Dalhousie Journal of Legal Studies

Volume 4 Article 27

1-1-1995

Exclus de la Charte: un privilège? - New Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblé Législative)

Stéphane Beaulac

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/djls



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 3.0 License.

Recommended Citation

Stéphane Beaulac, "Exclus de la Charte: un privilège? - New Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblé Législative)" (1995) 4 Dal J Leg Stud 253.

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at Schulich Law Scholars. It has been accepted for inclusion in Dalhousie Journal of Legal Studies by an authorized editor of Schulich Law Scholars. For more information, please contact hannah.steeves@dal.ca.

EXCLUS DE LA CHARTE: UN PRIVILÈGE?—NEW BRUNSWICK BROADCASTING C. NOUVELLE-ÉCOSSE (PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉ LÉGISLATIVE)

STÉPHANE BEAULAC†

En 1986, avec l'arrêt SDGMR c. Dolphin Delivery, la Cour suprême du Canada a tracé les grandes lignes quant à l'application de la Charte canadienne des droits et libertés. Essentiellement, en fondant l'analyse sur le paragraphe 32(1) de la Charte, le plus haut tribunal du pays décida que les branches législative, exécutive et administrative du gouvernement constitueraient les acteurs soumis à la Charte. Plusieurs arrêts sont venu préciser la portée de la branche exécutive. La branche législative, quant à elle, a donné lieu à aucun litige, jusqu'à l'affaire New Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (Président de l'assemblée législative). La seule mention de ce que vise la branche législative provient des motifs du juge McIntyre dans Dolphin Delivery: «Il semblerait que ce n'est que dans sa législation

32(1) La présente charte s'applique:

- (a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- (b) à la législature et au gouvernement de chaque province pour tous les domaines relevant de cette législature.

[†] LL.L. (Ottawa), LL.B. (Dalhousie).

¹ [1986] 2 R.C.S. 573 [ci-après *Dolphin Delivery*].

² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11 [ci-après la *Charte*].

³ L'article 32 de la *Charte* stipule ce qui suit :

⁴ *Ibid.* à la p. 598.

⁵ Slaight Communications c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038; McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229 [ci-après McKinney]; Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483; Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570; Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 221.

⁶ [1993] 1 R.C.S. 319 [ci-après N.B. Broadcasting].

qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou à un droit garantis.»⁷

Dans une décision partagée sept contre un, cinq juges de la Cour suprême ont écrit leurs motifs dans l'affaire N.B. Broadcasting. Les parties ont soumis plusieurs arguments afin de démontrer que la Charte ne s'applique pas à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. L'opinion majoritaire, écrite par le juge McLachlin, a retenu l'argument selon lequel la Charte s'appliquait mais qu'elle ne pouvait déclarer inopérante une autre norme constitutionnelle; les motifs du juge LaForest vont dans le même sens. Le juge en chef Lamer conclut que la Charte ne s'appliquait pas à une assemblée législative. Le juge Cory, en dissidence, émis l'avis que la Charte s'appliquait, que la liberté de presse était violée et que cette restriction ne se justifiait pas dans une société libre et démocratique. Même raisonnement pour le juge Sopinka, mais il conclut que cette limite se justifiait en vertu de l'article premier.

I. LE CONTEXTE FACTUEL

La Société New Brunswick Broadcasting Co. Ltd. (l'intimée) a saisi la Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse afin d'obtenir une ordonnance l'autorisant à filmer les débats de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse avec ses propres caméras. Cette demande découle de la décision du président de l'Assemblée législative, monsieur Arthur Donahoe (l'appelant), de refuser à l'intimée le droit de filmer les débats parlementaires à partir de la tribune du public au moyen de caméras portatives. Selon le président, l'utilisation proposée de caméras nuirait au décorum et au déroulement des débats de l'Assemblée. Il a fondé sa décision sur le privilège parlementaire d'expulser des étrangers de l'Assemblée législative.

Le tribunal de première instance accueillit la demande de l'intimée et émit l'ordonnance. Ce jugement fut confirmé par la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans une décision partagée; elle modifia cependant quelque peu l'ordonnance en question. L'appelant interjeta appel de cette décision, d'où le présent pourvoi.

⁷ Dolphin Delivery, supra note 1 à la p. 599.

Les questions constitutionnelles en litige furent formulées comme suit:

- 1. La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-telle aux membres de l'Assemblée législative lorsqu'ils exercent leurs privilèges de députés?
- 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'exercice d'un privilège pour refuser l'accès aux médias à la tribune du public, afin de les empêcher d'enregistrer et de retransmettre au public les débats de l'Assemblée législative au moyen de leurs caméras, contrevient-il à l'al. 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés?
- 3. Si la réponse à la deuxième question est affirmative, pareil refus constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés? 8

Seule la première question fit l'objet d'une analyse approfondie par chacune des opinions principales. Dans le cadre de cet article, nous nous limiterons à la question de l'application de la *Charte*. L'appelant avance quatre arguments afin de démontrer que la *Charte* ne s'applique pas à l'exercice de privilèges parlementaires:

- 1. En vertu de l'art. 8 de la Loi constitutionnelle de 1867, et de son insertion dans l'annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, la Constitution de la Nouvelle-Écosse fait partie de la constitution fédérale;
- 2. En vertu de l'insertion de l'art. 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de son insertion dans l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le principe selon lequel l'exercice de privilèges parlementaires ne doit pas être assujetti au contrôle judiciaire est consacré dans la Constitution:
- 3. Les privilèges parlementaires ont un statut constitutionnel inhérent qui découle de la nature même

⁸ N.B. Broadcasting, supra note 6 aux pp. 340-41.

de l'institution et du préambule de la Loi constitutionnelle de 1867; ou

- 4. L'exercice de privilèges parlementaires n'est pas visé par l'art. 32 de la *Charte:*
 - a) soit parce que l'assemblée législative n'est pas visée par les mots «législature» ou «gouvernement»;
 - b) soit parce que l'exercice de privilèges parlementaires n'est pas visé par l'expression «relevant de cette législature».

Les juges de la Cour suprême se sont concentrés sur le troisième et le quatrième de ces arguments. Nous limiterons également notre analyse à ceux-ci. Les motifs du juge en chef Lamer, ceux du juge McLachlin et ceux du juge Cory, en dissidence, seront examinés. Nous nous permettrons, par la suite, de commenter la décision et d'y aller de quelques recommandations.

II. L'ANALYSE DE LA COUR

Le juge en chef Lamer se prête tout d'abord à une analyse complète de la théorie du privilège. Ce sont les membres de l'assemblée législative, par opposition à la législature comme telle, qui détiennent des privilèges parlementaires. Ils peuvent les invoquer pour repousser les prérogatives de la Couronne ainsi que pour contrer le contrôle judiciaire. Cependant, cette immunité n'est pas absolue; seuls les privilèges qui sont jugés nécessaires à l'exercice des fonctions de l'assemblée législative sont valables. Les tribunaux peuvent vérifier l'existence d'un privilège invoqué; cependant, l'assemblée législative constitue le juge exclusif de l'exercice de celui-ci. Les des celui-ci. Les des

⁹ *Ibid.* à la p. 351.

¹⁰ Voir *Bradlaugh* c. *Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271 à la p. 275; voir également l'auteur J. Redlich, *The Procedure of the House of Commons*, London, Archibald Constable & Co. 1908, vol. I à la p. 46.

¹¹ Voir Stockdale c. Hansard (1839), 112 E.R. 1112 à la p. 1199; voir également l'auteur J. Hatsell, Precedents of Proceedings in the House of Commons, 3^e éd., London, Payne, 1796, vol. 1 à la p. 1.

¹² Voir *Landers* c. *Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158 à la p. 196; voir également l'auteur E. May, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 21^e éd, London, Butterworths, 1989 à la p. 150.

Au Royaume-Uni, de qui nous avons hérité de la tradition parlementaire, les privilèges se fondent sur la *lex parliamentis* (loi du Parlement), la *common law* et la loi écrite. Au Canada, les privilèges parlementaires découlent de la *common law* ou de la loi écrite¹³ et ne sont pas aussi étendus qu'au Royaume-Uni.¹⁴ Les principaux privilèges comprennent la liberté de parole, l'immunité contre toute arrestation, le pouvoir d'expulser les étrangers et le pouvoir de contrôler la publication des débats; au Canada, le pouvoir de punir l'outrage n'existe pas.

Après avoir rejeté les deux premiers arguments de l'appelant, le juge en chef Lamer analyse le troisième argument. Il dit hésiter à voir dans la Constitution des principes inexprimés, qui aurait été importés via le préambule, de façon à exclure l'application de la *Charte*. De plus, l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ¹⁵ de même que l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ¹⁶ n'enchâssent pas les privilèges parlementaires, ils permettent seulement de légiférer en la matière. À tout événement, le juge en chef n'estime pas nécessaire de répondre à cet argument étant donné la conclusion à laquelle il arrive relativement au quatrième argument de l'appelant.

Le juge en chef Lamer retient la prétention voulant que la Charte ne s'applique pas aux assemblées législatives parce qu'elles ne sont pas visées par l'article 32. Il remarque tout d'abord que l'assemblée législative ne constitue qu'une des deux composantes de la législature, la deuxième étant le lieutenant-gouverneur. Après avoir fait référence aux arrêts Dolphin Delivery¹⁷ et McKinney, ¹⁸ le juge en chef ajoute que le paragraphe 32(1) de la Charte doit s'interpréter selon son objet et en tenant compte du «contexte

¹³ L'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *infra* note 15, donne le pouvoir à la Chambre des communes d'adopter des lois lui accordant les mêmes privilèges que ceux détenus par les chambres du Parlement du Royaume-Uni. Les assemblées législatives le peuvent également en vertu de leur pouvoir de modifier leurs propres constitutions (voir *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600 (C.P.)).

¹⁴ Voir Kielley c. Carson (1842), 13 E.R. 225 aux pp. 234–35; et Landers c. Woodworth, supra note 12 aux pp. 210–12.

^{15 (}R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 [ci-après la Loi constitutionnelle de 1867].

¹⁶ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Loi constitutionnelle de 1982*].

¹⁷ *Supra* note 1.

¹⁸ Supra note 5.

linguistique, philosophique et historique appropriés.»¹⁹ Selon lui, la tradition constitutionnelle de non-intervention à l'égard de l'exercice d'un privilège parlementaire, doublée de la place et de l'importance de ces privilèges dans notre système politique démontrent que la *Charte* ne s'applique pas aux privilèges.

Par ailleurs, cette conclusion se justifie par l'interprétation littérale et contextuelle du paragraphe 32(1) de la *Charte*. Ce paragraphe réfère à la législature et aux domaines relevant de la législature, il ne parle pas des assemblées législatives de ces législatures. De plus, en considérant les articles 17, 18, 21 à 36, 37 à 52, 69 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que les articles 32, 33 et la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il ressort que le terme «législature» utilisé au paragraphe 32(1) renvoie à l'organisme exerçant une compétence législative et non pas à l'assemblée législative, qui constitue seulement une de ses parties composantes.

Cependant, les articles 5, 17 et 18 de la *Charte* démontrent que l'emploi du mot «législature» n'est pas uniforme puisque ceux-ci renvoient à l'organisme législatif comme tel. Le juge en chef Lamer rétorque que le terme ne possède pas un sens unique et qu'on doit prêter une attention particulière aux considérations contextuelles et à l'objet visé par ces articles afin de découvrir le sens du terme «législature». Le juge en chef remarque que l'article 5 s'inspire de l'article 20 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, maintenant abrogé, et que les articles 17 et 18 s'inspirent de l'article 133 de cette même loi. Il se sert de cet historique législatif afin d'excuser le manque d'uniformité dans l'utilisation de «législature.» Enfin, le juge en chef souligne que les articles 5, 17 et 18 font partie de la section de la *Charte* hors de la portée de l'article 33, ce qui excuserait également ce manque d'uniformité.

Le juge en chef Lamer décide donc que l'exercice de privilèges parlementaires inhérents ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* car le paragraphe 32(1) ne vise pas les assemblées législatives. Le juge McLachlin arrive à la même conclusion que le juge en chef, mais en adhérant au troisième argument soumis par l'appelant. Elle émet l'avis que les tribunaux ne peuvent réviser l'action de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse en vertu de

¹⁹ Voir R. c. Big M Drug Mart, [1985] 1 R.C.S. 295 [ci-après Big M Drug Mart] à la p. 344; voir également Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313 à la p. 394.

la Charte parce que le président de l'assemblée a fondé sa décision sur un droit bénéficiant d'un statut constitutionnel.

Le juge McLachlin examine tout d'abord la question de savoir si la Charte s'applique à une assemblée législative. Elle refuse d'adhérer à l'argument littéral relativement au paragraphe 32(1) de la Charte. Bien que le terme «législature» comprend l'organisme législatif et le lieutenant-gouverneur, les articles 5, 17 et 18 indiquent qu'on ne saurait adopter une interprétation restrictive excluant l'application de la Charte aux assemblées législatives. Ce point de vue s'appuie également sur l'objet visé par le paragraphe 32(1). Selon l'arrêt McKinney, 20 les organismes publics constituent les acteurs susceptibles de porter atteinte péremptoirement aux libertés individuelles et doivent, par conséquent, être soumis à la Charte. Le juge McLachlin opine également que, contrairement aux propos du juge McIntyre dans Dolphin Delivery,21 ce n'est pas que par législation que la branche législative peut porter atteinte aux droits garantis.²² Ainsi, la Charte doit s'appliquer aux actions des assemblées législatives, non pas à toutes celles-ci, mais exclusivement aux actions qui ne se fondent pas sur un droit constitutionnel.

Selon le juge McLachlin, le statut constitutionnel de certains privilèges parlementaires ne découlent ni de l'article 88 de la Loi constitutionnelle de 1867 ni d'une incorporation de l'article 9 du Bill of Rights anglais; il se fonde plutôt sur le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 selon lequel la Constitution du Canada repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. Ce point de vue s'appuie également sur la tradition historique du Canada et sur le principe pragmatique voulant qu'une législature possède les pouvoirs constitutionnels nécessaires à son bon fonctionnement.

Le juge McLachlin est d'avis que l'adoption d'une constitution écrite au Canada n'altère aucunement l'intention exprimée dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* de conserver les préceptes constitutionnels fondamentaux du Parlement britannique. Le professeur Hogg ne rejette pas l'opinion selon laquelle la

²⁰ Supra note 5 à la p. 262.

²¹ Supra note 1.

²² Voir Operation Dismantle c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441; Slaight Communications c. Davidson, supra note 5; et Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, supra note 5.

Constitution canadienne ne se limite pas aux documents écrits.²³ Selon une perspective historique, les privilèges parlementaires, qui émanent de la common law, comprennent seulement les exemptions légales nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice des fonctions parlementaires.²⁴ Seule la question de l'existence du privilège peut être examinée par les tribunaux, son exercice particulier échappe à leur contrôle.²⁵ Selon le juge McLachlin, le privilège d'une assemblée législative d'exclure des étrangers est nécessaire à son autonomie et à son fonctionnement efficace. L'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a donc agi dans les limites de son pouvoir constitutionnel.

L'incidence de cette conclusion quant à l'exercice d'un privilège parlementaire inhérent se situe au niveau de la révision en vertu de la Charte: une partie de la Constitution ne peut en abroger une autre. Le juge McLachlin répond ensuite à l'argument voulant que l'action du président en l'espèce constitue l'exercice d'un pouvoir constitutionnel, non pas le pouvoir constitutionnel comme tel, et que l'exercice est révisable. Afin d'en décider il faut se demander si nous traitons du fruit de l'arbre législatif ou de l'arbre lui-même. Autrement dit, retenir l'argument fondé sur la Charte équivaudrait-il à supprimer un pouvoir constitutionnel? Selon le juge McLachlin, il faut répondre par l'affirmative. Le tribunal devait décider de l'existence d'un privilège parlementaire et non de la façon que le président l'a exercé. En fait, nous l'avons vu, le judiciaire ne peut que décider de l'existence d'un privilège, il ne peut pas réviser son exercice.

²³ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992 aux pp. 9–10. Bien que la définition de Constitution du Canada au paragraphe 52(2) semble être exhaustive, celle-ci ne serait être concluante étant donné qu'elle omet de nombreux textes d'importance pour le gouvernement du Canada ou les provinces.

²⁴ Voir Fielding c. Thomas, supra note 13 aux pp. 201–02; voir également les auteurs R. M. Dawson, The Government of Canada, 5e éd., Toronto, University of Toronto Press, 1970 aux pp. 337–38; J. Maingot, Le privilège parlementaire au Canada, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1987 aux pp. 3–4; et May, supra note 12 aux pp. 69, 82.

²⁵ Stockdale c. Hansard, supra note 11 à la p. 1169.

²⁶ Voir Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148 [ci-après le Renvoi relatif au projet de loi 30].

²⁷ Voir Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158.

Ainsi, le juge McLachlin arrive à la conclusion que, d'une part, la Charte s'applique aux privilèges parlementaires mais que, d'autre part, le privilège d'exclure des étrangers d'une assemblée législative ne peut faire l'objet d'une révision en vertu de la Charte puisque ce privilège possède un statut constitutionnel. En dissidence, le juge Cory opine que la Charte s'applique à toutes les actions d'une assemblée législative et qu'aucun privilège parlementaire ne fait partie de la Constitution du Canada.

Le juge Cory fait tout d'abord référence à l'opinion du juge McIntyre dans Dolphin Delivery28 selon lequel «[i]l semblerait que ce n'est que dans la législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis.»²⁹ Il remarque que la question de savoir si la Charte s'applique à une assemblée législative ne s'était pas posée dans cette affaire. En s'appuyant sur l'arrêt McKinney.30 le juge Cory affirme que le paragraphe 32(1) de la Charte vise essentiellement les acteurs publics, comme une assemblée législative en l'occurrence. Il ajoute que pour le citoyen ordinaire et raisonnable, l'assemblée législative constitue l'élément essentiel d'une législature. Le terme «législature» utilisé au paragraphe 32(1) doit recevoir une interprétation large et libérale,³¹ de sorte que non seulement les lois mais également les règles et les règlements adoptés par une assemblée législative soient soumis à la Charte. Cette interprétation s'appuie également sur le contexte de la présente affaire. En effet, l'accès aux médias constitue un élément essentiel pour permettre aux citoyens d'avoir une opinion éclairée des activités de son gouvernement démocratique.

Relativement au statut constitutionnel du privilège d'expulser des étrangers de l'assemblée législative, l'opinion du juge Cory est diamétralement opposée à celle du juge McLachlin. En s'appuyant sur le *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*,³² le juge Cory opine que la *Charte* s'applique puisque l'action du président de l'assemblée législative constitue l'exercice d'un pouvoir constitutionnel. Il ajoute que selon le critère de la nécessité,³³ l'interdiction absolue de caméras n'est pas

²⁸ Supra note 1.

²⁹ *Ibid.* à la p. 599.

³⁰ Supra note 5.

³¹ Voir *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 155.

³² *Supra*, note 27.

³³ Voir Landers c. Woodworth, supra note 12 aux pp. 201-02.

fondamentalement nécessaire au fonctionnement de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. En interdisant complètement les caméras, le président a outrepassé sa compétence inhérente découlant du privilège parlementaire d'expulser des étrangers de l'assemblée législative.

Le juge Cory conclut donc que la *Charte* s'applique dans la présente affaire et que l'interdiction des caméras de télévision constitue une restriction à la liberté de presse garantie à l'alinéa 2(b) de la *Charte*. De plus, selon les critères de l'article premier,³⁴ cette restriction absolue ne se justifie pas dans une société libre et démocratique.

III. DISCUSSION

L'aspect majeur qui ressort des motifs de chacun des intervenants dans l'arrêt N.B. Broadcasting se situe au niveau de l'absence de consensus au Canada quant à l'application de la Charte aux actions des assemblées législatives. Nous tenterons de ressortir les points forts ainsi que les lacunes des motifs des juges de la Cour suprême. Nous formulerons également quelques humbles recommandations quant à la thèse qui devrait être adoptée sur la question.

Le juge en chef Lamer, en ratifiant l'argument selon lequel le paragraphe 32(1) ne vise pas les assemblées législatives, a manifestement insisté sur l'interprétation littérale de la Charte.³⁵ L'argument relativement à l'article 32 qui renvoie aux compétences législatives prévues aux articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 ³⁶ de même que l'argument touchant la clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte nous convainquent.³⁷ De plus, l'analyse contextuelle globale de la Charte étaye la conclusion recherchée par le juge en chef.³⁸ Enfin, en référant à la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982, il semble démontrer une certaine cohérence entre les différents textes constitutionnels adoptés en 1982.³⁹

³⁴ Voir R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁵ N.B. Broadcasting, supra note 6 aux pp. 356, 359–63.

³⁶ *Ibid.* aux pp. 359–60.

³⁷ *Ibid.* à la p. 360.

³⁸ Ibid.

³⁹ *Ibid.* à la p. 361.

Cependant, l'argument de cohérence perd toute sa force lorsqu'on considère que plusieurs articles de la *Charte* utilisent le terme «législature» dans un sens totalement différent de celui défendu par le juge en chef Lamer. Les articles 5, 17 et 18, emploient «législature» pour désigner l'organisme qui légifère et non l'assemblée législative accompagnée du représentant de la Reine.⁴⁰ Nous croyons que ce manque d'uniformité au sein même de la *Charte* est fatal à l'interprétation littérale proposée par le juge en chef. L'argument historique d'interprétation ainsi que l'argument relativement au domaine d'application de la clause dérogatoire de l'article 33 ne sauvent en rien son point de vue.⁴¹

Par ailleurs, bien que le juge en chef Lamer réfère au principe découlant de *Big M Drug Mart* ⁴² voulant que les articles de la *Charte* 's'interprètent selon leur «contexte linguistique, philosophique et historique appropriés,»⁴³ il ne donne pas pour autant une interprétation large au paragraphe 32(1).⁴⁴ Il ne faut pas oublier que le principe de *Big M Drug Mart* ⁴⁵ ne constitue que l'un des deux éléments du tandem de principes d'interprétation de la *Charte*, l'autre principe découlant de l'arrêt *Hunter c. Southam.* ⁴⁶ Selon le juge Dickson dans cette affaire, la *Charte* doit faire l'objet d'une interprétation large et libérale afin de répondre aux réalités sociales, politiques et historiques. ⁴⁷ Cette approche est celle qu'a adoptée le juge Cory en dissidence.

À la place, le juge en chef Lamer met l'emphase sur «[l]a tradition constitutionnelle, l'histoire et les traditions de notre société,»⁴⁸ afin de restreindre la portée du paragraphe 32(1). La *Charte* deviendrait donc inapplicable en raison de l'importance des privilèges parlementaires et de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Selon le juge en chef, même si les privilèges ne peuvent pas faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*, la sanction ultime sera politique, c'est-à-dire devant les électeurs.⁴⁹

⁴⁰ *Ibid.* aux pp. 361–63.

⁴¹ *Ibid.* aux pp. 362–63.

⁴² *Supra* note 19.

⁴³ Ibid. à la p. 344.

⁴⁴ N.B. Broadcasting, supra note 6 à la p. 358.

⁴⁵ Supra note 19.

⁴⁶ Supra note 31.

⁴⁷ *Ibid.* aux pp. 155–56.

⁴⁸ N.B. Broadcasting, supra note 6 à la p. 364.

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 365.

Le juge McLachlin, qui écrit l'opinion majoritaire dans la présente affaire, refuse d'adhérer au quatrième argument de l'appelant. Selon elle, une interprétation fondée sur la lettre et sur l'objet du paragraphe 32(1) démontre que les assemblées législatives sont soumises à l'application de la *Charte*. Elle fait tout d'abord référence à l'absence d'uniformité de l'emploi du terme «législature» dans la *Charte*. ⁵⁰ De plus, la règle selon laquelle la *Charte* ne peut jamais s'appliquer aux assemblées législatives est trop générale eu égard à l'objet du paragraphe 32(1). Selon le juge McLachlin, la tradition de retenue judiciaire, invoquée par le juge en chef Lamer, se rattache à certaines actions spécifiques des assemblées législatives, non pas à toutes ses activités. ⁵¹

Le juge McLachlin retient l'argument selon lequel un examen en vertu de la *Charte* est impossible en l'espèce puisque l'action prise par l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse se fonde sur un droit qui bénéficie d'un statut constitutionnel. Le passage des motifs du juge McLachlin sur lequel repose toute sa thèse est le suivant:

J'ajouterais ceci seulement puisqu'il ressort de la *Loi constitutionnelle de 1867* que les fondateurs de notre pays avaient l'intention claire et nette d'établir une constitution semblable à celle du Royaume-Uni, la Constitution peut également inclure les privilèges qui ont traditionnellement été jugés nécessaires au bon fonctionnement de nos organismes législatifs.⁵²

Cet argument ne s'appuie sur aucune source légale autre que l'opinion, pour le moins équivoque, du Professeur Hogg sur la question.⁵³ Néanmoins, après cette affirmation, le juge McLachlin ne poursuit pas son analyse sur cette question cruciale; la balance de ses motifs ne servent qu'à démontrer des points incidents, dont le critère de la nécessité et le rôle des tribunaux dans la détermination d'un privilège.⁵⁴ Elle ajoute que, même aujourd'hui, le privilège d'expulsion des étrangers d'une assemblée législative est nécessaire

⁵⁰ *Ibid.* à la p. 371.

⁵¹ *Ibid.* aux pp. 370–71.

⁵² *Ibid.* à la p. 377.

⁵³ Hogg, *supra* note 23 aux pp. 9–10.

⁵⁴ N.B. Broadcasting, supra note 6 aux pp. 378–90.

afin de préserver la bonne marche de cet organe essentiel du système de gouvernement représentatif canadien.55

Les considérations d'ordres utilitaire et politique semblent également avoir pesé fort dans la balance du juge McLachlin. Selon elle, l'examen de l'existence de privilèges parlementaires en vertu de la *Charte* créerait ses problèmes distincts qui entraveraient eux aussi le bon fonctionnement des assemblées législatives. ⁵⁶ Mais, l'argument qui semble constituer la pierre angulaire camouflée de la thèse du juge McLachlin touche au rôle de la *Charte* en tant qu'instrument légal supra-législatif. L'extrait suivant est excessivement révélateur à ce niveau:

Traditionnellement, chaque branche du gouvernement a joui d'une autonomie dans la façon de conduire ses affaires. La Charte a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. En pratique, cela signifie que, sous réserve de la disposition prépondérante de l'art. 33 de la Charte, les tribunaux peuvent être appelés à déclarer non valides des lois et des actes gouvernementaux. Dans cette mesure, la Charte a empiété sur la compétence suprême des branches législatives. Ce que l'on nous demande de faire est d'aller plus loin, beaucoup plus loin. On nous demande d'affirmer que la Charte a non seulement enlevé aux corps législatifs le droit d'adopter les lois qu'ils désirent, mais aussi qu'elle a éliminé le droit constitutionnel que le Parlement et les assemblées législatives possèdent depuis longtemps d'exclure des étrangers et d'assujettir au contrôle supérieur des tribunaux la décision du président quant à ce qui gêne le fonctionnement de l'Assemblée. Je ne vois rien dans la Charte qui exigerait ou justifierait de procéder à la réaffectation des pouvoirs concernés (nous soulignons) 57

Par conséquent, si nous comprenons bien les motifs du juge McLachlin, d'une part, elle conclut que la *Charte* s'applique aux assemblées législatives mais, d'autre part, elle ajoute que rien dans la

⁵⁵ Ibid. à la p. 377.

⁵⁶ *Ibid.* aux pp. 387–88.

⁵⁷ *Ibid.* à la p. 389.

Charte ne permet aux tribunaux d'intervenir dans les affaires de ces assemblées. Pourquoi dire alors que la Charte s'applique s'il n'existe aucune base constitutionnelle supportant cette conclusion? Peut-être devrait-on voir dans cet extrait la justification contextuelle que le juge en chef Lamer cherchait en vain à établir afin de limiter la portée du paragraphe 32(1) de la Charte. Le juge en chef appuie son argument sur la tradition constitutionnelle qui exige une pratique de non-ingérence des tribunaux relativement aux privilèges parlementaires. Nous croyons plutôt, comme le dit le juge McLachlin, que la nouvelle dynamique entre les différentes branches du gouvernement demande une certaine retenue judiciaire envers la branche législative, à tout le moins au niveau de sa procédure interne. 59

Un autre point des motifs du juge McLachlin vaut la peine d'être souligné: il s'agit de la règle dite fondamentale voulant que la *Charte* ne peut déclarer une autre partie de la Constitution inopérante. Elle opine que le *Renvoi relatif au projet de loi 30*60 s'applique *mutatis mutandis* en l'espèce. Mentionnons, tout d'abord, que l'argument sur les fruits de l'arbre, par opposition à l'arbre luimême, tiré du *Renvoi relatif à la délimitation de circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*,61 nous convainc; dans la présente affaire, il s'agit de l'arbre comme tel qu'on demande d'examiner au regard de la *Charte*.

Le problème découle du fait que, comme le souligne le juge Sopinka dans ses motifs concurrents, le *Renvoi relatif au projet de loi* 30 concernait un article précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui permettait expressément l'adoption de lois incompatibles avec le

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 364.

⁵⁹ Relativement à cette dynamique entre les branches du gouvernement au regard de la *Charte*, voir A. Morel, «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges» (1983) 61 R. du B. Can. 81; W. R. Lederman, «Democratic Parliament, Independent Courts and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*» (1984–85) 11 Queen's L.J. 1; P. J. Monahan, «Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review» (1987) 21 U.B.C.L. Rev. 85; J. Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991; R. Martin, «Legitimizing Judicial Review under the Charter: Democracy or Distrust?» (1991) 49 U.T. Fac. L. Rev. 62; B. M. McLachlin, «The Charter: A New Role for the Judiciary?» (1991) 29 Alta L. Rev. 540.

⁶⁰ *Supra* note 26.

⁶¹ Supra note 27.

droit à l'égalité protégé à l'article 15 de la Charte. 62 Or, en l'espèce, la situation diffère grandement. Non seulement le statut constitutionnel des privilèges parlementaires s'appuie sur une base pour le moins dubitative, mais le juge McLachlin prétend en plus que ces principes, applicables en vertu du préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, suppriment l'effet supra-législatif de la Charte. Peut-être est-ce défendable de refuser que l'article 15 de la Charte annule l'effet de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, 63 mais c'est une toute autre histoire qu'un principe applicable en droit canadien grâce au préambule de la Constitution puisse supprimer la liberté de presse garantie à l'alinéa 2(b) de la *Charte*. Qui plus est, comme le dit le juge LaForest dans l'affaire R. c. Mercure, 64 «[1]e Parlement [ou une législature] savait très bien comment enchâsser une disposition s'il voulait le faire». À l'égard des privilèges parlementaires, on savait aussi comment, mais on ne l'a pas fait.

Quant à l'opinion du juge Cory, le seul motif pressant touche l'interprétation large et libérale qu'on doit donner aux articles substantiels de la *Charte*. Une telle interprétation exige que non seulement les lois, mais également les règlements internes des assemblées législatives soient soumis à la *Charte*. L'argument le plus précaire utilisé par le juge Cory concerne l'opinion populaire de la société canadienne. Ainsi, «[p]our le citoyen ordinaire et raisonnable, c'est l'assemblée législative qui constitue l'élément essentiel de la "législature" et une partie fondamentale et intégrante du "gouvernement" d'une province.» Nous trouvons excessivement surprenant que l'opinion populaire relativement à la législature ou au gouvernement devrait dicter l'interprétation d'un aspect aussi important que la portée de l'application de la *Charte*.

⁶² N.B. Broadcasting, supra note 6 à la p. 397.

⁶³ Renvoi relatif à la loi 30, supra note 26.

^{64 [1988] 1} R.C.S. 234 à la p. 271.

⁶⁵ N.B. Broadcasting, supra note 6 à la p. 402. Cet argument est évidemment fondé sur l'arrêt de principe au sujet de l'interprétation de la *Charte*, à savoir, *Hunter* c. *Southam*, supra note 31 à la p. 155.

⁶⁶ N.B. Broadcasting, ibid. aux pp. 401-02.

IV. CONCLUSION

La situation au Canada relativement à l'application de la *Charte* aux actions d'une assemblée législative après l'affaire *N.B. Broadcasting* est pour le moins ambiguë. Trois opinions diamétralement opposées nous font osciller entre, d'une part, l'exclusion pure et simple de la *Charte*⁶⁷ et, d'autre part, son application sans restriction, 68 en passant par une solution médiane consistant à appliquer la *Charte* qu'à une certaine catégorie d'actions des assemblées législatives. 69 L'opinion qui a su rallier la majorité des membres du plus haut tribunal du pays fut celle du juge McLachlin. Cependant, nous avons vu que sa thèse repose sur une affirmation timidement motivée voulant que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ait octroyé un statut constitutionnel aux privilèges parlementaires nécessaires au bon fonctionnement d'une assemblée législative. 70

En examinant les motifs des différents intervenants dans la présente affaire, nous croyons que l'approche souhaitable en la matière devrait concilier les motifs du juge en chef Lamer et du juge McLachlin. En prenant comme prémisse fondamentale que le pouvoir judiciaire ne doit pas s'immiscer indûment dans les activités du pouvoir législatif,⁷¹ le paragraphe 32(1) ne peut s'interpréter de façon à permettre l'application de la *Charte* aux procédures internes des assemblées législatives. La *Charte* ne s'appliquerait donc à aucune action des assemblées législatives. Une telle interprétation tiendrait compte de la tradition et de l'histoire constitutionnelle du Canada ainsi que des principes du parlementarisme britannique dont nous avons hérité du Royaume-Uni via le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par ailleurs, de cette façon, on éviterait une distinction artificielle entre les actions d'une assemblée législative qui possèdent un statut constitutionnel et celles qui n'en possèdent pas.⁷² Le critère

⁶⁷ Voir la conclusion du juge en chef Lamer, N.B. Broadcasting, ibid. aux pp. 366-67.

⁶⁸ Voir la conclusion du juge Cory, dissident dans la présente affaire, *ibid.* à la p. 414.

⁶⁹ Voir la conclusion du juge McLachlin, *ibid.* aux pp. 393–94.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 377.

⁷¹ Voir Morel, *supra* note 59; Lederman, *supra* note 59; Monahan, *supra* note 59; Gosselin, *supra* note 59; Martin, *supra* note 59; McLachlin, *supra* note 59.

⁷² Voir les motifs du juge McLachlin dans *N.B. Broadcasting*, *supra* note 6, où elle écrit en introduction à la p. 368:

de la nécessité, utilisé autant par le juge en chef 73 que par le juge McLachlin,74 a trait essentiellement à la détermination de l'existence d'un privilège parlementaire.75 L'utiliser également afin d'appuyer l'argument voulant que seuls les privilèges nécessaires au bon fonctionnement des assemblées législatives détiennent un statut constitutionnel est superflu puisque ce même critère sert à déterminer si, à la base, un privilège parlementaire existe. Une analyse relativement plus simple et honnête comporterait deux éléments. D'une part, certains privilèges parlementaires existent au Canada pour le bon fonctionnement des assemblées législatives. D'autre part, une interprétation du paragraphe 32(1) de la Charte qui tient compte du «contexte linguistique, philosophique et historique appropriés,»⁷⁶ tout en adoptant une approche large et libérale,77 démontre que la dynamique entre les branches législative et judiciaire exige que la Charte ne s'applique pas aux assemblées législatives.

L'approche suggérée a pour principale qualité d'être simple et pragmatique. Aucune distinction n'est effectuée entre les différents privilèges parlementaires et la raison d'être du principe réside dans la division concrète des pouvoirs. Les critères pour déterminer si la *Charte* s'applique à la branche exécutive du gouvernement sont déjà excessivement compliqués et obscurs.⁷⁸ Nous ne pouvons qu'espérer que la Cour suprême du Canada ajustera son tir et qu'elle n'étendra pas ses théories *in extremis* d'application de la *Charte* à la branche législative du gouvernement.

A mon avis, la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce, non pas parce qu'un organisme législatif n'est jamais assujetti à la *Charte*, mais parce que l'action en cause est une mesure prise conformément à un droit qui bénéficie d'un statut constitutionnel.

⁷³ Ibid. aux pp. 346-47.

⁷⁴ *Ibid.* aux pp. 379–82.

⁷⁵ Voir Landers c. Woodworth, supra note 12; Fielding c. Thomas, supra note 13 aux pp. 201–02; voir également les auteurs Dawson, supra note 24 aux pp. 337–38; Maingot, supra note 24 aux pp. 3–4; et May, supra note 12 aux pp. 69, 82.

Pig M Drug Mart, supra note 19 à la p. 344.
Hunter c. Southam, supra note 31 à la p. 155.

⁷⁸ Slaight Communications c. Davidson, supra note 5; McKinney, supra note 5; Stoffman c. Vancouver General Hospital, supra note 5; Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, supra note 5; Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, supra note 5.