue notre cinquième réunion de cette session. Comme vous le savez, chers collègues, le privilège parlementaire est un élément essentiel de la démocratie parlementaire qui nous permet de faire notre travail avec efficacité et efficience, sans entraves indues.

Il me fait grand plaisir de souhaiter la bienvenue à notre témoin, le professeur Evan Fox-Decent. M. Fox-Decent est professeur titulaire à la faculté de droit de l'Université McGill, où il étudie et enseigne la théorie du droit, la théorie politique, le droit privé, le droit public et le droit international. Il travaille actuellement sur un projet soutenu par le CRSH, The Cosmopolitan Justice of International Law. En 2007, il a publié des observations après la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Chambre des Communes) c. Vaid*, intitulées *Le privilège parlementaire, la primauté du droit et la Charte après l'affaire Vaid*.

En 2012, l'Association canadienne de science politique annonçait que le livre du professeur Fox-Decent *Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary* était en lice pour le dixième concours biennal du prix C.B.-Macpherson, remis au meilleur livre publié en anglais ou en français dans le domaine de la théorie publique.

Merci beaucoup, monsieur, d'avoir accepté notre invitation. Je vous invite maintenant à faire votre exposé, puis nous passerons aux questions.

M. Fox-Decent : Merci à tous de votre généreuse invitation. C'est un grand plaisir d'être ici aujourd'hui. On m'a dit de préparer des observations préliminaires de 10 ou 15 minutes. J'ai pris connaissance de votre excellent rapport de juin 2015. Dans une large mesure, mon allocution répond à ce que j'ai lu dans ce document publié il y a quelques années.

J'aimerais aborder en termes très généraux les cadres politique et juridique auxquels on fait référence lorsqu'il est question de privilège parlementaire, pour ensuite voir comment on peut comprendre ce qui se passe dans les limites de ces cadres, compte tenu du fait que le Parlement est l'organe législatif fédéral.

Je vais tenter de relier certaines de ces observations au critère très connu de nécessité en matière de privilège parlementaire. Je vais aussi aborder brièvement les répercussions possibles des points généraux que j'aurai soulevés en préambule et parler des institutions qui pourraient aider le présent comité et d'autres

at to help inform us about the shape parliamentary privilege might take as this committee and others in Parliament try to grapple with the question of whether to codify the rules and norms of privilege or whether to leave them uncodified.

On the political framework of parliamentary privilege, to my mind, as I step back from the trees and try to look at the forest, it has often struck me that the very description of what we're talking about is somewhat unfortunate. When you think of a privilege you think of something that somebody has that perhaps they didn't deserve or perhaps they don't have a right to. My suspicion is that if lay people were asked about parliamentary privileges and immunities they might think, regrettably, that privileges and immunities are kind of get out of jail free cards for parliamentarians and people associated with our federal Parliament.

In terms of the politics of parliamentary privilege, a better way to think about it, or try to present it and understand it, is really as an idea of parliamentary self-government. To me, that is what it's fundamentally about. To what extent does Parliament have the authority to govern its own affairs and to govern affairs that will touch on third parties, insofar as decisions made by parliamentary representatives are necessary for Parliament to fulfil its constitutional role of legislation and deliberation.

With respect to the legal framework, we might think of when we try to think of how we are supposed to understand the role of Parliament as a legal actor, responsible for the governance of itself in a way that will sometimes touch others, coming from McGill you perhaps won't be surprised to hear me suggest that I think a legal framework that can be very helpful in this regard is the framework of legal pluralism. Legal pluralism is simply the idea that courts alone are not the only institutions that ought to be recognized to have authority to interpret and apply the law to people within their care or within their jurisdiction.

In administrative law, which is a course that I teach at McGill, we know that administrative agencies typically have statutory authority to interpret and apply law within their domains. Within First Nations and Indigenous communities, more and more are claiming an entitlement to self-government and autonomy, to be able to give laws to their own people and adjudicate disputes among their own people. These are examples of legal pluralism where we commonly look out in the world beyond the formalized somewhat ceremonial contours of our judicial system and see public entities giving laws, adjudicating disputes, or, in other words, involved in the practice of governance. At least this is one of the frameworks we can use to help us understand, from a blue-sky perspective or a big-picture perspective, what it is we are thinking about or talking about when we talk about Parliament governing its own affairs, this project of parliamentary self-government.

comités parlementaires à voir la forme que pourrait prendre le privilège parlementaire et à déterminer s'il faut codifier ou non les normes et les règles qui s'y appliquent.

Pour ce qui est du cadre politique entourant le privilège parlementaire, je dirai que, lorsqu'on prend un peu de recul afin d'avoir une vue d'ensemble, on constate que la description du concept qui nous occupe est un peu regrettable. Un privilège est souvent perçu comme une chose qu'on possède sans l'avoir vraiment méritée ou sans y avoir droit. J'ai l'impression que si on demandait aux profanes ce qu'ils pensent du privilège et de l'immunité parlementaires, on découvrirait malheureusement que, selon eux, il s'agit d'un genre de passe-droit pour les parlementaires et les personnes associées au Parlement fédéral.

D'un point de vue politique, le concept d'autodétermination parlementaire est une meilleure façon de concevoir et de présenter le privilège parlementaire. D'après moi, c'est essentiellement de cela dont il s'agit : l'autorité du Parlement à gouverner ses propres affaires et des affaires touchant des tiers, dans la mesure où il est nécessaire que les représentants parlementaires prennent des décisions pour que le Parlement légifère, délibère et remplisse le rôle que lui confère la Constitution.

En ce qui concerne le cadre juridique, pensons à la façon dont nous sommes censés comprendre le rôle du Parlement en tant que joueur du domaine juridique, lequel se gouverne lui-même et d'une manière qui peut avoir une incidence sur d'autres. Comme je viens de McGill, vous ne serez sans doute pas surpris de m'entendre dire qu'à cet égard, le pluralisme juridique pourrait s'avérer un cadre juridique très utile. Le pluralisme juridique est simplement l'idée selon laquelle les tribunaux ne sont pas les seules institutions qui devraient avoir le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois pour les gens sous leur responsabilité ou pour leur champ de compétences.

En droit administratif, que j'enseigne à McGill, il est entendu que les organismes administratifs ont le pouvoir légal d'interpréter et de faire respecter la loi dans leur domaine respectif. De plus en plus de communautés autochtones réclament le droit à l'autonomie et à l'autodétermination, afin d'être en mesure de décider des lois pour leurs peuples et de trancher les conflits survenant dans leurs peuples. Ce sont là des exemples courants de pluralisme juridique, où des entités publiques appliquent des lois, règlent des conflits ou, autrement dit, pratiquent la gouvernance en dehors des contours officiels du système judiciaire. Ce cadre peut nous aider à comprendre, dans une perspective globale, ce dont il est question lorsqu'on parle de l'autonomie du Parlement dans la gouvernance de ses affaires.

Where do we go from that starting point? One place to go is to try to take seriously the very idea that Parliament is a public self-governing entity. Like all entities engaged in public governance it has two aspects. Two aspects to public governance flow from the simple idea that because the governance is public it's done on behalf of and for the sake of someone else in Canada, our citizens and others who live within our country. These two aspects are simply the twin ideas of autonomy, on the one hand, and responsibility on the other.

Autonomy is captured by the idea of the test of necessity, a test that has been set forth in various decisions on parliamentary privilege that in rough measure basically say that parliamentary privilege will extend as far as is necessary for Parliament to engage in its legislative and deliberative functions and to do so in a manner that can be expressed as doing so with dignity and efficiency.

This brings us to the other side of public governance, which is responsibility. It is not just that Parliament has autonomy to do what it likes. Whether or not parliamentarians, the Speaker of the house, for example, can be called on the carpet before a court, one of the things that I found most ennobling and praiseworthy in my review of the report is the very clear, deliberate and conscious desire of parliamentarians to understand that the institutions of Parliament exist now in the 21st century with the Charter of Rights and Freedoms in a time in which human rights are celebrated, if not revered. Following from that, it seems throughout this report there is a very deliberate desire on the part of parliamentarians to ensure, whatever privileges they have to make decisions with respect to themselves or with respect to third parties, that those decisions be seen to take place within a transparent framework, within a framework where some accountability is possible and within a framework that pays attention to the Charter, to human rights and to other fundamental values of Canadian society.

This brings me to the final comment I would like to make or suggestion I might have before we open the floor for discussion. That has to do with some of the institutional implications of viewing parliamentary privilege as a project of parliamentary self-government, which has these two aspects of autonomy, on the one hand, and responsibility on the other. This is the idea that in this case, like in so many with human endeavours generally, we don't have to be reinventing the wheel. We can look around and see many other examples of public institutions engaged in self-government for very good reasons; the good reasons being typically that those involved in the governance of these institutions tend to know their membership the best, tend to know the problems that they face the best, and tend to be best placed to deal with those issues at least at first instance.

I am thinking of two kinds of institutions. The first would be professions. All professions are self regulating. We can learn a lot from the structure of self-regulating professions when we turn to reflect on how might Parliament itself be self regulating. Of

Que faire une fois ce constat posé? Nous pourrions essayer de prendre au sérieux l'idée selon laquelle le Parlement est une entité publique autonome. Comme tous les organismes participant à la gouvernance publique, il a deux aspects découlant du simple concept que la gouvernance est exercée au nom et dans l'intérêt des citoyens canadiens et des autres personnes habitant au pays. Il s'agit simplement de deux idées jumelles : d'un côté, l'autonomie, de l'autre, la responsabilité.

La notion d'autonomie est rendue par le critère de nécessité, un critère évoqué dans diverses décisions traitant du privilège parlementaire afin d'établir, en gros, que la portée de celui-ci doit s'étendre aussi loin qu'il le faut pour permettre au Parlement de s'acquitter dignement et efficacement de ses fonctions délibératives et législatives.

Ce qui m'amène à l'autre aspect de la gouvernance publique : la responsabilité. S'il est autonome, le Parlement n'est pas pour autant autorisé à faire ce que bon lui semble. Qu'on puisse ou non appeler un parlementaire — le Président de la Chambre, par exemple — à comparaître devant un tribunal, l'une des choses parmi les plus nobles et les plus louables du rapport est le désir très net et conscient des parlementaires de reconnaître que les institutions du Parlement évoluent au XXI^e siècle, soit à une époque où la Charte des droits et libertés et les droits fondamentaux sont célébrés, sinon vénérés. Aussi, tout le rapport semble vouloir montrer un effort délibéré de la part des parlementaires d'assurer que les décisions les concernant eux-mêmes ou concernant des tiers sont prises dans un cadre transparent où la reddition de comptes est possible, dans le respect de la Charte, des droits de la personne et d'autres valeurs fondamentales de la société canadienne.

J'aimerais faire un dernier commentaire ou suggestion avant que nous lancions la discussion. Il s'agit des répercussions sur les institutions suivant le fait de concevoir le privilège parlementaire comme un projet d'autodétermination parlementaire, avec l'autonomie d'un côté et la responsabilité de l'autre. C'est l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire de réinventer la roue dans ce cas-ci, comme dans tant d'autres entreprises humaines. Il existe de nombreux exemples d'institutions publiques autonomes, et ce, pour de bonnes raisons : en général, ceux chargés d'exercer la gouvernance sont ceux qui connaissent le mieux leurs membres et les problèmes qu'ils rencontrent, et sont souvent les mieux placés pour les régler du premier coup.

Je pense à deux types d'institutions. Premièrement, les professions qui, toutes, s'autoréglementent. Étudier la structure des professions autoréglementées pourrait s'avérer utile dans notre réflexion sur la façon dont le Parlement pourrait lui-même

course, beyond the professions, the second institution that could provide lessons is the judiciary. How does the judiciary self regulate? The judiciary in a sense is the ultimate institution at the apex of legal interpretation in Canada. As such, it is the only institution in a general sense that is responsible itself for the limits of its own jurisdiction.

Of course there is something like that going on with parliamentary privilege as well. Once we get to the point where the existence for privilege is recognized, the doctrine of the court today is that any exercise of that privilege resides with Parliament. What happens if we have a situation where the party that someone has a complaint against is, say, the Speaker of the house and it's the Speaker of the house that also has to then act as a judge of that complaint? There I think we have a real potential tension between parliamentary privilege and the rule of law as we commonly understand it because we don't like to see, for obvious reasons of conflict, people who are involved in a dispute being the people to adjudicate the dispute. How might we resolve something like this?

Again the judicial branch has pointers that are helpful in this respect in that there is a Canadian Judicial Council that in some cases a matter would be referred to. There are processes of recusal that can help to inform certain contexts. Otherwise, there are codes of ethics and norms already well established both within the self-regulating professions and with respect to the judiciary that I think Parliament, the Senate and the house could look at fruitfully for pointers in terms of what to do or what norms to include if in fact the decision is made that codification is the way to go forward with respect to parliamentary privilege.

I look forward to your questions, and I will be quiet for now.

Senator Joyal: Welcome, Professor Fox-Decent. It is a pleasure to listen to you this morning. I don't want to put you on the hot seat, but I cannot resist asking you, in the case of *Chagnon v. Security Guard Union* involving the dispute that arose in the legislative assembly in Quebec, where you would think the definition of privilege claimed by the Speaker meets the requirement that the court has established in *Vaid* when the legislature has determined the rights of the third party involved.

Mr. Fox-Decent: For my benefit and the benefit of everyone else, could you give us the background to the case?

Senator Joyal: Yes, of course, very quickly. Following an allegation of misconduct by one of the security guards of the legislative assembly, the Speaker first sent them notice that he intended to trigger the disciplinary process that was included in the labour agreement the government and the legislature signed with the union. He had second thoughts and he, rather, decided to claim the privilege. In other words, he opted not to be bound by the sections of the collective agreement that provided for a

se réglementer. À part les professions, il y a aussi bien sûr la magistrature. Comment la magistrature se réglemente-t-elle? Dans un sens, la magistrature est l'institution ultime en matière d'interprétation juridique. Elle est la seule institution, dans le sens général du terme, à être elle-même responsable des limites de ses propres compétences.

Bien entendu, on peut faire un parallèle avec le privilège parlementaire. Une fois reconnue l'existence du privilège, la doctrine actuelle de la cour veut que l'exercice de ce privilège appartienne au Parlement. Qu'arrive-t-il dans une situation où le parti qui fait l'objet de la plainte est, disons, le Président de la Chambre et que le Président est celui qui est appelé à trancher dans l'affaire? Selon moi, cela pourrait créer une véritable tension entre le privilège parlementaire et la primauté du droit tel qu'on la conçoit habituellement, car nous n'aimons pas, pour des raisons évidentes, voir un conflit tranché par les personnes impliquées dans le conflit. Comment régler une telle situation?

Ici aussi, le cas de la magistrature offre des pistes utiles. Je pense notamment au Conseil canadien de la magistrature, auquel on fait appel parfois. Il existe des processus de récusation qui peuvent être utiles dans certains contextes. Il y a aussi des codes d'éthiques et des normes déjà bien établis dans des professions autoréglementées et concernant la magistrature, qui, selon moi, pourraient donner des idées de solutions au Parlement, au Sénat et à la Chambre, afin de savoir quoi faire ou quelles normes inclure si on décide éventuellement de codifier le privilège parlementaire.

Je suis prêt à répondre à vos questions. Je vais m'arrêter ici.

Le sénateur Joyal : Bienvenue, monsieur Fox-Decent. C'est un plaisir d'assister à votre exposé ce matin. Loin de moi l'idée de vous mettre sur la sellette, mais je ne peux pas m'empêcher de vous demander si, dans l'affaire *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec* sur un conflit survenu à l'Assemblée législative du Québec, le Président est en droit d'invoquer le privilège parlementaire, d'après le critère établi par la cour dans l'affaire *Vaid*, où le Parlement avait déterminé les droits du tiers.

M. Fox-Decent : Pour ma gouverne et celle de tous ici présents, pourriez-vous nous en dire plus long au sujet de l'affaire?

Le sénateur Joyal : Oui, bien sûr. Je résume. À la suite d'une allégation d'inconduite de la part de gardes de sécurité de l'assemblée législative, le Président a fait savoir en premier lieu qu'il entendait déclencher le processus disciplinaire prévu dans la convention collective conclue entre le gouvernement, l'assemblée législative et le syndicat. Le Président a ensuite changé d'avis et décidé d'invoquer le privilège. Autrement dit, il a choisi de se soustraire aux articles de la convention collective

grievance procedure and fired them outright on the basis of the claim of privilege.

In other words, a group of third parties — that is the security guards who were ruled by the legislature act and the collective agreement — saw their rights totally put aside on a claim of privilege by the Speaker of the legislature.

As you know, the case went from the Court of Appeal to the Supreme Court, so we expect a decision from the court any day now. It is essentially the framework of your presentation that when there is a claim of privilege and third party rights are involved, the first decision for the court is to establish that a claim of privilege exists and then to defer to the authority of Parliament if the conclusion is that the privilege exists.

How do you reconcile that with your two principles of autonomy and responsibility?

Mr. Fox-Decent: You were kind enough to point out that the court will be releasing its judgment on Friday, so I am a bit apprehensive to try to anticipate what they will say.

Senator Joyal: You don't want to.

Mr. Fox-Decent: Whenever I guess on these matters I am almost always incorrect. If I were to look at the doctrine as it exists now, which has the two steps of whether the privilege exists and then it's a matter in this case for the Speaker of the Quebec legislative assembly to exercise it, it's a tall order for the Speaker to convince the court that privilege exists in this case.

The reason I say that is that I think it would be one thing for the Speaker to argue with respect to the Speaker's executive assistant or somebody hired into a position of trust. There we might imagine that person plays a role necessary to the constitutional role of a legislature: providing advice, procuring documents and organizing an agenda on a day-to-day basis. There I think you could see an argument from necessity. The Speaker has to have at his or her disposal the authority to hire or fire almost at will, if you will, the person who will be closest to him or her organizing daily affairs.

That is a long way from a security guard. We can get a sense of this by simply recognizing whether or not it was one security guard or a different person acting as a security guard. It's not really clear that it would make any difference to the way in which the legislature would function. Not to disrespect the important role of security guards in any way, it's not clear that we would think the Speaker has to have his or her fingers on the hiring and firing decisions of security guards in the same way that the Speaker might have to have that kind of prerogative with respect to an executive assistant.

prévoyant une procédure de règlement des griefs et a procédé à un congédiement, arguant que le privilège lui en donnait le droit.

Ainsi, des tiers — c'est-à-dire des gardes de sécurité assujettis aux lois relatives à l'assemblée législative et à la convention collective — ont vu leurs droits totalement ignorés à la suite d'une revendication de privilège par le Président de l'assemblée.

Comme vous le savez, l'affaire est passée de la Cour d'appel à la Cour suprême et nous nous attendons à ce qu'une décision soit rendue incessamment. Essentiellement, vous faites valoir que lorsqu'on invoque le privilège dans une affaire impliquant les droits d'un tiers, il faut d'abord établir l'existence du privilège et s'en remettre à l'autorité du Parlement s'il est conclu qu'il y a bel et bien privilège.

Comment conciliez-vous cela avec les principes d'autonomie et de responsabilité?

M. Fox-Decent : Vous avez eu la gentillesse de mentionner que la cour fera connaître sa décision vendredi. Je suis donc un peu hésitant à en prédire la teneur.

Le sénateur Joyal : Vous ne voulez pas.

M. Fox-Decent : Quand j'essaye de prédire le contenu d'une décision, j'ai presque toujours tort. Selon la doctrine actuelle en deux étapes — la première étant de déterminer s'il y a un privilège, et la deuxième, d'attendre qu'il soit invoqué, en l'occurrence par le Président de l'Assemblée législative du Québec —, je pense que ce ne serait pas une mince affaire pour le Président de convaincre la cour qu'il y a même privilège à revendiquer.

Si je dis cela, c'est parce que je pense que ce serait une chose pour le Président de faire valoir sa position s'il s'agissait d'un adjoint exécutif ou d'une autre employé en position de confiance. Dans un tel scénario, on peut supposer que la personne joue un rôle essentiel à la fonction constitutionnelle de l'assemblée législative — prodiguer des conseils, procurer des documents et dresser l'ordre du jour des activités quotidiennes. Je pense que, dans les circonstances, on pourrait faire valoir l'argument de la nécessité. Il y a lieu pour la présidence d'avoir l'autorité d'embaucher et de congédier, presque à volonté, si vous le permettez, son plus proche adjoint chargé d'organiser ses activités quotidiennes.

On est bien loin de la fonction de garde de sécurité. Il suffit, pour le comprendre, de se demander s'il en aurait été autrement s'il s'agissait d'un autre garde de sécurité plutôt que de celui en question. On n'a pas nécessairement l'impression que cela changerait grand-chose au fonctionnement de la législature. Sans vouloir amoindrir la fonction importante de garde de sécurité de quelque façon que ce soit, je doute qu'on puisse vraiment faire valoir que le Président doit s'intéresser personnellement au recrutement des gardes de sécurité, alors qu'il aurait besoin d'exercer cette prerogative en ce qui concerne un adjoint exécutif.

In *Vaid* we found a similar discussion from Justice Binnie. Of course, although most of that case was about parliamentary privilege, everything on privilege was in fact what lawyers refer to as *obiter dictum* or beside the fact because in the end the Supreme Court simply found that it was a jurisdictional case. Was this a labour case with a human rights dimension, or a human rights case that just happened to take place in the workplace and the court found that it was a labour case with a human rights dimension and so it had been properly referred to arbitration?

My sense is that the court in the Quebec case might think the same thing. One of the principles, again in *obiter* that came out of *Vaid*, was that Parliament was not a so-called statute-free zone. Although some privileges and immunities will be granted with respect to statutory requirements, unless those statutory requirements really would interfere with the running of Parliament, or Parliament performing its constitutional function, we got a fairly clear indication from *Vaid* that ordinary statutes would be allowed to run their course. Parliamentarians would be subject to them as anyone else would be, except for those areas of their conduct where historically it has been viewed as necessary for them to have certain prerogatives, liberties and privileges that non-parliamentarians do not have, such as freedom of speech.

There is a significant distance between freedom of speech on the floor of a legislature, on the one hand, and the ability of a Speaker to dismiss a security guard and just set aside an entire public labour relations regime on the other that does not at least, on its face, seem to directly implicate the constitutional role of the legislature.

Senator Joyal: You outlined very well the link that exists between the *Vaid* case and the *Chagnon* case, if we can call it that raised in front of the Supreme Court.

My second question is about the substance of your presentation. The Canadian Parliament finds itself in a situation, as you know and as the Supreme Court outlined in many of its decisions, and famously in the *Nadon* case in 2014, whereby it has stated quite clearly that we live in a system that works under constitutional supremacy and not parliamentary supremacy per se.

Since we defer essentially to Westminster on that ground, and since our privileges are rooted in the same legal background as the one at Westminster, according to section 18 of the Constitution, I am tempted personally to favour more a third or, I should say, a middle ground between “Parliament is supreme and can do whatever Parliament feels fit to do” and a codification, on the other hand, that would in fact transfer the adjudication of any claim of privilege in the purview of the courts. In other words,

Le juge Binnie aborde une question semblable dans l'affaire *Vaid*. Bien entendu, même si l'affaire portait principalement sur la question de privilège parlementaire, tout ce qui avait rapport au privilège était considéré comme étant *obiter dictum*, ou hors sujet, puisqu'au bout du compte la Cour suprême a décidé que cela revenait à une question de compétence. Était-ce avant tout une question de relations de travail impliquant les droits de la personne, ou bien une atteinte aux droits de la personne qui se serait passée au travail? Et si la cour a décidé que c'était une question de droit du travail impliquant les droits de la personne, est-ce qu'il y avait lieu de renvoyer la cause à l'arbitrage?

J'ai l'impression que la cour suivra le même raisonnement dans l'affaire de l'assemblée législative du Québec. L'un des principes énoncés dans l'opinion incidente de l'arrêt *Vaid* est que le Parlement n'est pas une soi-disant zone franche. Si certains privilèges et certaines immunités sont accordés par rapport aux exigences législatives, il est assez clair dans l'arrêt *Vaid* qu'à moins que ces exigences n'entraient le bon fonctionnement du Parlement ou l'exécution des fonctions constitutionnelles, les lois ordinaires demeurent en vigueur. Les parlementaires y sont assujettis au même titre que tout autre citoyen, sauf dans les domaines où il a toujours été considéré comme essentiel pour eux d'avoir certaines prérogatives, libertés et privilèges que n'ont pas les citoyens ordinaires, comme par exemple la liberté d'expression.

Il y a une énorme différence entre la liberté d'expression sur le plancher d'une législature et le pouvoir de la présidence de congédier un garde de sécurité, écartant d'un seul geste tout un régime public de relations de travail qui, du moins de prime abord, n'a aucune incidence directe sur le rôle constitutionnel d'une législature.

Le sénateur Joyal : Vous avez très bien expliqué les similarités entre l'affaire *Vaid* et l'affaire *Chagnon*, si on peut dire, qui était devant la Cour suprême.

Ma deuxième question porte sur le fond de votre présentation. Le Parlement du Canada se retrouve face au fait — que vous savez et qui a été énoncé par la Cour suprême dans bon nombre de ses décisions, la plus connue étant celle dans l'affaire *Nadon*, en 2014 — que notre système fonctionne selon le principe de suprématie constitutionnelle, plutôt que de suprématie parlementaire.

Bien entendu, nous suivons essentiellement le modèle de Westminster, et puisque nos privilèges ont les mêmes assises législatives que dans le système de Westminster, aux termes de l'article 18 de la Constitution, j'aurais personnellement tendance à préconiser une troisième option — un juste milieu, si vous le voulez bien — entre, d'un côté, la suprématie totale du Parlement et le pouvoir d'agir selon son bon vouloir, et de l'autre, une codification qui transférerait essentiellement

we would judicialize the implementation process of privilege in favour of the court.

What you have outlined is more a middle ground whereby Parliament would recognize the need to protect third party rights, but it would have its own system of “adjudication” that would probably offer the third party the same kind of protection as the principles of fundamental justice that we know quite well and that are enshrined in the code of ethics that governs the conduct of senators.

It seems to me that somewhere between shifting everything and Parliament maintaining its authority there is a middle ground whereby in a claim of privilege that would be the object of a grievance by a third party there would be a process that would offer the same type of protection within the judicial process that could be open to citizens in normal proceedings of the court.

I am tempted to favour that more than being caught in shifting everything to the court. Codification has its merits because it establishes and fixes a clear list of what are the privileges. On the other hand, it doesn't reflect the evolving needs that we confront now with social media and all kinds of allegations of breach of privilege that didn't exist 20 years ago.

It seems to be a more flexible way of achieving what you propose as being the two fundamental principles, the autonomy and the responsibility. In one case, we would keep the autonomy. In the other case, we would shift the responsibility to the court by codification. However, in the middle ground, we would have a medium approach that, in my opinion, could satisfy the two principles you have offered.

Would you see that as being the alternative we should be pursuing?

Mr. Fox-Decent: I like the substance of everything you are saying. I would say, though, that I don't think it is necessarily the case that codification leads to a category-based approach. What strikes me that you're apprehensive about, senator, is the idea that codification will lead to rigid categories where some decisions will go presumptively to the courts to decide, whereas others will be hived away almost entirely from the courts and left to the Speaker or perhaps another body of Parliament.

Again, this is a place where the professions and the judiciary itself can be instructive in that there may be codification, but there can be codification along the lines we have seen with human rights legislation, where not necessarily everything is spelled out but where we talk about there being certain privileges and other privileges that can be established on analogous grounds, for example, the kind of formulation we see in section 15 of our Charter.

toute décision en matière de privilège aux tribunaux. Autrement dit, nous judiciarisons le processus de mise en œuvre du privilège en faveur des tribunaux

Ce que vous décrivez est davantage un juste milieu selon lequel le Parlement reconnaîtrait la nécessité de protéger les droits des tiers tout en disposant de son propre système d'arbitrage qui offrirait sûrement aux tiers les mêmes protections, comme les principes de justice fondamentale que nous connaissons bien et qui sont inscrits dans le code d'éthique gouvernant la conduite des sénateurs.

Il me semble que, quelque part entre un transfert total de pouvoir et le maintien de l'autorité parlementaire, il y a un juste milieu selon lequel lorsqu'une question de privilège fait l'objet d'un grief de la part d'un tiers, il y aurait un processus offrant le même niveau de protection dans les procédures judiciaires qu'aurait un citoyen ordinaire ayant affaire avec les tribunaux.

J'ai tendance à préconiser une solution comme celle-là plutôt que celle qui consiste à tout transférer aux tribunaux. La codification a ses mérites, car elle permet de dresser une liste précise des privilèges. D'un autre côté, elle répond assez mal à nos besoins toujours changeants dans cette ère des médias sociaux qui donne lieu à toutes sortes d'allégations d'atteinte au privilège qui n'existaient pas il y a 20 ans.

Il me semble que ce pourrait présenter une approche plus souple qui respecterait les deux principes fondamentaux que vous évoquez, soit l'autonomie et la responsabilité. Dans un premier cas, nous garderions l'autonomie. Dans un deuxième, nous transférerions la responsabilité aux tribunaux en procédant à la codification. Cela dit, le juste milieu dont j'ai parlé nous permettrait de respecter les deux principes dont vous parlez.

Pensez-vous que ce pourrait être, le cas échéant, une solution possible à envisager?

M. Fox-Decent : J'aime le fond de tout ce que vous dites. Je dirais cependant que je ne pense pas que la codification doive nécessairement entendre une approche à catégories préétablies. Mon impression, sénateur, c'est que vous craignez que la codification entraîne nécessairement la création de catégories rigides qui feront en sorte que certaines décisions relèveraient nécessairement de la compétence des tribunaux alors que d'autres seraient en quelque sorte exclusivement réservées à la présidence ou à un autre organe du Parlement.

Encore une fois, c'est un domaine où les professions et le milieu judiciaire lui-même peuvent nous éclairer sur le fait qu'il est possible de procéder à la codification comme on l'a fait dans les droits de la personne, dont la législation demeure assez vague de manière à permettre l'établissement de certains privilèges et autres selon le principe de l'analogie, comme le permet d'ailleurs le libellé de l'article 15 de notre Charte.

We could imagine open-textured legislation or codification that would nevertheless provide a certain measure of certainty, a certain starting point of inquiry into the scope and nature of a privilege in a given case without necessarily falling into what you quite rightly pointed out would be a trap of rigid categories where some things just get pushed off to the courts right away without the institutions of Parliament having an opportunity to express their views on the matter and others not having that opportunity at all.

My own view is that nothing should go to the courts where there is a matter of dispute with respect to a ruling of the house or the Senate, or a dispute between third parties that have something to do with the house or the Senate, without some institution within the house or the Senate having an opportunity to express its view. Then, generally speaking, if a court challenge is raised and if the matter is an in-house matter, the bar for intervention by the courts should be very high. We got rid of the standard of review of patent unreasonableness as a judicial device, but we still see it in legislation in some places such as British Columbia. I would say that it would be that sort of very deferential approach.

If the question is, say, a member of the house challenging the Speaker who has made a ruling and found the member in contempt, then almost complete autonomy is the right approach. Only a showing of bad faith, improper purposes, corruption or something very severe can penetrate that sort of veil. In the other cases where a third party is involved, again there ought to be within the parliamentary system an opportunity for the party who believes he or she has been wronged to seek redress. Being a country of laws, under the rule of law, generally speaking, there should be in those situations some opportunity to go to the courts.

The courts should always use, as their starting points, the reasons that are offered or could be offered in defence of whatever resolution the parliamentary body reviewing the matter came to, assuming there is such a body in place or the Speaker. It might just be the Speaker in a given case.

Having done that, it falls to the court to come to a determination of whether there is a privilege in play, in which case the court would generally defer. Even if there isn't a privilege in place, it still may be the case that the parliamentary body, which dealt with the matter at first instance, made a perfectly reasonable and just decision, and the court should be open to that.

I agree with the worry about codification. My own view is the more we can get into a culture of the people closest to the dispute offering reasons for their determinations and then having

Dans le même ordre d'idées, on peut bien concevoir d'un texte législatif disons évolutif qui garantirait un certain niveau de certitude, une sorte de point de départ permettant de déterminer l'ampleur et la nature d'un privilège dans une affaire donnée sans nécessairement devoir se retrouver dans le carcan de catégories rigides qui, comme vous l'avez justement souligné, finiraient par automatiquement renvoyer certaines décisions aux tribunaux sans que les institutions du Parlement, et d'autres parties intéressées, n'aient l'occasion de s'exprimer.

Personnellement, je suis d'avis que lorsqu'il est question d'un différend impliquant une décision de la Chambre ou du Sénat, ou d'un différend impliquant un tiers ayant rapport avec la Chambre ou le Sénat, l'affaire ne devrait pas être renvoyée aux tribunaux sans qu'une institution de la Chambre ou du Sénat ait eu l'occasion d'exprimer son opinion. Ensuite, de façon générale, s'il y a contestation judiciaire dans une question interne d'une Chambre, il y aurait lieu d'établir que les tribunaux doivent intervenir seulement dans des circonstances très limitées. On s'est débarrassé de la norme de contrôle judiciaire de la décision manifestement déraisonnable en tant qu'instrument judiciaire, mais elle apparaît toutefois dans certains textes législatifs, comme par exemple en Colombie-Britannique. Je pense qu'une approche rigoureuse de la sorte est de mise.

Supposons qu'un parlementaire qui a été reconnu coupable d'outrage au Parlement conteste la décision du Président; dans un tel cas, c'est l'autonomie quasi complète qui s'impose. Il faudrait démontrer que la décision a été rendue de mauvaise foi ou à mauvais escient, ou bien prouver qu'il y a corruption ou quelque chose de grave, pour percer ce voile. Dans les autres cas mettant en cause un tiers, il faudrait encore une fois que soit prévu dans le système parlementaire un mécanisme permettant aux tiers en cause d'avoir la possibilité d'obtenir réparation. Comme nous sommes dans un pays où règne le droit, un pays régi par les lois, en règle générale il faudrait dans de telles situations que la contestation judiciaire soit permise.

Il y a toujours lieu pour les tribunaux de considérer d'abord et avant tout les motifs éventuels ou réels offerts en défense de la résolution qu'aurait pris l'organe parlementaire ayant le pouvoir de trancher, à supposer qu'un tel organe existe — ou bien tout simplement la présidence. Je suppose que ce serait la présidence dans bien des cas.

Les tribunaux en viennent ensuite à une détermination à savoir s'il y a matière à privilège, dans quels cas ils ont tendance à s'en remettre à l'autorité du Parlement. Même si aucun privilège n'entre en jeu, il demeure fort possible que la décision rendue par l'organe parlementaire de première instance était juste et raisonnable, et il faut que les tribunaux restent ouverts à cette possibilité.

Je partage vos inquiétudes à propos de la codification. Personnellement, j'estime qu'il est dans l'intérêt de la reddition de comptes et de la transparence de favoriser une culture dans

those reasons taken seriously, whether it's another body up the ladder within Parliament or the courts outside of Parliament, the better off we will be in terms of accountability and transparency.

Senator Sinclair: I found that discussion a little tricky to follow but I think I figured it out. I want to go back to the paper you wrote following the *Vaid* decision, if you don't mind, and just discuss the concept that you raised about the question of looking behind the intention or looking at the intention of those who declare or claim privilege.

I understand your point about malice, corruption or bad intention if there is someone who claims a privilege for that reason. I wonder if you have a comment with regard to the reverse. Do you see a difference between parliamentary privileges claimed by an individual versus parliamentary privilege of the body itself? In other words, could the Senate itself ever be subject to an argument that its actions or a vote that the Senate or a majority of senators takes could be challenged in court because of bad intention, bad faith or corruption?

Mr. Fox-Decent: First, there is clearly a difference. Privilege, historically has always attached to the body and individuals could take advantage of privilege by claiming to be members of the particular body, such as Parliament or the Senate.

What is interesting is that when we talk about collective bodies it's notoriously difficult to attribute intentions to them. I guess it's not inconceivable, but it would be very difficult to imagine a malicious intention attaching to Parliament or the Senate. Let me explain why.

The reason I believe it's very difficult to imagine is that when we attribute intentions to an intention to Parliament or an intention to Senate, we do so through the prism of various canons or rules of interpretation. Among the most important rules of interpretation is the rule that Parliament should always be presumed to do what is equitable.

Even if it seems on the face of the record that Parliament has done something that is picking on a minority, that is not providing adequate compensation to a group that suffered a historical wrong, or for any number of reasons you might think that a Parliament's action or inaction constitutes an injustice, it is still very difficult to attribute to Parliament a malicious motive in the way that we might attribute to an individual who has taken a payment or has in some way tried to feather their nest by taking advantage of a public position. If we were able to imagine all or a majority of parliamentarians being engaged together in that kind of wholesale rent capture of the system, then we would almost be at the point where we wouldn't even think of the house as being Parliament anymore or being a legislature.

laquelle les parties intéressées ont l'occasion de présenter les motifs de leurs déterminations et aussi d'être prises au sérieux, que ce soit par une entité d'un échelon supérieur du Parlement ou une entité judiciaire externe.

Le sénateur Sinclair : La discussion n'était pas toujours facile à suivre, mais je pense avoir compris. J'aimerais revenir à l'article que vous avez publié dans la foulée de l'arrêt *Vaid* si vous le voulez bien, et parler du concept que vous évoquez qui consiste à regarder au-delà de l'intention, ou bien d'envisager l'intention de la partie invoquant ou faisant valoir un privilège.

Je comprends ce que vous dites à propos de la malveillance, de la corruption ou des mauvaises intentions de la partie invoquant un privilège. J'aimerais connaître vos impressions dans un cas contraire. Voyez-vous une différence entre les privilèges parlementaires invoqués à titre particulier et le privilège parlementaire de l'organe lui-même? Autrement dit, serait-il possible de contester un geste posé par le Sénat, un vote qu'aurait pris une majorité de sénateurs, devant les tribunaux en raison de corruption, de mauvaise intention ou de mauvaise foi?

M. Fox-Decent : Premièrement, il y a manifestement une différence. Historiquement, le privilège a toujours été rattaché à l'organe lui-même; ses membres peuvent ensuite invoquer ce privilège en revendiquant leur adhésion à l'organe en question, disons le Parlement ou le Sénat.

L'aspect intéressant de la question, c'est qu'il est extrêmement difficile d'attribuer une intention à une entité collective; c'est d'ailleurs bien connu. Je suppose que ce n'est pas inconcevable, mais il serait très difficile d'imaginer que l'on puisse attribuer une intention malveillante au Parlement ou au Sénat. Permettez-moi de vous expliquer pourquoi.

Si j'estime que ce serait extrêmement difficile, c'est parce que, lorsqu'on procède à l'attribution d'intentions à un organe comme le Parlement ou le Sénat, on passe par le prisme de certaines règles d'interprétation. L'une des plus importantes de ces règles d'interprétation veut que l'on suppose en tout temps que les gestes que pose le Parlement sont équitables.

Même si on semble avoir la preuve qu'une mesure du Parlement harcèle une minorité, ce n'est pas une indemnisation adéquate pour un groupe ayant subi un tort historique, ou pour diverses raisons qui laissent penser que l'action ou l'inaction d'un Parlement constitue une injustice, il est toujours très difficile d'attribuer au Parlement un motif malveillant de la façon que nous le ferions pour une personne qui a accepté un paiement ou qui s'est enrichi autrement en tirant parti d'une charge publique. Si nous pouvions imaginer tous les parlementaires ou une majorité d'entre eux être impliqués dans ce genre de saisie massive de loyers du système, nous en serions alors presque au point où la Chambre ne serait même plus considérée comme Parlement ou une assemblée législative.

It is a great question. I am reluctant, as an academic, to say, “No, no, never; it’s impossible,” but it is about as close to that as I could imagine because of the presumptions that we bring to bear when we think of interpreting the acts of Parliament or democratic legislative bodies. Parliament can claim privileges on behalf of its members, and that is often what we see happening.

Senator Sinclair: To go back to your paper and your discussion about the issue of being able to look behind the claim of privilege, that would suggest to me that the claim of privilege should not be considered as an absolute privilege, such as solicitor-client privilege where courts never look behind the claim of solicitor-client privilege once it is raised.

There may be other privileges as well. I am thinking of diplomatic and executive privileges. There are probably dozens of privileges out there that people claim in law.

Do you see a difference between parliamentary privilege in terms of the question of looking behind intention versus the other kinds of privileges out there and the courts’ reluctance to look behind intention in some cases?

Mr. Fox-Decent: I know it is common to see the courts talk about privilege being an absolute privilege. Anything a minister will say on the house floor is subject to an absolute privilege, but what the deputy minister or an assistant to the minister might have said or might have done in bringing documents to the minister will be subject to a qualified privilege. Sometimes we see this sort of distinction.

Qualified privilege is still a significant privilege. It means that the person alleging wrongdoing must show that the individual with the qualified privilege was acting out of malice, whereas with absolute privilege the courts in theory are not even supposed to ask at all what are the reasons behind it.

I am not sure there ever was truly an absolute privilege. We see this, at the very least, with the historical exception for perjury. It has always been the case that if there is a case for perjury before the courts, the courts will be able to look at what was said in Parliament for the purposes of fact-finding with respect to a charge of perjury.

My own sense is that whatever historically the case has been, today, where we understand public servants positioned to be justified wholly in relation to the service they provide to the public, I would think the serious allegations of fraud, corruption, blackmail, misuse of office or breach of trust could be enough to lift the veil.

One way to understand this is much the way in which we understand the way that the veil can sometimes be lifted when we’re dealing with a case of sovereign immunity. When former

C’est une excellente question. J’hésite, en tant qu’universitaire, à dire que c’est impossible, mais c’est ce que je peux imaginer de plus proche, compte tenu des présomptions que nous faisons valoir quand il est question d’interpréter les lois du Parlement ou d’autres corps législatifs démocratiques. Le Parlement peut invoquer ses privilèges au nom des députés, et c’est souvent ce que nous voyons.

Le sénateur Sinclair : Pour revenir à votre document de travail et à votre discussion au sujet de voir au-delà de la revendication du privilège, cela me porte à croire que le privilège ne devrait pas être considéré comme étant absolu, à l’instar du secret professionnel dont les tribunaux n’abusent jamais.

Il pourrait aussi y avoir d’autres privilèges. Je pense au privilège diplomatique et à celui de l’exécutif. Il en existe probablement des douzaines que les gens revendiquent dans la loi.

Voyez-vous une différence entre le privilège parlementaire relativement à l’abstraction faite de l’intention par rapport aux autres types de privilèges qui existent, à la réticence des tribunaux à faire abstraction de l’intention dans certains cas?

M. Fox-Decent : Je sais qu’il est commun de voir les tribunaux parler de privilège absolu. Tout ce qu’un ministre dit à la Chambre est assujéti à un privilège absolu, mais ce qu’un sous-ministre ou un adjoint du ministre peut avoir dit ou fait en remettant des documents au ministre est couvert par une immunité relative. Nous voyons parfois ce genre de distinction.

L’immunité relative est tout de même un important privilège. Cela signifie que la personne qui fait état d’un acte fautif doit montrer que la personne ayant l’immunité relative a agi par malveillance, alors que dans le cas du privilège absolu, les tribunaux ne sont même pas censés, en théorie, demander quelles sont les raisons.

Je ne suis pas certain s’il y a déjà eu un véritable privilège absolu. C’est ce que nous voyons, à tout le moins, à l’exception du parjure, qui remonte à longtemps. Depuis toujours, lorsqu’un tribunal est saisi d’un cas de parjure, il peut regarder ce qui s’est dit au Parlement pour enquêter sur l’accusation.

À mon avis, peu importe ce qu’il en a été autrefois, de nos jours, lorsqu’il s’agit de fonctionnaires en position d’être justifiés entièrement pour ce qui est des services qu’ils rendent au public, les graves allégations de fraude, de corruption, de chantage, d’abus de pouvoir ou d’abus de confiance pourraient suffire à lever le voile.

Nous pouvons entre autres voir cela en grande partie de la même façon que le voile peut parfois être levé dans une affaire d’immunité de l’État. Lorsque l’ancien dictateur Augusto

dictator Augusto Pinochet was brought up on charges in the U.K., his defence was, “I acting in good faith as head of state. I enjoy sovereign immunity as head of state for everything I did. I didn’t do these horrible things, but even if you think I did, I enjoy immunity from those because I was acting as head of state.” The response of the House of Lords was, “Not when you were torturing people. You weren’t acting as the head of state then. You were never authorized, as head of state, to torture people.”

If we were to find compelling evidence to show that a minister had taken money from a private party to secure a contract for this private party or had engaged in some other form of corruption, we would say, “You do occupy a public position, but the remit of your public position does not extend so far.”

I am not sure, Senator Sinclair, whether I answered your question.

Senator Sinclair: You led me to other thoughts, but thank you for the answer.

[*Translation*]

Senator Maltais: Welcome, Mr. Fox-Decent. I will refer you to an even more recent case in Quebec, which relates to the one Senator Joyal mentioned, the Guy Ouellette case.

Briefly, the UPAC, which is a Quebec investigation, verifications and prevention agency, lured MLA Guy Ouellette out of the Quebec National Assembly in order to arrest him and seize the equipment he used for his work as a MLA. This equipment belonged to the National Assembly. After five months, the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the DPCP, lifted restrictions and gave Guy Ouellette his computer and cell phone back, saying there was no reason for him to keep these things that might be used to lay charges.

When Guy Ouellette was arrested, Jacques Chagnon, Speaker of the National Assembly, indicated that the MLA should either be charged or receive an apology. That was a matter of parliamentary law and parliamentary privilege. This case has not yet been resolved and it is currently before the courts.

I was a member of the National Assembly for a long time myself, and I still wonder whether the courts have authority over parliamentary privilege or whether the Speaker of the National Assembly is the guarantor of parliamentary privilege. The same thing applies here, either in the case of the Speaker of the Senate or the Speaker of the House of Commons.

Pinochet a été accusé au Royaume-Uni, il s’est défendu en disant qu’il avait agi de bonne foi en tant que chef d’État, qu’il bénéficiait ainsi de l’immunité d’État, qu’il n’avait pas commis ces actes horribles, mais que, si on pensait l’inverse, il pouvait faire valoir son immunité parce qu’il avait agi en tant que chef d’État. La Chambre des lords a répondu qu’il n’agissait pas en tant que chef d’État lorsqu’il a torturé des gens, qu’il n’avait jamais été autorisé à le faire à ce titre.

Si nous avons des preuves convaincantes pour montrer qu’un ministre a accepté l’argent d’un particulier pour lui faire obtenir un contrat ou qu’il a trempé autrement dans la corruption, nous pourrions affirmer qu’il assume une charge publique, mais que ses fonctions ne l’autorisent pas à aller aussi loin.

Je ne suis pas certain, sénateur Sinclair, d’avoir répondu à votre question.

Le sénateur Sinclair : Vous m’avez fait penser à autre chose, mais merci pour la réponse.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Bienvenue, monsieur Fox-Decent. Je vais vous entraîner dans un dossier encore plus récent au Québec, et qui touche celui qu’a évoqué le sénateur Joyal, soit le dossier de Guy Ouellette.

Bref, l’UPAC, qui est une unité d’enquête, de vérification et de prévention, a attiré le député Guy Ouellette hors de l’Assemblée nationale afin de l’arrêter et de saisir le matériel servant à ses fonctions de député, matériel qui appartenait à l’Assemblée nationale. Après cinq mois, le directeur des poursuites criminelles et pénales, le DPCP, a levé l’interdiction et a rendu à Guy Ouellette son ordinateur et son cellulaire en disant qu’il n’avait aucune raison de garder ces choses qui pourraient servir à porter des accusations.

Lors de l’arrestation du Guy Ouellette, M. Jacques Chagnon, le Président de l’Assemblée nationale, a affirmé ceci : « Qu’on accuse ou qu’on s’excuse. » C’était le droit parlementaire, c’était le privilège parlementaire. Cette question n’est pas réglée, elle est en cours d’instance devant les tribunaux.

Après avoir siégé moi-même pendant longtemps à l’Assemblée nationale, je me demande encore si les tribunaux ont une prérogative sur le privilège parlementaire ou si le Président de l’Assemblée nationale est garant du privilège parlementaire. C’est la même chose qui s’applique ici, qu’il s’agisse du Président du Sénat ou de celui de la Chambre des communes.

[English]

Mr. Fox-Decent: Could you explain when you ask what should apply? Do you mean privilege should apply in the Quebec case, or should the case be determined without the Speaker being able to raise a privilege?

[Translation]

Senator Maltais: The Speaker claimed privilege.

I will give you an example. The RCMP takes my colleague Senator Wells down the hall and out of Parliament and then puts him in handcuffs. It's an ambush. They seize his computer and cell phone without laying any charges.

The DPCP said that he gave MLA Ouellette — who, by the way, was re-elected last night with more than 50 per cent of the vote — his computer and cell phone back, stating that he had no reason to lay charges. That is one point.

Another point is that the Speaker of the National Assembly, Jacques Gagnon, told the police at the time to lay charges. It was a matter of either charging the MLA or exonerating him, but they had to choose either one or the other, because you can't leave a parliamentarian in limbo for six or seven months. The case is now before the courts.

One thing is still nagging at me. Since the MLA was a member of a National Assembly parliamentary committee, who is the guardian of parliamentary privilege, the Speaker or the courts?

[English]

Mr. Fox-Decent: It's the Speaker.

[Translation]

Senator Maltais: According to the Westminster system, it's the Speaker. How is it, then, that this case is before the courts? How will the courts respond?

[English]

Mr. Fox-Decent: In a case where a parliamentarian, as you mentioned, is taken away in handcuffs in the midst of performing his role as a parliamentarian, there would be a very strong argument to be made that privilege should stop that from happening because that is a direct inference with the operation of the legislature and the legislature engaging in its legislative and deliberative roles. I think there is a very strong case to be made that privilege should apply there.

[Traduction]

M. Fox-Decent : Pouvez-vous expliquer ce que vous voulez dire lorsque vous demandez ce qui doit s'appliquer? Voulez-vous dire que le privilège devrait s'appliquer dans le cas du Québec, ou la décision devrait-elle être prise sans que le Président puisse faire valoir un privilège?

[Français]

Le sénateur Maltais : Le Président a invoqué le privilège.

Je vais vous donner un exemple. La GRC amène mon collègue, le sénateur Wells, dans le couloir, le sort du Parlement et lui met les menottes. C'est un guet-apens. Ils saisissent son ordinateur et son cellulaire sans qu'aucune accusation ne soit portée.

Le DPCP a dit qu'il a remis au député Ouellette — qui, en passant, a été réélu hier soir avec plus de 50 p. 100 des voix — son ordinateur et son cellulaire, en disant qu'il n'y avait pas matière à porter des accusations. C'est un point.

L'autre point, c'est que le Président de l'Assemblée nationale, Jacques Chagnon, avait dit à l'époque au corps policier de déposer des accusations. Il s'agissait soit de l'accuser ou de le disculper, mais il fallait que ce soit l'une ou l'autre de ces options, parce qu'on ne peut pas laisser un parlementaire en suspens pendant six ou sept mois. La cause est maintenant devant les tribunaux.

Toutefois, quelque chose m'intrigue; comme le député siégeait à un comité parlementaire de l'Assemblée nationale, est-ce le Président du Parlement qui est gardien du privilège parlementaire ou est-ce que ce sont les tribunaux?

[Traduction]

M. Fox-Decent : C'est le Président.

[Français]

Le sénateur Maltais : Selon le système de Westminster, c'est le Président; alors, comment se fait-il qu'un tel cas se retrouve devant les tribunaux? Quelle sera la réponse des tribunaux?

[Traduction]

M. Fox-Decent : Lorsqu'un parlementaire, comme vous le mentionnez, est emmené menottes aux mains pendant qu'il assume son rôle de parlementaire, on peut soutenir avec raison que le privilège devrait empêcher que cela se produise étant donné que c'est une ingérence directe dans le fonctionnement de l'assemblée, dans ses rôles législatif et délibératif. Je crois qu'on peut présenter de solides arguments en faveur de l'application du privilège.

If charges are brought, or if as you mentioned laptops or computers are seized, again there is an argument to be made that this is interfering with the operation of Parliament. There will be a limit and we will tend to hit that limit if the RCMP has credible evidence to suggest that a parliamentarian has been engaged in serious wrongdoing and, for the sake of investigating possible criminal acts, may have to do things that would interfere with the ability of particular members to perform their role.

[*Translation*]

Senator Maltais: I saw another case at the National Assembly, involving a certain member who was charged. The Sûreté du Québec led him out of Parliament. They did not take him by the arm inside, but asked him to go outside and then arrested him. In this case, the MLA was criminally charged, so I completely understand the police. He was indeed a criminal.

However, in Guy Ouellette's case, the surprising thing is that no charges were laid. If a senator is arbitrarily taken away, led outside Parliament and handcuffed, and his or her work equipment — which in our case belongs to the Canadian government — is seized, all without charges being laid, this is an undue breach of parliamentary privilege.

I must say I'm disappointed that this case is before the courts. The Speaker of the National Assembly, under the Westminster system, should have had the power to tell the police that it was acting outside its purview, because arresting a member within the walls of Parliament requires *prima facie* charges. However, since no charges were laid, this kind of breach of parliamentary privilege is simply unacceptable.

I don't know whether you have anything else to add.

[*English*]

Mr. Fox-Decent: I think part of what is happening in this case is that it is not simply a matter of a problem with parliamentary privilege. It seems to me to be a prosecutor or perhaps an investigator who is acting on what most charitably may be characterized as an excess of zeal. We have an overzealous prosecutor or an overzealous investigator.

I agree with you that a person should not be held in what would sometimes be a state of limbo, a kind of preventive detention, as it were, or a preventive state without some sort of charge or accusation being made to which they can respond. In the absence of that, which would in at least some cases be enough to pierce privilege, there is a good case to be made that parliamentary privilege is being infringed.

Si des accusations sont portées, ou comme vous le dites si des ordinateurs, portables ou non, sont saisis, on peut encore une fois faire valoir que c'est une ingérence dans le fonctionnement du Parlement. Il y aura une limite, et nous aurons tendance à l'atteindre si la GRC a des preuves crédibles pour croire qu'un parlementaire a commis des actes répréhensibles graves. Ainsi, pour enquêter sur de possibles actes criminels, elle pourrait devoir prendre des mesures qui nuisent à la capacité de certains députés à exercer leur rôle.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : J'ai moi-même vécu un autre cas à l'Assemblée nationale, soit la cause d'un certain député contre lequel des accusations avaient été portées. La Sûreté du Québec l'a fait sortir du Parlement; ils ne l'ont pas pris par le bras à l'intérieur, mais lui ont demandé de sortir à l'extérieur et ils l'ont alors arrêté. Il s'agissait d'accusations criminelles qui ont été portées, alors je comprends très bien la police dans ce cas. Il était effectivement un criminel.

Cependant, dans le cas de Guy Ouellette, ce qui est surprenant, c'est qu'aucune accusation n'a été portée. Si, de façon arbitraire, on prend n'importe quel sénateur, qu'on l'amène à l'extérieur du Parlement et qu'on lui met les menottes, qu'on saisit ses équipements de travail — qui appartiennent dans notre cas au gouvernement canadien — et qu'on ne porte aucune accusation, il s'agit d'un privilège parlementaire indûment bafoué.

Je dois dire que je suis déçu du fait que cette cause se retrouve devant les tribunaux; le Président de l'Assemblée nationale, selon le système de Westminster, aurait dû avoir le pouvoir de dire à ce corps policier qu'il agissait en dehors de ses fonctions, car, si un député est arrêté entre les murs du Parlement, des accusations *prima facie* sont nécessaires. Cependant, étant donné que des accusations n'ont pas été portées, il est inadmissible qu'un privilège parlementaire soit à ce point bafoué. Voilà.

Je ne sais pas si vous avez quelque chose à ajouter.

[*Traduction*]

M. Fox-Decent : Je pense qu'une partie de ce qui s'est produit dans ce cas-ci, c'est que ce n'est pas tout simplement un problème de privilège parlementaire. Il semble être question d'un procureur ou peut-être d'un enquêteur qui donne suite à ce qui pourrait être qualifié, en faisant preuve de la plus grande bonté, d'excès de zèle. Nous avons un procureur ou un enquêteur trop zélé.

Je conviens avec vous qu'une personne ne devrait pas être maintenue dans ce qui devient parfois une situation incertaine, une sorte de détention préventive, pour ainsi dire, ou un état préventif sans accusation à laquelle elle peut répondre. Cette situation suffirait, au moins dans certains cas, à porter atteinte au privilège, et on aurait de bons arguments pour invoquer une violation du privilège parlementaire.

The Chair: I have a follow-up, professor, to the question by Senator Maltais. At the end of the day it is becoming evidently clear over the last few years that the courts have been encroaching more and more on parliamentary jurisdiction. We see it almost on a regular basis now. One solution is codifying our privilege, as Senator Joyal is claiming. I am also of the view the moment you start creating a codification of privileges you narrow it down to such a degree where it opens a door for the courts to further encroach on parliamentary jurisdiction.

I would like to know your views on that.

Mr. Fox-Decent: We all know from our Constitution Act, 1867, that we have inherited a constitution similar in principle to the constitution of the U.K. The famous or, for some, infamous British constitutionalist theorist Albert Venn Dicey thought it was one of the great hallmarks of British constitutionalism that rights and liberties were not enshrined in a code. In fact, he criticized the codification of rights and liberties on the continent in Belgium and in France, saying that once you put these things in a code they are just that much easier to take away, limit and cut down. His view was that it was better that these rights and liberties gather up, as it were, incrementally over time through judicial decisions. They become recognized time and time again through judicial decisions, which makes it very difficult to undo or take away these rights and liberties without, as he would say, a complete revolution in the social and political order of things within the polity.

You have a strong ally on your side with respect to the contest of whether to codify or not to codify. My own view is that the proof is typically in the pudding. It depends on what becomes codified and on, to a large extent, the culture that surrounds the entire product of codification. There can be some benefit to it if the culture that surrounds the product of codification is one that recognizes that what is happening when we codify is that we are simply crystallizing what has been with us all along, or what has been there all along, for the sake of having easier starting points so we don't have to go back to 1689 every time we want to invoke a parliamentary privilege.

One of the views of the Canadian Charter of Rights and Freedoms is that not that much is there that wasn't there before at least in common law and international law. All we've tried to do is make what was there before clearer and more readily available without having to go through the same legal gymnastics to bring it to a court.

There is a risk with codification. The risk is that once something becomes codified it can ossify. It can lose the open texture you have when you are dealing with judicial decisions because judicial decisions are typically referred to as principles, whereas provisions in a statute are norms and rules.

Le président : Monsieur Fox-Decent, je veux donner suite à la question du sénateur Maltais. Au bout du compte, il est devenu très clair, au cours des dernières années, que les tribunaux empiètent de plus en plus sur la compétence parlementaire. Nous le voyons maintenant presque régulièrement. Une solution consiste à codifier notre privilège, comme l'affirme le sénateur Joyal. J'estime également qu'à partir du moment où l'on commence à codifier les privilèges, on les circonscrit au point d'ouvrir la porte aux tribunaux pour qu'ils empiètent davantage sur notre compétence parlementaire.

J'aimerais savoir ce que vous en pensez.

M. Fox-Decent : Nous savons tous que nous avons hérité de la Loi constitutionnelle de 1867 une Constitution semblable, en principe, à celle du Royaume-Uni. Le fameux ou, pour certains, infâme Albert Venn Dicey, le théoricien constitutionnaliste britannique, pensait que c'était l'un des grands traits distinctifs du constitutionnalisme britannique, à savoir que les droits et libertés ne sont pas inscrits dans un code. En fait, il a critiqué la codification des droits et libertés sur le continent en Belgique et en France, en affirmant qu'une fois qu'ils se retrouvent dans un code, il est plus facile de les supprimer, de les limiter et les réduire. Selon lui, il était préférable que ces droits et libertés s'accumulent, en quelque sorte, progressivement au fil du temps grâce à des décisions judiciaires. On les reconnaît sans cesse dans le cadre de décisions judiciaires, ce qui fait en sorte que ces droits et libertés sont très difficiles à effacer et à retirer sans, comme il l'aurait dit, révolution complète de l'ordre social et politique des choses au sein de l'administration politique.

Vous avez à vos côtés un allié indéfectible pour ce qui est de déterminer s'il faut les codifier ou non. J'estime quant à moi que c'est habituellement au fruit qu'on juge l'arbre. Tout dépend de ce qui est codifié et, dans une grande mesure, de la culture entourant le produit entier de la codification. Il peut y avoir des avantages si on reconnaît dans la culture entourant le produit de la codification ce que nous faisons, c'est tout simplement cristalliser ce qui existe depuis longtemps, dans le but d'avoir plus facilement des points de départ pour éviter de revenir à 1689 chaque fois que nous voulons invoquer un privilège parlementaire.

L'un des points de vue de la Charte canadienne des droits et libertés, c'est qu'il y a peu de choses qui ne se trouvaient pas avant au moins dans la common law et dans le droit international. Tout ce que nous avons essayé de faire, c'est rendre ce qui était là avant plus clair et plus facilement accessible sans devoir faire les mêmes manœuvres juridiques pour saisir les tribunaux de la cause.

La codification présente un risque, à savoir que, une fois qu'une chose est codifiée, elle peut s'ossifier. Elle peut perdre la texture malléable qu'on a lorsqu'on prend des décisions judiciaires parce que ces décisions renvoient habituellement à des principes, alors que les dispositions d'une loi sont des

They are typically taken to have a harder edge and often will have that harder edge.

The Chair: My next question is a very general one. What can an institution like Parliament do to reinforce our parliamentary privilege and our position vis-à-vis the courts without crossing the line which exists and should exist between the separation of legislatures and the judiciary?

Mr. Fox-Decent: Probably the most fruitful thing Parliament could do is to deliberately, consciously and publicly announce that it wants to take a proactive role in self-regulating to equip — I don't want to say arm — committees such as this committee, the Ethics Commissioner, the ombudsperson and others in Parliament who are well placed to play monitoring and supervisory roles; to include within their remit questions of privilege; and to make more public than at present the cases where the courts seem to be whittling down Parliament's privilege to the detriment of Parliament being able to perform its function.

If you ask most lay people what parliamentary privilege is, they wouldn't have a clue at all. For most lawyers it's an arcane doctrine. In Canada, if lawyers could pick out the *Vaid* case, you are probably talking one in 20, if that. Not many lawyers would have much sense of it at all, much less people who don't have that sort of a background.

The Chair: Some parliamentarians don't even have a clear understanding of parliamentary privilege.

Senator Dalphond: Thank you for being here this morning. I am always pleased to see distinguished professors from Montreal being present before the Senate.

I read your paper and found it very interesting. Am I wrong to believe that your main conclusion is to apply to the issue of privilege the same approach that the courts will normally apply to administrative bodies? This is the main spirit of your document, correct?

Mr. Fox-Decent: Yes.

Senator Dalphond: That would mean, more or less, that the Senate, the House of Commons or Parliament as a whole, depending on the circumstances, would be governed by a standard of review applicable to any administrative body within the country, which is normally either correctness or reasonableness depending on the issues presented before the body. Is that what you were arguing?

Mr. Fox-Decent: That is what I was arguing in that paper. I would add that at the time I made that argument one available standard of review was patent unreasonableness. In 2008, in the

normes et des règles. Elles sont normalement réputées être plus limitées, et c'est souvent le cas.

Le président : Ma prochaine question est vraiment d'ordre général. Que peut faire une institution comme le Parlement pour renforcer notre privilège parlementaire et notre position vis-à-vis des tribunaux sans franchir la ligne de démarcation qui existe et qui doit exister entre les assemblées législatives et la magistrature?

M. Fox-Decent : La chose la plus utile que le Parlement pourrait faire est probablement d'annoncer délibérément, consciemment et publiquement qu'il veut jouer un rôle proactif en matière d'autoréglementation pour équiper — je ne veux pas dire « armer » — les comités comme le vôtre, le commissaire à l'éthique, l'ombudsman et d'autres personnes au Parlement qui peuvent bien assumer des rôles de surveillance et de supervision, pour bien circonscrire dans leur domaine de compétence les questions de privilège, et pour mieux faire connaître du public les affaires dans lesquelles les tribunaux semblent diluer le privilège du Parlement de manière à nuire à sa capacité de remplir ses fonctions.

Si on leur pose la question, la plupart des profanes ne sauraient pas du tout ce qu'est le privilège parlementaire. Pour la plupart des avocats, c'est une doctrine obscure. Au Canada, probablement un avocat sur 20 pourrait citer l'affaire *Vaid*. Peu d'avocats auraient même une idée de ce qu'il en est, et ils ont pourtant ce genre de connaissances.

Le président : Certains parlementaires ne comprennent même pas bien en quoi consiste le privilège parlementaire.

Le sénateur Dalphond : Merci de votre présence ici ce matin. Je suis toujours heureux de voir d'éminents professeurs de Montréal comparaître devant le Sénat.

J'ai lu votre mémoire et je l'ai trouvé très intéressant. Ai-je tort de croire que votre principale conclusion consiste à appliquer à la question du privilège la même approche que les tribunaux adoptent normalement pour les organismes administratifs? C'est ce qui ressort surtout de votre document, n'est-ce pas?

M. Fox-Decent : Oui.

Le sénateur Dalphond : Cela signifie, plus ou moins, que le Sénat, la Chambre des communes et le Parlement dans son ensemble, selon les circonstances, seraient régis par une norme de contrôle applicable à tous les organismes administratifs au pays, à savoir la rectitude ou le caractère raisonnable selon les questions dont l'organisme est saisi. Est-ce bien ce que vous faites valoir?

M. Fox-Decent : C'est ce que j'ai avancé dans ce mémoire. J'ajouterais qu'à l'époque, l'une des normes de contrôle dont on pouvait se prévaloir était la décision manifestement

Dunsmuir decision, reasonableness and patent unreasonableness were standards of review.

Senator Dalphond: They were merged.

Mr. Fox-Decent: They were smooshed together, to use perhaps a term that is not overly technical, and patent reasonableness fell by the wayside.

Now most courts will recognize that reasonableness is what Justice Binnie described as a “big tent.” In my view Parliament and its institutions were governing themselves and making in-house decisions and were at what used to be the far end of the patent unreasonableness end of the spectrum. With that qualification, yes.

Senator Dalphond: Perhaps I can follow up on this line of questioning. Am I fair to describe, maybe because of my past experience, that in a sense the courts have so far been unable to come up with a clear model to do a judicial review of administrative bodies, and the whole debate about what is correctness and what is reasonableness is still a live issue? The Supreme Court announced a few months ago that it would like to revisit the issue of the applicable criteria for judicial review.

Are you proposing to apply a process — and the courts have so far shown difficulty in implementing the judicial review process for statutory bodies, which have limited powers, statutory authorities and limited mandates — to an institution which is, quite frankly, the most important institution in a democratic society? Isn't it a risk to go from what you call the vagueness of the norms to another system which works through the vagueness of its own norms?

Mr. Fox-Decent: The bad news for some is that when the court wants to, the court will intervene. It is not really a question of whether or not the court will intervene. The question is: On what terms is the court going to intervene?

In my view the best game to play is where Parliament front runs what would happen at the court and takes as much responsibility by acting as procedurally fair as it can through its institutions when it is making decisions, especially with respect to third parties. These will typically be the more contentious cases.

Let me say that I agree with you. There is a deep problem with Canadian public law that deals with administrative law where the courts look at what administrative bodies are doing and decide that what they have done is lawful or not lawful.

déraisonnable. En 2008, dans l'arrêt *Dunsmuir*, le caractère raisonnable et la décision manifestement déraisonnable étaient des normes de contrôle.

Le sénateur Dalphond : Elles ont fusionné.

M. Fox-Decent : Elles ont été mélangées, pour employer un terme qui n'est pas trop technique, et la décision manifestement déraisonnable a été mise de côté.

De nos jours, la plupart des tribunaux reconnaîtront que le caractère raisonnable est vaste, comme l'a dit le juge Binnie. Selon moi, le législateur et ses institutions se gouvernaient eux-mêmes et prenaient des décisions à l'interne. Ils se trouvaient à ce qui était l'extrémité du spectre de la décision manifestement raisonnable. Décrit de cette façon-là, la réponse est oui.

Le sénateur Dalphond : Je peux peut-être poursuivre dans la même veine. Ai-je tort de dire, peut-être à cause de mon expérience passée, qu'en un sens les tribunaux n'ont toujours pas trouvé de modèle clair pour réaliser l'examen judiciaire des organismes administratifs, et que tout le débat pour déterminer ce qu'est le bien-fondé et le caractère raisonnable se poursuit? La Cour suprême a annoncé, il y a quelques mois, qu'elle souhaite revenir sur la question des critères applicables pour l'examen judiciaire.

Proposez-vous d'appliquer un processus — on voit que les tribunaux ont jusqu'à maintenant de la difficulté à mettre en œuvre le processus d'examen judiciaire pour les organismes créés par une loi, lesquels ont des pouvoirs, des autorisations législatives et des mandats limités — à une institution qui est, disons-le franchement, la plus importante dans une société démocratique? N'est-il pas risqué de passer de ce que vous appelez le flou des normes à un autre système qui fonctionne à l'aide du flou de ses propres normes?

M. Fox-Decent : La mauvaise nouvelle pour certains, c'est que lorsque les tribunaux le voudront, ils interviendront. La question n'est pas vraiment de savoir si les tribunaux interviendront, mais plutôt selon quelles modalités.

À mon avis, la meilleure façon de faire, c'est lorsque le Parlement prend les devants pour déterminer ce qui se produirait devant les tribunaux et qu'il procède de manière aussi responsable en agissant selon la procédure la plus équitable possible par l'entremise de ses institutions lorsqu'il prend des décisions, surtout au sujet de tierces parties. Ce sont habituellement les affaires les plus litigieuses.

Je dois dire que je suis d'accord avec vous. Il y a un grave problème dans le droit public canadien en ce qui a trait à la législation administrative, lorsque les tribunaux examinent des organismes administratifs et déterminent si ce qu'ils ont fait est légal ou non.

Historically, the device our courts have used to intervene when they want to intervene is what we refer to as jurisdictional review. If you are interpreting the law and make a simple error of law, the courts will say that they aren't going to intervene. If you make an error of law that takes you outside your jurisdiction, you are exercising a power that wasn't given to you. Then, of course, the courts have to intervene because they are the only body in the Canadian legal system authorized to determine the extent of our own jurisdiction. Every other body's jurisdiction is determined typically by Parliament or by a provincial legislative act.

The difficulty is that this distinction between jurisdictional and non-jurisdictional error is impossible to maintain. As soon as the court comes to the view that an administrative body has made a non-jurisdictional error, what they are saying is that you have misinterpreted your statute in some way. As soon as a determination is made that a statute has been misinterpreted, it's a very small step to saying that you have exercised a power that wasn't given to you because you haven't understood what your statutory remit is. That's a jurisdictional error. They collapse that quickly.

In the article that you have read, I was trying to voice the same concern about the scope and exercise distinction that the courts use with respect to parliamentary privilege. It's the same kind of distinction. What is the scope or existence of a privilege?

All we are talking about when we talk about the scope of a privilege is the set of different things that parliamentarians can do that fall within a particular kind of privilege. When we say "the set of things," we are still talking about exercises of privilege. To understand a privilege at all, you have to understand it is in some way being exercised. As soon as you understand that the scope is just a compendious way to talk about certain kinds of exercises of privilege that distinction falls apart too. This is why we see Chief Justice McLachlin and Justice Binnie in the *CBC* case and in the *Vaid* case both falling back on floodgate arguments by saying, "Oh, we have to provide this category approach. Otherwise, there will be a flood of complaints and our parliamentary system will be gummed with these complaints." As an academic, that was not the most fortunate way for our jurisprudence to develop, but there it is. That is what it is and that is what the black letter law says.

In my view, the best that Parliament can do to grapple with that and to grapple with courts that will more intrusively find that it is all a question of characterization. Does the Speaker of the house have authority to manage employees of confidence such as EAs? Most people would probably say yes. Does the Speaker of the house have the authority to manage employees of confidence in a way that flagrantly violates their human rights? I think most people would say no.

Depuis longtemps, pour intervenir lorsqu'ils le souhaitent, nos tribunaux font un examen de la compétence. Si vous interprétez la loi et commettez une simple erreur de droit, les tribunaux vont dire qu'ils ne vont pas intervenir. Si vous commettez une erreur de droit en dehors de votre domaine de compétence, vous exercez alors un pouvoir qui ne vous a pas été accordé. Il est donc évident qu'ils devront intervenir parce que ce sont les seuls organes du système juridique canadien à être autorisés à déterminer la portée de votre champ de compétence. Le champ de compétence de tous les autres organismes est habituellement établi par le Parlement ou au moyen d'une loi provinciale.

La difficulté, c'est qu'il est impossible de maintenir la distinction entre les erreurs de compétence et les autres erreurs. Dès que les tribunaux arrivent à la conclusion qu'un organisme administratif a commis une erreur qui ne relève pas de son domaine de compétence, ils affirment que l'organisme a mal interprété sa loi d'une certaine façon. Une fois qu'il est établi qu'une loi a été mal interprétée, il n'y a plus qu'un petit pas à faire pour dire qu'il a exercé un pouvoir qui ne lui a pas été accordé puisqu'il n'a pas compris son mandat légal. C'est une erreur de compétence. On met alors rapidement fin au débat.

Dans l'article que vous avez lu, j'ai tenté d'exprimer la même préoccupation concernant la distinction que les tribunaux font à propos de la portée et de l'exercice du privilège parlementaire. Quelle est la portée ou l'existence d'un privilège?

Lorsqu'il est question de la portée d'un privilège, on ne parle que de l'ensemble des diverses choses que les parlementaires peuvent faire dans l'exercice d'un privilège donné. Quand nous parlons de « l'ensemble de choses », nous parlons toujours de l'exercice d'un privilège. Pour comprendre un privilège, il faut comprendre qu'il est exercé d'une manière quelconque. Dès que l'on comprend que la portée n'est qu'une manière concise de parler de certaines formes d'exercice du privilège, cette distinction disparaît aussi. Voilà pourquoi la juge en chef McLachlin et le juge Binnie, dans les affaires *CBC* et *Vaid*, se sont tous les deux rabattus sur les arguments de l'avalanche de poursuites en indiquant qu'il fallait prévoir cette catégorie d'approche, sinon, les plaintes afflueraient et embourberaient notre régime parlementaire. À titre d'universitaire, je considère que ce n'est pas la meilleure manière d'établir la jurisprudence, mais c'est ainsi que les choses se sont passées. C'est ainsi, et c'est ce que stipule la règle de droit immuable.

Selon moi, le mieux que le Parlement puisse faire, c'est composer avec la situation et avec les tribunaux qui s'ingéreront davantage dans ses affaires en considérant que tout est une question de définition. Le Président de la Chambre a-t-il le droit de gérer des employés de confiance comme les conseillers économiques? La plupart des gens considéreraient que oui. A-t-il le pouvoir de gérer des employés de confiance en violant de manière flagrante leurs droits de la personne? Je pense que la plupart des gens diraient que non.

It is just a question of how you are characterizing the privilege. If you characterize it to include respect for human rights or various fundamental values, it is hard to see how that justification can be given for those kinds of privileges. Nor do I think Parliament or our provincial legislatures would, publicly at least, want to ask for those kinds of privileges. The way that Parliament and provincial legislatures can go about ensuring that sensible privileges remain is by creating in-house mechanisms that oversee them, that oversee their assertions, and at least provide prima facie rulings on what counts as a legitimate or not legitimate exercise of privilege.

Senator Dalphond: I am in agreement with what the Supreme Court has said so far. So did the Quebec Court of Appeal in the *Michaud* case, where Mr. Michaud argued that the National Assembly violated his fundamental rights by blaming him for a speech he made outside the National Assembly.

I am worried about the idea of codifying the privileges and bringing the courts into the political forum. If you can challenge the Speaker's decisions on the basis of reasonableness, the unhappy party may go to the Federal Court and say that this federal institution is subject to federal review by the Federal Court, that the decision of the Speaker, the management committee or the Internal Economy Committee was unreasonable. Thus, you would have the courts with the final say on the proper decision to be made by an internal body of Parliament.

Aren't we crossing a line that even the courts are reluctant to cross? For example, the Canadian Judicial Council is claiming before the Federal Court that the Federal Court has no power to review its decisions because it is independent of the Federal Court. In a judge in B.C. wanted to walk into the courthouse but there was a strike and he couldn't do so, he didn't mind the Charter of Rights. He just issued an order to call the police and provide access. That was not subject to review and the Charter was not applicable in such a case. So why would Parliament subject itself to the courts unless it wants to make the courts the supreme final say in the system?

To me, the current case law shows a check and balance that should continue to exist in the system. If you apply judicial review, there would no longer be a check and balance with the the courts having the final say. Whatever they can define as being reasonable will be the criteria. If they don't like a decision, as you put it, they find a way to correct it. That means at the end of the day that the courts will be able to change political course.

Ce n'est qu'une question de définition du privilège. Si on indique qu'il doit inclure le respect des droits de la personne ou de diverses valeurs fondamentales, il est difficile de voir comment on peut accorder cette justification à ces genres de privilèges. Je ne pense pas non plus que le Parlement ou les assemblées législatives provinciales voudraient réclamer de tels privilèges, du moins pas publiquement. Pour assurer le maintien de privilèges sensés, le Parlement et les assemblées législatives provinciales peuvent instaurer leurs propres mécanismes de surveillance afin de faire surveiller leurs assertions et, au moins, permettre de décider à première vue ce qui constitue ou non un exercice de privilège légitime.

Le sénateur Dalphond : Je suis d'accord avec ce que la Cour suprême a dit jusqu'à maintenant. Il en va de même pour la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Michaud*, dans laquelle M. Michaud faisait valoir que l'Assemblée nationale violait ses droits fondamentaux en le réprimandant pour un discours prononcé à l'extérieur de l'Assemblée nationale.

Je me préoccupe toutefois de l'idée voulant que l'on codifie les privilèges et que l'on fasse entrer les tribunaux dans la sphère politique. Si on peut contester les décisions du Président en invoquant le caractère raisonnable de la chose, la partie mécontente pourrait s'adresser à la Cour fédérale en affirmant que cette institution fédérale est soumise à l'examen de la Cour fédérale et que la décision du Président, du comité de gestion ou du Comité de la régie interne n'était pas raisonnable. Ce sont donc les tribunaux qui auraient le dernier mot sur le caractère raisonnable d'une décision d'un organe interne du Parlement.

Ne franchit-on pas une limite que les tribunaux eux-mêmes hésitent à traverser? Par exemple, le Conseil canadien de la magistrature affirme devant la Cour fédérale que cette dernière n'a pas le pouvoir d'examiner ses décisions, car le conseil est indépendant d'elle. Quand un juge de la Colombie-Britannique a voulu pénétrer dans le tribunal, mais qu'une grève l'en empêchait, il n'a eu que faire de la Charte des droits; il a simplement délivré une ordonnance pour que la police lui permette d'entrer. Cette ordonnance n'a fait l'objet d'aucun examen et la Charte ne s'est pas appliquée dans ce cas. Pourquoi alors le Parlement se soumettrait-il de lui-même aux tribunaux à moins qu'il ne veuille que ces derniers aient le dernier mot dans le système?

D'après moi, la jurisprudence actuelle montre qu'il existe un mécanisme de poids et contrepoids qui devrait continuer d'exister dans le système. Si on impose un examen judiciaire, il n'y aurait plus de poids et contrepoids, car les tribunaux auraient le dernier mot et c'est ce qu'ils jugent comme étant raisonnable qui constituerait le critère. Si la décision leur déplaît, comme vous dites, ils trouveraient moyen de la corriger. Au bout du compte, donc, ils auraient le pouvoir d'infléchir l'orientation politique.

Mr. Fox-Decent: If I can respond quickly, legislative bodies are facing a difficulty. The courts have worked out internally a system of checks and balances. If the judge in British Columbia had said to get rid of these people and started screaming out a bunch of racist, misogynist or different things, that could very well have been grounds for a complaint to the Canadian Judicial Council. We know that numerous judges have faced disciplinary proceedings and consequences as a result of that.

However, if the Speaker of the house were to engage in something like this, where within Parliament does someone go to find redress? From an institutional perspective, that is what seems to be missing to me. That is why people outside of Parliament and outside of these debates would be mystified and would be unsatisfied. Even our judges have to answer to someone. They have to answer to the Canadian Judicial Council or sometimes to a provincial body, but the Speaker and certain others within our parliamentary institutions don't have to answer to anyone, even within Parliament.

For your argument to stick, for it to be apples and apples, there have to be institutions developed within Parliament to which the Speaker would have to give a response to assertions of privilege. Then you would have something similar.

The Chair: Given the fact that I was a former Speaker and had the privilege to serve as Speaker of the Senate, I would be remiss if I did not point out that in our Westminster system right across the board you are absolutely right about the final authority on the ruling of privilege. Our Speakers are the administrative authorities of all parliaments. Of course, the Senate is a bit unique in the sense that the Speaker is one among equals in the Senate. He or she is also much more a barometer for consensus rather than the authority for the applicability of rules. We have had many instances throughout the 151 years in the Senate where Speakers' rulings have been overruled by the chamber itself.

That adds an additional dimension of accountability in our chamber compared to others. I wanted to point that out.

Senator Wells: Mr. Chair, I was also going to point that out, given the ruling and the overturning of the ruling while you were Speaker of the Senate a couple of years ago. That came to mind. Supremacy didn't rest.

Senator Joyal: How did you vote?

Senator Wells: I don't recall.

M. Fox-Decent : Si vous me permettez de répondre brièvement, les organes législatifs sont confrontés à une difficulté. Les tribunaux ont eux-mêmes établi un système de poids et contrepoids. Si le juge de la Colombie-Britannique avait demandé qu'on le débarrasse de tous ces gens et avait commencé à lancer des invectives racistes ou misogynes, cela aurait fort bien pu constituer un motif de plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature. Nous savons que de nombreux juges ont fait l'objet de procédures et de conséquences disciplinaires à la suite de telles plaintes.

Cependant, si le Président de la Chambre se comportait ainsi, où pourrait-on déposer une plainte au Parlement? C'est ce qui semble manquer au sein de l'institution, selon moi. Voilà pourquoi les gens de l'extérieur du Parlement et des débats, laissés perplexes, seraient insatisfaits. Même nos juges doivent rendre des comptes à quelqu'un, que ce soit au Conseil canadien de la magistrature ou, parfois, à un organe provincial. Cependant, le Président et d'autres titulaires de poste au sein des institutions parlementaires n'ont de comptes à rendre à personne, même à l'intérieur du Parlement.

Pour que votre argument tienne la route, pour comparer des pommes avec des pommes, il faut instaurer au Parlement des institutions auxquelles le Président devrait fournir une réponse lorsque des assertions sont formulées au sujet du privilège. Vous auriez alors un mécanisme semblable.

Le président : À titre d'ancien Président ayant eu le privilège d'agir à titre de Président du Sénat, je m'en voudrais de ne pas faire remarquer que dans notre régime de style britannique, vous avez absolument raison à propos de l'autorité suprême qui prend des décisions quant aux questions de privilège. Ce sont nos Présidents qui constituent les autorités administratives de tous les Parlements. Bien entendu, le Sénat est un peu particulier, car le Président y est un sénateur parmi ses égaux. Il ou elle agit bien plus à titre de baromètre afin d'atteindre un consensus que d'autorité quant à l'applicabilité des règles. Au cours des 151 années d'existence du Sénat, il est arrivé bien souvent que des décisions du Président soient infirmées par la Chambre elle-même.

Comparativement à d'autres, notre Chambre a donc une dimension supplémentaire de reddition de comptes. Je tenais à le souligner.

Le sénateur Wells : Monsieur le président, j'allais aussi le faire remarquer, étant donné que des décisions ont été prises et infirmées lorsque vous étiez Président du Sénat il y a quelques années. Cela m'est venu à l'esprit. La suprématie n'a pu s'installer.

Le sénateur Joyal : Dans quel sens avez-vous voté?

Le sénateur Wells : Je ne m'en souviens pas.

The Chair: Senator Joyal, I remember you were on the right side of history.

Senator Joyal: I was on the right side of history.

Senator Wells: In our small system it's the Senate itself as opposed to the Speaker who did reign supreme, although in the majority of cases the Speaker's rulings are obviously respected.

This goes to a comment earlier about exercising parliamentary privilege. The way I see it, there are three possible levels of exercising it. One is to have it codified, which makes it hard rules, and there are a lot of sharp edges around that. The other is anchoring it to something like precedent, which is a bit softer than codification. Still, it is something to which something can be pointed. The final level, which might be the softest level and maybe the level that we have, is good practice.

Where would you suggest this would sit for something like Canada's Parliament and the two houses? Would there be a difference between those two houses?

Mr. Fox-Decent: To the extent that we have codification it is really codification of precedents. We are definitely in the precedent, in the middle of those three. The precedents that we have are taken seriously. These are not simply the precedents we have in Canada but the precedents that come from the U.K. as a result of section 18 of our Constitution and its reference to the U.K. Parliament at Westminster. That's where we are.

The challenge is that a lot of these precedents go back a long way. It is quite questionable the extent to which some of them continue to have application or would be viewed as having application. The downside of precedent is that it can get musty over time. Until there is a case that clearly overrules something that came before, old precedents will still have at least persuasive if not binding authority. It tends to be more soft edged and treated as principles rather than legal rules. For some people that is a lemon and for others it is lemonade.

The Chair: Since no other senators want to weigh in on the first round, we will go to the second round.

Senator Joyal: I want to add an element to the question and answer that you provided to Senator Maltais in relation to a senator or a member of Parliament who would be fined in a situation where he or she is accused of a criminal offence. The code of ethics provides that in such a case he is invited to withdraw from the chamber in order to protect the integrity and the dignity of the institution.

Le président : Sénateur Joyal, je me souviens que vous étiez du bon côté de l'histoire.

Le sénateur Joyal : En effet.

Le sénateur Wells : Dans notre petit régime, c'est le Sénat lui-même, et non le Président, qui est souverain, bien que dans la majorité des cas, les décisions du Président sont évidemment respectées.

Voilà qui nous ramène à une observation formulée plus tôt au sujet de l'exercice du privilège parlementaire. Selon moi, on peut exercer ce dernier de trois manières. On peut le codifier et l'encadrer de règles strictes, ce qui constituerait un carcan rigide. On peut également s'appuyer sur des précédents, ce qui accorde plus de souplesse que la codification; c'est toutefois une solution vers laquelle on peut se tourner. Enfin, la solution la plus souple, qui correspond peut-être au système actuel, consisterait à s'appuyer sur les pratiques exemplaires.

Que conviendrait-il de faire dans une institution comme le Parlement du Canada et les deux Chambres? Y aurait-il une différence entre les deux Chambres?

M. Fox-Decent : Dans la mesure où nous recourons à la codification, ce sont en fait les précédents qui seraient codifiés. Nous nous appuyons certainement sur les précédents, au milieu de ces trois solutions. Les précédents que nous avons sont pris au sérieux; ce ne sont pas simplement des précédents du Canada, mais des précédents qui nous viennent du Royaume-Uni, en raison de l'article 18 de notre Constitution et de sa référence au Parlement britannique de Westminster. Voilà notre référence.

Le problème, c'est qu'une grande partie de ces précédents sont très anciens. Il y a lieu de se demander si certains d'entre eux s'appliquent encore ou s'ils sont considérés comme applicables. L'ennui avec les précédents, c'est qu'ils peuvent accumuler la poussière avec le temps. À moins que ne survienne une affaire qui a préséance sur quelque chose qui s'est produit avant, les anciens précédents continueront d'avoir un pouvoir de persuasion, à défaut d'avoir une force exécutoire. Cette solution tend à être plus souple, les précédents étant traités comme des principes plutôt que comme des règles légales. Pour certains, c'est un citron, alors que pour d'autres, c'est de la limonade.

Le président : Comme aucun autre sénateur ne souhaite intervenir au cours du présent tour, nous passerons au second.

Le sénateur Joyal : Je veux ajouter un élément à la réponse que vous avez donnée à la question du sénateur Maltais concernant un ou une membre du Sénat ou de la Chambre qui recevrait une amende alors qu'il ou elle est accusé d'infraction criminelle. Le Code d'éthique stipule qu'en pareil cas, l'intimé est invité à se retirer de la Chambre afin de protéger l'intégrité et la dignité de l'institution.

In other words, in my opinion, this provision of the code is essential to maintain the overall objective of the privilege. In that case, the privilege of the institution prevails over the status of one of its members. It is important to remember that.

However, that is not my question. My question is in relation to the trend. My colleagues who were on the bench before will certainly recognize this. As you know, there was a case in which Justice Girouard was the object of a recommendation to be expelled from the bench. Recently it was appealed to the Federal Court. Even though the Canadian Justice Council petitioned the court to deny jurisdiction to the court under the principle of judicial independence, nevertheless the Federal Court, under the pen of Justice Noël, concluded that the court had jurisdiction over the Canadian Judicial Council.

When I read that decision and the comments that were published around that decision, it gave me a perception of the judicialisation of the exercise of a claim of independence by the court. As you properly alluded, each professional body is self-regulating. Even though they are self-regulating, if the Federal Court decision stands they are still remaining under judicial control.

If we apply that precedent to the way we should approach our own responsibility to determine the rights of third parties in relation to the chamber, we have to be very mindful of the scope of responsibility we would claim and would enshrine in our rules. I would expect that is the way it would happen. We would have the *Rules of the Senate* that provide, roughly stating, the process when a third party feels aggrieved to complain to a committee or to an agent of Parliament that would investigate. That is how we follow the principle of the system in the case of a conflict of interest. If there is an allegation of a senator against another allegation, it's not the senators themselves who conduct the investigation. There is a preliminary review. If there is an investigation to be conducted, it is in the purview or the responsibility of the Ethics Commissioner to conduct it along the lines of the principle of fundamental justice.

Once a fair investigation has been concluded, it is for the Senate to decide that there is an element of equity in the system that needs to be enshrined to ensure that the conclusion is sound. It seems to me that the decision of the Canadian Judicial Council in the case of Justice Girouard allows us some reflection and background in relation to how we should approach what I call the middle-ground avenue of the *Rules of the Senate*. That would provide for an appeal by somebody who feels aggrieved by a third party under the exercise of privilege in the context of the principle of fundamental justice and to which extent that principle would still be reviewable by the court on the basis of the *Girouard* decision.

Autrement dit, cette disposition du code est, selon moi, essentielle au maintien de l'objectif global du privilège. Dans le cas présent, le privilège de l'institution l'emporte sur le statut d'un de ses membres. Il importe de s'en souvenir.

Là n'est pas la question, toutefois. Ma question concerne la tendance. Mes collègues qui ont déjà siégé reconnaîtront certainement l'affaire suivante. Vous n'êtes pas sans savoir qu'il a été recommandé que le juge Girouard soit démis de ses fonctions, affaire qui a récemment été portée en appel devant la Cour fédérale. Même si le Conseil canadien de la magistrature a demandé à la cour de statuer que la cour n'avait pas compétence en la matière en vertu du principe d'indépendance judiciaire, la Cour fédérale, en la personne du juge Noël, a néanmoins conclu que la cour avait compétence dans ce dossier, contrairement à ce qu'affirmait le Conseil canadien de la magistrature.

Quand j'ai lu cette décision et les commentaires publiés à ce sujet, j'ai eu l'impression que le processus par lequel la cour avait réclamé son indépendance avait été judiciairisé. Comme vous l'avez fait remarquer avec justesse, chaque organe professionnel s'autoréglemente, mais même s'ils le font, ils demeurent sous contrôle judiciaire si la décision de la Cour fédérale est maintenue.

Si nous appliquons ce précédent à la manière dont nous devrions envisager notre propre responsabilité afin de déterminer les droits des tierces parties en relation avec la Chambre, nous devons faire très attention à la portée de la responsabilité que nous réclamerions et que nous enchaînerions dans nos règles. Je m'attendrais à ce que les choses se passent comme suit. Le *Règlement du Sénat* décrirait les grandes lignes du processus à suivre quand une tierce partie lésée présente une plainte à un comité ou à un agent du Parlement afin qu'il mène une enquête. C'est ainsi que l'on respecte le principe du régime en cas de conflit d'intérêts. Si un sénateur formule une affirmation contraire à une autre allégation, ce n'est pas aux sénateurs eux-mêmes de faire enquête. Il faut procéder à un examen préliminaire. Si une enquête s'impose, c'est au commissaire à l'éthique qu'il revient de la réaliser, conformément au principe de justice fondamentale.

Une fois qu'une enquête impartiale a été menée, le Sénat doit décider qu'un élément d'équité dans le régime doit être enchaîné pour s'assurer que la conclusion est juste. Il me semble que la décision du Conseil canadien de la magistrature dans l'affaire du juge Girouard nous donne matière à réflexion, ainsi qu'un fondement quant à la manière dont nous devrions approcher ce que j'appelle la solution intermédiaire concernant le *Règlement du Sénat*. Cette avenue permettrait à une personne qui se sent lésée par une tierce partie dans l'exercice du privilège de faire appel en application du principe de justice fondamentale et dans la mesure où ce dernier pourrait toujours faire l'objet d'un examen que la cour effectuerait en s'appuyant sur l'arrêt *Girouard*.

Mr. Fox-Decent: I think that makes a lot of sense. Let me use this opportunity to respond to part of the chair's prior question when he asked what Parliament could do to provide better protection of Parliament against judges. What was done to try to protect administrative bodies, labour relations boards in particular, provincial legislatures and Parliament itself was the introduction of privative clauses or clauses that expressly, with no uncertain terms, told the courts to stay out.

The courts famously paid little but some attention to these clauses, which means that the courts will tend to review the decisions, at least formally, with a more deferential attitude. They will take the indication from Parliament that essentially the courts are not welcome here as an indication that they should only be reviewing if they think there is a question of jurisdiction at issue or if something, as was suggested, really doesn't pass the smell test.

With respect to what we can hope for from the decision of the Federal Court and the Canadian Judicial Council, as I mentioned before, where judges want to become involved they will always find the tools to become involved on the basis of the principle that judicial review of any action of a public figure in Canada is potentially subject to judicial review to determine whether that official's or that body's action took place within the confines of its legal limits. This is just part of how judges understand their position in Canada's legal order.

I don't think anything can be done. The genie is out of the bottle. I don't think there is anything that can be done to put it back in or turn back the clock on that realistically from within the Canadian Judicial Council or from within Parliament or the provincial legislatures. That's why the most important or the best thing to be done is very deliberate and very extroverted self-regulation that reflects the norms of procedural fairness and the norms of reasonableness that the courts are hoping to see anyways. As a matter of course, I think you can already find that in the practices of the Ethics Commissioner.

[*Translation*]

Senator Maltais: First, I'd like to clarify a point about my 1984 example. We can now name the MLA involved, since he has passed away. He was Gilles Grégoire, the member for Frontenac. Criminal charges were brought against him while he was inside the National Assembly. The Sûreté du Québec did not come in to arrest him inside the National Assembly because it could not do that. The member was arrested when he left the building. Was that clear?

M. Fox-Decent : Je pense que cela est fort sensé. Permettez-moi de profiter de l'occasion pour répondre à une partie de la question que le président a posée précédemment, quand il a demandé ce que le Parlement pourrait faire pour mieux se protéger contre les juges. Pour protéger les organes administratifs, notamment les commissions de relations de travail, les assemblées législatives provinciales et le Parlement lui-même, on a adopté des dispositions privatives ou des dispositions qui indiquent expressément et sans équivoque aux tribunaux de ne pas s'ingérer dans leurs affaires.

C'est un fait connu que les tribunaux ont fait peu de cas de ces dispositions, même s'ils leur ont porté une certaine attention; ainsi, ils tendront à examiner les décisions avec plus de déférence, officiellement du moins. Ils prendront l'indication du Parlement selon laquelle ils ne sont essentiellement pas les bienvenus ici comme une indication qu'ils ne devraient se pencher sur les décisions que s'ils considèrent qu'une question de compétences pose un problème ou que quelque chose, comme on l'a fait remarquer, leur semble vraiment douteux.

Pour ce qui est de ce que nous pourrions espérer de la décision de la Cour fédérale et du Conseil canadien de la magistrature, comme je l'ai indiqué plus tôt, si les juges veulent intervenir, ils trouveront toujours des moyens de le faire en se fondant sur le principe voulant qu'une entité publique canadienne puisse potentiellement faire l'objet d'un examen judiciaire pour déterminer si les actes de ce fonctionnaire ou de cet organe respectent les contraintes de leurs limites légales. Ce n'est là qu'une partie de la manière dont les juges comprennent leur position dans le domaine juridique du Canada.

Je ne pense pas que l'on puisse faire quoi que ce soit. Le génie est sorti de la bouteille et je doute que l'on puisse faire quelque chose pour l'y retourner ou, soyons réalistes, pour renverser la vapeur au sein du Conseil canadien de la magistrature, du Parlement ou des assemblées législatives provinciales. Voilà pourquoi le plus important ou le mieux à faire consiste à appliquer très délibérément et très ostensiblement une autoréglementation conforme aux normes en matière d'équité procédurale et de caractère raisonnable que les tribunaux espèrent voir adopter de toute manière. De fait, je pense que vous pouvez déjà voir ce processus à l'œuvre dans les pratiques du commissaire à l'éthique.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Tout d'abord, j'aimerais clarifier un point au sujet de mon exemple qui portait sur le cas de 1984. Maintenant, on peut le nommer, puisqu'il est décédé; c'était le cas de Gilles Grégoire, député de Frontenac. Des accusations au criminel ont été portées contre lui alors qu'il était à l'intérieur de l'Assemblée nationale. La Sûreté du Québec n'est pas venue l'arrêter dans l'Assemblée nationale, parce qu'elle ne le pouvait pas. Elle l'a arrêté lorsqu'il est sorti de l'édifice. Ça va?

In Guy Ouellette's case, no charges were laid. He was ambushed, as a result of false information. No charges were ever laid, and the Director of Criminal Prosecutions found that there weren't even any grounds for an investigation. He returned his documents, his computer, his tablet and his phone. The case is now before the courts.

The other point I very humbly submit to you is the following: we cannot rely on the English Constitution to codify our privileges, because that simply does not exist; we must rely on parliamentary practice and the Constitution of Canada. Parliamentary privilege is included in the Constitution, but we also know there is something else, and that is parliamentary practice.

According to parliamentary practice, the Speaker is to be the guardian of parliamentary privileges. Things are a bit different in the Senate, because even if the Speaker is the guardian, his or her decisions can be challenged, while in the House of Commons, MPs can't do the same. In legislative assemblies, MPs can't challenge Speakers' rulings because that would undermine confidence in the Speaker. In many cases, these challenges have caused Speakers to resign. Therefore, the practice for parliamentarians is never to challenge a Speaker's ruling, and I'm excluding the Senate. That's an issue.

If we codify our privileges, might we forget any of them? If ever another privilege that we had not anticipated comes along, would we be closing the door to other things that could happen in 10, 15 or 20 years? Because the Constitution has not provided for everything in the last 150 years, and many things have been added.

Mr. Fox-Decent: Thank you for the question. Not necessarily, that depends on the sustainability of the code. In my view, it is possible to produce open-textured codification that allows for other provisions on privilege.

Senator Maltais: The codification would not be set in stone.

Mr. Fox-Decent: No, not necessarily. I think it would be better this way.

Senator Maltais: Thank you very much.

[*English*]

The Chair: Colleagues, as there are no further questions, I would like to offer the floor to Professor Fox-Decent to make any closing remarks.

Mr. Fox-Decent: Thank you very much for this opportunity. It was a great pleasure to come to Ottawa and share this morning with you.

Dans le cas du député Guy Ouellette, aucune accusation n'a été portée. Il a été pris dans un guet-apens, à la suite d'une fausse information. Aucune accusation n'a jamais été portée et le directeur des poursuites criminelles a conclu qu'il n'y avait même pas matière à enquête. Il lui a remis ses documents, son ordinateur, sa tablette et son téléphone. La question est maintenant devant un tribunal.

L'autre point que je veux vous soumettre, bien humblement, est celui-ci : pour codifier nos privilèges, on ne peut pas se baser sur la Constitution anglaise parce que, c'est bien simple, elle n'existe pas; on doit se baser sur des coutumes et sur la Constitution du Canada. Le privilège parlementaire est inclus dans la Constitution, mais nous savons une autre chose également, c'est qu'il y a une coutume parlementaire.

La coutume parlementaire veut que ce soit le Président qui soit le gardien des privilèges parlementaires. Au Sénat, c'est un peu différent, car même si le Président est le gardien, ses décisions peuvent être contestées, alors qu'à la Chambre des communes les députés ne peuvent pas faire de même. Dans les assemblées législatives, les députés ne peuvent pas contester les décisions de la présidence, parce que cela mine la confiance à l'égard de la présidence. Dans bien des cas, à cause de ces contestations, des Présidents ont démissionné. Donc, il est de coutume, à titre de parlementaire, de ne jamais contester une décision de la présidence, et j'exclus le Sénat. C'est un point.

Si on codifie nos privilèges, va-t-on en oublier? Si jamais un autre privilège que l'on n'avait pas prévu se présente, ferme-t-on la porte à d'autres choses qui pourraient se produire dans 10, 15 ou 20 ans? Parce que la Constitution n'a pas tout prévu au cours des 150 dernières années, et bien des choses se sont ajoutées.

M. Fox-Decent : Je vous remercie de cette question. Pas nécessairement, tout dépend de la continuité du code. Selon moi, il est possible d'établir une codification ouverte qui peut permettre d'autres dispositions liées au privilège.

Le sénateur Maltais : La codification ne serait pas fermée.

M. Fox-Decent : Non, pas nécessairement. À mon avis, ce serait mieux de cette façon.

Le sénateur Maltais : Merci beaucoup.

[*Traduction*]

Le président : Mesdames et messieurs les sénateurs, comme il n'y a plus de questions, je voudrais laisser la parole à M. Fox-Decent pour une dernière remarque.

M. Fox-Decent : Je vous remercie beaucoup de m'avoir donné l'occasion de témoigner devant vous. J'ai été enchanté de venir à Ottawa pour passer la matinée avec vous.

I wrote my paper some time ago on the *Vaid* decision. One never knows in academia what will wither on the vine or what may yet flourish long after the ink has dried. I am happy to see that small contribution could bring us together.

The Chair: Thank you for your presence here today.

Colleagues, thank you for what I thought was a very interesting discussion today. I remind the audience and everybody around the table that we will be meeting in two weeks when we will be back with some of our colleagues from Internal Economy who will be with us in regard to the oversight committee.

(The committee adjourned.)

J'ai rédigé mon document sur l'arrêt *Vaid* il y a quelque temps. Dans le domaine universitaire, on ne sait jamais ce qui tombera dans l'oubli ou ce qui aura des répercussions longtemps après que l'encre eut séché. Je suis ravi que cette modeste contribution nous ait réunis.

Le président : Nous vous remercions d'avoir comparu aujourd'hui.

Chers collègues, je vous remercie de ce que je considère comme une discussion fort intéressante. Je rappelle à l'assistance et à tous ceux qui sont autour de la table que nous nous réunirons dans deux semaines, alors que nous serons de retour avec certains de nos collègues du Comité de la régie interne pour traiter du comité de surveillance.

(La séance est levée.)

WITNESS

Tuesday, October 2, 2018

As an individual:

Evan Fox-Decent, Professor, Faculty of Law, McGill University.

TÉMOIN

Le mardi 2 octobre 2018

À titre personnel :

Evan Fox-Decent, professeur, faculté de droit, Université McGill.