

T-2250-04  
2005 FC 576

T-2250-04  
2005 CF 576

**The Honourable Alfonso Gagliano** (*Applicant*)

**L'honorable Alfonso Gagliano** (*demandeur*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada, The House of Commons and Mr. Charles Guité** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, la Chambre des communes et M. Charles Guité** (*défendeurs*)

and

et

**The Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities** (*Intervener*)

**La Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires** (*intervenant*)

**INDEXED AS: GAGLIANO v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: GAGLIANO c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal, April 12; Ottawa, April 27, 2005.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 12 avril; Ottawa, 27 avril 2005.

*Constitutional Law — Fundamental Principles — Parliamentary privilege — Judicial review of Gomery Commission decision that parliamentary privilege applying to preclude allegedly inconsistent testimony before parliamentary committee from being used in cross-examination in proceedings of Commission — Decision based on fact Bill of Rights, 1688, Art. 9, codifying freedom of speech in U.K., recognized as parliamentary privilege in U.K. in 1867 — Art. 9 not incorporated into Canadian Constitution, only broad principles that follow from it applying — Application of necessity test described by S.C.C. in New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly) to determine scope of freedom of speech privilege — Right to preclude cross-examination of witnesses before parliamentary committees necessary to Parliament's functioning to encourage witnesses to speak openly, allow exercise of committees' investigative functions, avoid contradictory fact findings — Privilege applicable — Application dismissed.*

*Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Privilège parlementaire — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission Gomery selon laquelle le privilège parlementaire s'applique pour empêcher qu'on se serve d'une déposition prétendument incompatible faite devant un comité parlementaire lors d'un contre-interrogatoire dans le cadre des travaux de la Commission — La décision est fondée sur le fait que l'art. 9 du Bill of Rights, 1688 a codifié le privilège de la «liberté de parole» au R.-U., reconnu en tant que privilège parlementaire au R.-U. en 1867 — L'art. 9 n'a pas été incorporé dans la Constitution canadienne et seuls les grands principes qui en découlent s'appliquent — Application du critère de nécessité décrit par la C.S.C. dans l'arrêt New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative) pour déterminer la portée du privilège de la liberté de parole — Le droit d'empêcher le contre-interrogatoire de témoins qui ont déposé devant des comités parlementaires est nécessaire au fonctionnement du Parlement pour encourager les témoins à parler ouvertement, pour permettre aux comités d'exercer leur fonction d'enquête et pour éviter les conclusions de fait contradictoires — Le privilège est applicable — Demande rejetée.*

*Inquiries — Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities — Cross-examination of witnesses — Applicant wanting to use allegedly inconsistent testimony of respondent Guité before parliamentary committee in cross-examination in proceedings of Commission — Respondent Guité objecting on basis parliamentary privilege precluding use of that testimony — Commission upholding objection — Applicant arguing denial of cross-examination*

*Enquêtes — Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires — Contre-interrogatoire de témoins — Le demandeur désirait se servir de la déposition prétendument incompatible du défendeur Guité faite devant un comité parlementaire lors d'un contre-interrogatoire dans le cadre des travaux de la Commission — Le défendeur Guité s'y est opposé au motif que le privilège parlementaire empêchait l'utilisation de cette déposition — La*

*breach of procedural fairness — No breach as Commission had no choice but to apply privilege — Decision relied upon by applicant distinguished as Commission not having power to convict — Requirements of procedural fairness satisfied: applicant granted party status, able to testify assisted by counsel, cross-examine all of witnesses, and make final representations — No need for Commission to resort to privileged testimony to draw conclusions about Mr. Guité's credibility.*

This was an application for judicial review of a decision of the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities (the Gomery Commission). The Commission ruled that parliamentary privilege applied to the testimony before the Public Accounts Committee of the House of Commons (the parliamentary Committee), and that this testimony could not be used in cross-examination in proceedings of the Gomery Commission. The issue of parliamentary privilege arose as a result of the applicant's intention to cross-examine one of the respondents, Mr. Guité, concerning prior allegedly inconsistent statements using transcripts of the latter's testimony before the parliamentary Committee. The respondent House of Commons refused to waive the privilege of parliamentary immunity pertaining to that testimony, and Mr. Guité's lawyers formally objected a little later on. Commissioner Gomery upheld this objection in a November 22, 2004 decision, which was the subject of this application for judicial review.

*Held*, the application should be dismissed.

The decision under review was based primarily on the scope of parliamentary privilege, a pure question of law. The appropriate standard of review was thus correctness.

Parliamentary privilege in Canada originates in both the common law and in statutes. Prior to Confederation, privileges that were necessarily incidental to a legislature were deemed to exist (the common law principle). With the enactment of the *Constitution Act, 1867*, section 18 the Parliament of Canada could be the source of a particular privilege provided that it did not exceed the privileges recognized and enjoyed by the Commons House of Parliament of the United Kingdom in 1867. Subsequently, the Canadian Parliament, by virtue of section 4 of the *Parliament of Canada Act*, expressly incorporated by reference those privileges, immunities and powers in existence in the United Kingdom. Thus it was

*Commission a maintenu l'objection — Le demandeur a fait valoir que de refuser le contre-interrogatoire constituait un manquement à l'équité procédurale — Il n'y a aucun manquement puisque la Commission n'a d'autre choix que d'appliquer le privilège — Une distinction est faite d'avec la décision invoquée par le demandeur parce que la Commission n'a pas le pouvoir de rendre de verdict de culpabilité — Les exigences de l'équité procédurale sont satisfaites: le demandeur s'est vu accorder le statut de partie, il a pu témoigner assisté d'un avocat, il a pu procéder au contre-interrogatoire de tous les témoins et il pouvait présenter des observations finales — La Commission n'a pas besoin d'avoir recours au témoignage privilégié pour tirer des conclusions au sujet de la crédibilité de M. Guité.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires (la Commission Gomery). Selon la Commission Gomery, le privilège parlementaire s'applique à la déposition faite devant le Comité des comptes publics de la Chambre des communes (le comité parlementaire) et cette déposition ne pouvait pas être utilisée lors d'un contre-interrogatoire dans le cadre des travaux de la Commission Gomery. La question du privilège parlementaire a été soulevée par suite de l'intention du demandeur de contre-interroger un des défendeurs, M. Guité, concernant des déclarations prétendument incompatibles faites antérieurement en utilisant les transcriptions du témoignage de ce dernier devant le comité parlementaire. La Chambre des communes défenderesse a refusé de renoncer au privilège de l'immunité parlementaire rattaché à ce témoignage et les avocats de M. Guité se sont formellement opposés un peu plus tard. Le Commissaire Gomery a maintenu cette objection dans une décision datée du 22 novembre 2004, laquelle a fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

La décision faisant l'objet du contrôle reposait principalement sur la portée du privilège parlementaire, une pure question de droit. La norme de contrôle appropriée était donc celle de la décision correcte.

Le privilège parlementaire au Canada tire ses origines tant de la common law que des lois. Avant la Confédération, les privilèges qui étaient nécessairement accessoires à une législature étaient réputés exister (la règle de common law). Avec l'édiction de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement du Canada pouvait être la source d'un privilège particulier pourvu qu'il n'exécède pas les privilèges reconnus dont jouissait la Chambre des communes du Royaume-Uni en 1867. Par la suite, le Parlement canadien a, en vertu de l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, expressément incorporé par renvoi ces privilèges, immunités et pouvoirs qui existaient au Royaume-Uni. Il était donc

necessary to determine what those privileges, immunities and powers were.

Article 9 of the Bill of Rights, 1688 codified freedom of speech in the UK and provided “[t]hat the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament.” In 1867, Article 9 was recognized as a parliamentary privilege in the U.K. This codification of freedom of speech in the U.K. formed the basis for Commissioner Gomery’s decision. Courts have differed in their interpretation of Article 9 and of its scope, and in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, the Supreme Court of Canada refused to incorporate Article 9 into Canada’s Constitution. It held that it is the broad principles which follow from it, rather than the provision itself, that apply, and only recognized freedom of speech in some general sense as a form of parliamentary privilege in Canada.

In light of the fact that the exact scope of the freedom of speech privilege remains undefined, the test of necessity established at common law and described in *New Brunswick Broadcasting Co.* was applied, and it was determined that the right to preclude cross-examination of witnesses using evidence given before parliamentary committees is necessary to Parliament’s functioning in Canadian democracy as it exists. It is necessary to encourage witnesses to speak openly before parliamentary committees, to allow committees to exercise their investigative functions, and to avoid contradictory findings of fact.

As to the need to encourage witnesses to speak openly, the privilege is necessary so that the witness does not fear that his words will be used to discredit him in another proceeding, irrespective of whether or not that other proceeding entails legal consequences. As to the need to allow committees to exercise their investigative functions, the power to preclude cross-examination as a privilege of free speech or investigation is necessary for the purpose of discerning the facts and resolving the question or retracing the events under investigation. Stripped of this power to provide such protection to witnesses, Parliament and its committees could not function. As to the need to avoid contradictory findings of fact, the Court noted that the Bill of Rights, 1688 was intended to protect members of Parliament against acts of the other branches of government, and included the idea that parliamentary privilege, i.e. freedom of speech, would avoid the possibility that concomitant proceedings in Parliament and the courts would lead to different results for the parties involved. The Court relied on decisions from the Privy Council and the House of Lords to come to the conclusion that courts

nécessaire de délimiter ce qu’étaient ces privilèges, immunités et pouvoirs.

L’article 9 du Bill of Rights, 1688 a codifié la liberté de parole au R.-U. et il prévoyait que «[l]a liberté de parole et des débats ou procédures au Parlement ne devrait être attaquée ou contestée devant aucun tribunal ni ailleurs qu’au Parlement». En 1867, l’article 9 a été reconnu en tant que privilège parlementaire au R.-U. C’est sur cette codification de la liberté de parole au R.-U. que le Commissaire Gomery a appuyé sa décision. Les tribunaux ont différé d’opinion au sujet de l’interprétation à donner à l’article 9 et de sa portée et, dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, la Cour suprême du Canada a refusé d’incorporer l’article 9 dans la Constitution canadienne. Elle a rappelé que ce sont les grands principes qui en découlent plutôt que la disposition elle-même qui s’appliquent et elle s’est bornée à reconnaître la liberté de parole au sens général comme étant une forme de privilège parlementaire au Canada.

Vu le fait que la portée exacte de la liberté de parole demeurerait indéfinie, le critère de nécessité établi par la common law et décrit dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* a été appliqué et il a été décidé que le droit d’empêcher le contre-interrogatoire de témoins en utilisant des éléments de preuve présentés devant des comités parlementaires était nécessaire au fonctionnement du Parlement dans la présente démocratie canadienne. Il est nécessaire pour encourager les témoins à parler ouvertement devant les comités parlementaires, pour permettre aux comités d’exercer leur fonction d’enquête et pour éviter les conclusions de fait contradictoires.

Quant au besoin d’encourager les témoins à parler ouvertement, le privilège est nécessaire afin que le témoin ne craigne pas que ses paroles soient utilisées pour le discréditer dans une autre instance, que celle-ci entraîne des conséquences légales ou non. Quant au besoin de permettre aux comités d’exercer leur fonction d’enquête, le pouvoir d’empêcher un contre-interrogatoire comme un privilège de la liberté de parole ou d’enquête est nécessaire dans le but de discerner les faits et de régler la question ou retracer les événements sous enquête. Dépouillés de ce pouvoir d’offrir cette protection aux témoins, le Parlement et ses comités ne pourraient pas fonctionner. Quant au besoin d’éviter les conclusions de fait contradictoires, la Cour a fait remarquer que le Bill of Rights, 1688 avait notamment pour but de protéger les parlementaires contre les actes des autres ordres du gouvernement et que cela comportait l’idée que le privilège parlementaire, c.-à-d. la liberté de parole, évitait que des procédures concomitantes au Parlement et devant les tribunaux conduisent éventuellement à des résultats différents pour les parties impliquées. La Cour s’est appuyée sur des décisions du Conseil privé et de la

are precluded from entertaining evidence, questioning or submissions designed to show that a witness in parliamentary proceedings deliberately misled Parliament because doing so would trespass within the area over which Parliament has exclusive jurisdiction. Parliament alone is primarily responsible for initiating proceedings and punishing such deceptive conduct.

The applicant also relied on the S.C.C.'s decision in *R. v. Kuldip*, wherein it was stated that it was permissible to cross-examine a witness on a prior statement for the purpose of attacking credibility, to argue that the Commissioner breached procedural fairness in denying cross-examination on Mr. Guité's prior allegedly inconsistent statements. In that decision, the cross-examination had occurred in court. In the present case, the Commissioner does not have the power to convict, but can only make recommendations. Denying the applicant the right to cross-examine the witness in one respect (testimony before the parliamentary committee) satisfied the requirements of procedural fairness. The applicant was granted status as a party, he was able to testify assisted by counsel, to cross-examine all of the witnesses, and could make some final representations. Moreover, there were many other ways for the Commissioner to draw some satisfactory conclusions about Mr. Guité's credibility without having to resort to the latter's testimony before the Committee.

Chambre des lords pour en venir à la conclusion que les cours ne pouvaient entendre une preuve, un interrogatoire ou des observations ayant pour objet de démontrer que, lors de travaux parlementaires, un témoin avait délibérément induit le Parlement en erreur parce que le fait de faire cela constituerait une intrusion dans le domaine dont le Parlement possède la compétence exclusive. Le Parlement a seul la responsabilité principale d'intenter des poursuites et de punir ce comportement fallacieux.

Le demandeur s'est également appuyé sur l'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire *R. v. Kuldip*, dans lequel on avait affirmé qu'il était permis de contre-interroger un témoin sur une déclaration antérieure dans le but d'attaquer sa crédibilité, pour faire valoir que le commissaire avait manqué à l'équité procédurale en refusant le contre-interrogatoire sur les déclarations antérieures prétendument incompatibles de M. Guité. Dans cette affaire, le contre-interrogatoire avait eu lieu dans une cour de justice. En l'espèce, le commissaire n'a pas le pouvoir de rendre de verdict de culpabilité mais uniquement de faire des recommandations. Le fait de refuser au demandeur le droit de contre-interroger le témoin sous un rapport (son témoignage devant le comité parlementaire) satisfait aux exigences de l'équité procédurale. Le demandeur s'est vu accorder le statut de partie, il a pu témoigner assisté d'un avocat, il a pu procéder au contre-interrogatoire de tous les témoins et il pouvait présenter des observations finales. De plus, le Commissaire avait de nombreuses autres façons de tirer des conclusions satisfaisantes sur la crédibilité de M. Guité sans avoir recours au témoignage de ce dernier devant le comité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2 (U.K.), Art. 9.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 13.
- Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Cth.), 63 & 64 Vict., c. 12 (U.K.) [Acts Austl. Parl. 1901-1973], s. 49.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 18 (as am. by 38 & 39 Vict., c. 38 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13].
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(2).
- Defamation Act 1996* (U.K.), 1996, c. 31, s. 13.
- Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, Part I.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*, 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2 (R.-U.), art. 9.
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 13.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 233(2).
- Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Cth.), 63 & 64 Vict., ch. 12 (R.-U.) [Acts Austl. Parl. 1901-1973], art. 49.
- Defamation Act 1996* (R.-U.), 1996, ch. 31, art. 13.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 18 (mod. par 38 & 39 Vict., ch. 38 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 13].

*Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1, ss. 4-12.

*Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 4 à 12.

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, partie I.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Prebble v. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (P.C.); *Hamilton v Al Fayed*, [2000] 2 All ER 224 (H.L.); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161; *Canada (Attorney General) et al. v. MacPhee et al.* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 164; 46 Admin. L.R. (3d) 171 (P.E.I.S.C. (T.D.)).

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; (1990), 61 C.C.C. (3d) 385; 1 C.R. (4th) 285; 1 C.R.R. (2d) 110; 114 N.R. 284; 43 O.A.C. 340.

##### CONSIDERED:

*R v Murphy* (1986), 64 ALR 498 (N.S.W.S.C.); *Laurance v Katter*, [1996] 141 ALR 447 (C.A. (Qld.)); *Stockdale v. Hansard* (1839), 112 E.R. 1112 (Q.B.); *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225 (P.C.); *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Goffin v. Donnelly* (1881), 6 Q.B.D. 307; *Regina v. Wainscot*, [1899] 1 W.A.L.R. 77; *Buchanan v Jennings*, [2002] 3 NZLR 145 (C.A.); affd [2004] U.K.P.C. 36; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321.

##### REFERRED TO:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63; *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169; (1997), 149 D.L.R. (4th) 269; 3 Admin. L.R. (3d) 306; 218 N.R. 139 (C.A.); *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593 (H.L.); *Boyle v. Canada (Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces in Somalia — Létourneau Commission)*, [1997] F.C.J. No. 942 (T.D.) (QL); *Beno v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 F.C. 499; (2002), 216 F.T.R. 45; 2002 FCT 142.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Prebble v. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (P.C.); *Hamilton v Al Fayed*, [2000] 2 All ER 224 (H.L.); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161; *Canada (Attorney General) et al. v. MacPhee et al.* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 164; 46 Admin. L.R. (3d) 171 (C.S.Î.-P.-É. (1<sup>re</sup> inst.)).

##### DÉCISION DISTINCTE:

*R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; (1990), 61 C.C.C. (3d) 385; 1 C.R. (4th) 285; 1 C.R.R. (2d) 110; 114 N.R. 284; 43 O.A.C. 340.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R v Murphy* (1986), 64 ALR 498 (N.S.W.S.C.); *Laurance v Katter*, [1996] 141 ALR 447 (C.A. (Qld.)); *Stockdale v. Hansard* (1839), 112 E.R. 1112 (Q.B.); *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225 (P.C.); *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Goffin v. Donnelly* (1881), 6 Q.B.D. 307; *Regina v. Wainscot*, [1899] 1 W.A.L.R. 77; *Buchanan v Jennings*, [2002] 3 NZLR 145 (C.A.); conf. par [2004] U.K.P.C. 36; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 CSC 63; *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169; (1997), 149 D.L.R. (4th) 269; 3 Admin. L.R. (3d) 306; 218 N.R. 139 (C.A.); *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593 (H.L.); *Boyle c. Canada (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie — Commission Létourneau)*, [1997] A.C.F. n° 942 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Beno c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 499; (2002), 216 F.T.R. 45; 2003 CFPI 142.

## AUTHORS CITED

- Canada. Standing Committee on Procedure and House Affairs. Fourteenth Report. 38th Parliament, 1st Session., 2004.
- Maingot, Joseph. *Parliamentary Privilege in Canada*, 2nd ed. Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1997.
- May, Thomas Erskine. *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19th ed. by Sir David Lidderdale. London: Butterworths, 1976.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Witnesses Before Legislative Committees*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1981.

APPLICATION for judicial review of a decision dated November 22, 2004 wherein the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities held that parliamentary privilege applied to preclude the use in cross-examination in proceedings of the Commission of individual respondent's testimony before the Public Accounts Committee of the House of Commons. Application dismissed.

## APPEARANCES:

- Magali Fournier* for applicant.
- André Lespérance* and *Warren J. Newman* for respondent Attorney General of Canada.
- Chantal R. Masse*, *Dara Lithwick* and *Sarah Woods* for respondent House of Commons.
- Richard Auger* for respondent Charles Guité.
- Raynold Langlois, Q.C.* and *Marie-Geneviève Masson* for intervenor.

## SOLICITORS OF RECORD:

- Fournier Associés, s.e.n.c.*, Montréal, for applicant.
- Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.
- McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., LLP*, Montréal, for respondent House of Commons.
- Edelson & Associates*, Ottawa, for respondent Charles Guité.
- Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, for intervenor.

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre des communes. Quatorzième Rapport. 38<sup>e</sup> Législature, 1<sup>re</sup> Session, 2004.
- Maingot, Joseph. *Le privilège parlementaire au Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa: Chambre des communes, 1997.
- May, Thomas Erskine. *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19th ed. by Sir David Lidderdale. London: Butterworths, 1976.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Witnesses Before Legislative Committees*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1981.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision datée du 22 novembre 2004 dans laquelle la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires a décidé que le privilège parlementaire s'appliquait pour empêcher l'utilisation en contre-interrogatoire dans le cadre des travaux de la Commission de la déposition faite par le défendeur à titre personnel devant le Comité des comptes publics de la Chambre des communes. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

- Magali Fournier* pour le demandeur.
- André Lespérance* et *Warren J. Newman* pour le défendeur, le procureur général du Canada.
- Chantal R. Masse*, *Dara Lithwick* et *Sarah Woods* pour la défenderesse, la Chambre des communes.
- Richard Auger* pour le défendeur, Charles Guité.
- Raynold Langlois, c.r.* et *Marie-Geneviève Masson* pour l'intervenante.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

- Fournier Associés, s.e.n.c.*, Montréal, pour le demandeur.
- Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur, le procureur général du Canada.
- McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour la défenderesse, la Chambre des communes.
- Edelson & Associates*, Ottawa, pour le défendeur, Charles Guité.
- Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, pour l'intervenante.

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

TREMBLAY-LAMER J.:

## INTRODUCTION

[1] At issue in this application for judicial review is the ability of counsel to cross-examine a witness in proceedings of a commission of public inquiry (the Gomery Commission) [Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities] on the basis of the witness's past testimony before the Public Accounts Committee, a committee comprised of members of Parliament. The Gomery Commission has ruled that parliamentary privilege applies to the testimony before the committee, thus precluding counsel from using that testimony in cross-examination.

[2] The task facing this Court is to review this decision and determine whether parliamentary privilege indeed forestalls such cross-examination of the witness. In the course of this analysis, the Court must take into account some broader considerations. Parliamentary privilege brings into sharp relief issues at the core of our constitutional democracy: the proper role to be played by each branch of government—the legislative branch, the executive branch and the judicial branch—and the concomitant measure of deference owed by each branch of government for the legitimate sphere of activity of the others.

[3] Historically, successive cases in which the courts in the United Kingdom in the 16th and 17th centuries, at the behest of the Monarch, purported to usurp power and control over parliamentary affairs led to the enactment of [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*], 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2 (Bill of Rights, 1688), expressly exempting specific areas of parliamentary activity from judicial scrutiny. More importantly for present purposes, the Bill of Rights, 1688 codified the privilege of “freedom of speech”, which is the basis for Commissioner Gomery's decision that cross-examination was not allowed. Although Article 9 of the Bill of Rights has not been incorporated directly into Canadian

*Voici les motifs du jugement et jugement rendus en français par*

LA JUGE TREMBLAY-LAMER:

## INTRODUCTION

[1] La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la capacité d'un avocat de contre-interroger un témoin dans le cadre des travaux d'une commission d'enquête publique (la Commission Gomery) [Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires], sur la foi de la déposition faite par le témoin dans le passé devant le Comité des comptes publics, un comité formé de députés. Selon la Commission Gomery, le privilège parlementaire s'applique à la déposition faite devant le comité et empêche de ce fait l'avocat de se servir de cette déposition lors du contre-interrogatoire.

[2] La Cour doit examiner cette décision et déterminer si le privilège parlementaire empêche effectivement le contre-interrogatoire du témoin. Dans le cadre de cette analyse, elle doit tenir compte de considérations plus larges. Le privilège parlementaire met en relief des thèmes qui sont au cœur de notre démocratie constitutionnelle: le rôle que doit jouer chaque organe du gouvernement—l'organe législatif, l'organe exécutif et l'organe judiciaire—et le degré de retenue dont chacun de ces organes doit, en conséquence, faire preuve à l'égard des domaines légitimes de compétence des autres.

[3] Historiquement de nombreuses affaires survenues au cours des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles où les tribunaux du Royaume-Uni prétendaient, sur l'ordre du roi, s'attribuer le pouvoir du Parlement et contrôler ses activités, ont mené à l'adoption de [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown, 1688*], 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2 (Bill of Rights, 1688). Ce texte soustrayait expressément certains champs d'activité du Parlement à l'examen des tribunaux. Fait plus important encore pour la présente affaire, le Bill of Rights, 1688 a codifié le privilège de la «liberté de parole» sur lequel s'est appuyée la Commission Gomery pour décider que le contre-interrogatoire n'était pas permis. Bien que l'article 9 du

constitutional law, the broad principles that flow from it apply and contribute to our understanding of the respective roles of courts and legislative bodies in Canada.

#### THE FACTS

[4] The Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities was established by Order in Council P.C. 2004-110, on February 19, 2004, pursuant to the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, Part I.

[5] Under this Order in Council, the Gomery Commission was assigned the following terms of reference:

- a. to investigate and report on questions raised, directly or indirectly, by Chapters 3 and 4 of the Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons published in November 2003, with regard to the sponsorship program and advertising activities of the Government of Canada in relation to certain aspects described in the terms of reference;
- b. The Gomery Commission is to make recommendations to the Government of Canada to prevent mismanagement of sponsorship programs or advertising activities in the future.

[6] Consequently, the Gomery Commission was given extensive powers of investigation on any question that it considers useful to the accomplishment of its terms of reference.

[7] Beginning October 14, 2004, certain parties made various representations before Commissioner Gomery concerning the use of the transcripts of testimony given before the Public Accounts Committee of the House of Commons (the parliamentary Committee) and the privilege of parliamentary immunity. At the time the issue was theoretical in nature since no objection had yet been raised in this regard.

Bill of Rights n'ait pas été incorporé directement au droit constitutionnel canadien, les grands principes qui en découlent s'appliquent et nous éclairent quant aux rôles respectifs des tribunaux et des organismes législatifs au Canada.

#### EXPOSÉ DES FAITS

[4] La Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires a été créée par décret en conseil, C.P. 2004-110, le 19 février 2004 et ce, conformément à la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, partie I.

[5] En vertu de ce décret, la Commission Gomery s'est vue confier le mandat suivant:

- a. de faire enquête et de faire rapport sur les questions soulevées, directement ou indirectement, par les chapitres 3 et 4 du Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes publié en novembre 2003, traitant du programme de commandites et les activités publicitaires du gouvernement du Canada sous certains aspects précisés au mandat;
- b. La Commission Gomery doit présenter au gouvernement du Canada ses recommandations afin de prévenir pour l'avenir la mauvaise gestion des programmes de commandites ou d'activités publicitaires.

[6] Par conséquent, la Commission Gomery s'est vue attribuer de larges pouvoirs d'enquête sur toute question qu'elle juge utile à la réalisation de son mandat.

[7] À compter du 14 octobre 2004, certaines parties ont fait diverses représentations devant le commissaire Gomery relativement à l'utilisation des transcriptions de témoignages rendus devant le Comité des comptes publics de la Chambre des communes (le comité parlementaire) et au privilège de l'immunité parlementaire. Ce débat s'inscrivait alors dans un cadre théorique puisque aucune objection n'avait encore été soulevée à cet égard.



[8] On October 18, 2004, the House of Commons requested and was granted status by Commissioner Gomery as an intervener before the Commission in order to state its position on the possible use before the Commission of the testimony given to the parliamentary Committee.

[9] On October 25, 2004, Commissioner Gomery asked counsel for the House of Commons to verify whether her client was prepared to waive the privilege of parliamentary immunity if ever it was raised in the course of forthcoming questioning.

[10] On November 8, 2004, counsel for the House of Commons informed the Gomery Commission of the progress on his request in regard to waiver of privilege. She also asked the Gomery Commission not to make any decision on the possible admission in evidence of what had been said before the parliamentary Committee before the House of Commons had made a decision as to lifting the privilege.

[11] At the request of Commissioner Gomery, counsel for Mr. Alfonso Gagliano confirmed that he intended to cross-examine Mr. Charles Guité and that he intended to use the transcripts of Mr. Guité's testimony before the parliamentary Committee in part of his cross-examination.

[12] Other counsel also informed the Gomery Commission of their intention to cross-examine Mr. Guité and whether or not they intended to use the transcripts of his testimony before the parliamentary Committee.

[13] Commissioner Gomery therefore decided to suspend until November 22, 2004 the debate on the use of the transcripts of Mr. Guité's testimony before the parliamentary Committee pending a decision by the House of Commons on waiver of the privilege.

[14] On November 22, 2004, counsel for the House of Commons announced at the Gomery Commission that the House had no intention of waiving the privilege of parliamentary immunity pertaining to testimony before the parliamentary Committee.

[8] Le 18 octobre 2004, la Chambre des communes a demandé au commissaire Gomery le statut d'intervenante devant la Commission afin de pouvoir exposer sa position sur la possibilité d'utiliser devant la Commission Gomery des témoignages rendus devant le comité parlementaire, statut qui lui a été accordé.

[9] Le 25 octobre 2004, le commissaire Gomery a demandé à la procureure de la Chambre des communes de vérifier si sa cliente était prête à renoncer au privilège de l'immunité parlementaire si jamais cela était soulevé lors d'un interrogatoire à venir.

[10] Le 8 novembre 2004, la procureure de la Chambre des communes a informé la Commission Gomery du déroulement de sa demande à l'égard de la renonciation au privilège. Elle a également demandé à la Commission Gomery de ne rendre aucune décision sur la possibilité d'admettre en preuve ce qui avait été dit devant le comité parlementaire avant que la Chambre des communes ait pris une décision quant à la levée du privilège.

[11] À la demande du commissaire Gomery, le procureur de M. Alfonso Gagliano a confirmé qu'il avait l'intention de contre-interroger M. Charles Guité et qu'il avait l'intention d'utiliser les transcriptions du témoignage de M. Guité devant le comité parlementaire pour une partie de son contre-interrogatoire.

[12] D'autres procureurs ont également informé la Commission Gomery de leur intention de contre-interroger M. Guité et de leur intention ou non d'utiliser les transcriptions de son témoignage devant le comité parlementaire.

[13] Le commissaire Gomery a donc décidé de suspendre jusqu'au 22 novembre 2004 le débat sur l'utilisation des transcriptions du témoignage de M. Guité devant le comité parlementaire jusqu'à ce que la Chambre des communes ait pris une décision sur la renonciation au privilège.

[14] Le 22 novembre 2004, la procureure de la Chambre des communes a annoncé à la Commission Gomery qu'elle n'avait pas l'intention de renoncer au privilège de l'immunité parlementaire rattaché aux témoignages devant le comité parlementaire.

[15] However, it was during the cross-examination of Mr. Guité by Mr. Pratte, counsel for Mr. Jean Pelletier, that the objection concerning parliamentary immunity was formally raised by Mr. Guité's lawyers.

[16] The Honourable John H. Gomery issued a decision on November 22, 2004 (the decision on parliamentary immunity) in which he upheld the objection of Mr. Guité's counsel [see <http://www.gomery.ca/en/rulingonparliamentaryimmunity/index.asp>].

[17] On December 22, 2004, Mr. Gagliano's lawyers introduced the present application for judicial review of the decision on parliamentary immunity.

[18] The Federal Court issued an order allowing the intervention of the Gomery Commission and set down the matter for hearing on February 17, 2005. This order was amended by the order of March 23, 2005.

#### SUBMISSIONS OF THE PARTIES

[19] The applicant essentially argues that parliamentary privilege does not preclude him from cross-examining the respondent Guité during his testimony before the Gomery Commission concerning prior allegedly inconsistent statements made before a parliamentary committee since the Commission has no power to convict or even recommend prosecution or civil proceedings.

[20] At its origin, in 1688, the privilege was not extensive and was limited to protecting members of Parliament from any criminal proceedings based on words spoken in the House. Over time, the privilege was extended to allow members of Parliament protection from civil proceedings. Later, the protection was granted to committees of the Houses and to witnesses summoned to testify before Parliament or one of its committees.

[21] Thus, in so far as a witness was placed in a situation of self-incrimination, the idea was to ensure that he would have no reason to lie, since he could not be

[15] Par contre, c'est lors du contre-interrogatoire de M. Guité par M<sup>e</sup> Pratte, procureur de M. Jean Pelletier, que l'objection relativement à l'immunité parlementaire a été formellement soulevée par les procureurs de M. Guité.

[16] L'honorable John H. Gomery a rendu une décision le 22 novembre 2004 (la décision sur l'immunité parlementaire) dans laquelle il maintenait l'objection des procureurs de M. Guité [voir <http://gomery.ca/fr/rulingonparliamentaryimmunity/index.asp>].

[17] Le 22 décembre 2004, les procureurs de M. Gagliano ont introduit la présente demande de contrôle judiciaire de la décision sur l'immunité parlementaire.

[18] La Cour fédérale a émis une ordonnance permettant l'intervention de la Commission Gomery et prévoyant l'audition de l'instance le 17 février 2005. Cette ordonnance a été modifiée par l'ordonnance du 23 mars 2005.

#### PRÉTENTIONS DES PARTIES

[19] Le demandeur soutient essentiellement que le privilège parlementaire ne l'empêche pas de contre-interroger le défendeur Guité lors de son témoignage devant la Commission Gomery sur des déclarations antérieures prétendument incompatibles faites devant un comité parlementaire puisque la Commission n'a aucun pouvoir de déclaration de culpabilité ni même de recommandation de poursuites civiles ou criminelles.

[20] À l'origine, en 1688, le privilège n'avait pas une grande portée et se limitait à protéger les membres du Parlement de toutes poursuites criminelles fondées sur les paroles prononcées en Chambre. Au fil du temps, le privilège s'est étendu afin d'accorder aux membres du Parlement la protection contre les poursuites civiles. Par la suite, la protection fut accordée aux comités des Chambres ainsi qu'aux témoins assignés à témoigner devant le Parlement ou un de ses comités.

[21] Ainsi, dans la mesure où le témoin était mis dans la situation de s'auto-incriminer, on s'assurait qu'il n'aurait aucune raison de mentir puisqu'il ne pouvait être

prosecuted or sued for remarks made in Parliament. However, no privilege may be claimed in opposition to the limited use of testimony before Parliament for the purpose of testing a witness's credibility in another proceeding.

[22] The applicant relies on *R v Murphy* (1986), 64 ALR 498 (N.S.W.S.C.), in which the Court held that a witness could be confronted with his contradictory testimony given before a senate committee when such questioning would not have any legal consequences for the witness. A witness is more apt to tell the truth when he knows he can be contradicted in some way or other than when he knows he will be sheltered from the contradiction.

[23] The House of Commons (the respondent) argues for its part that parliamentary privileges are intended to protect the independence of the legislature from both the judiciary and the Crown, including a Crown commission of inquiry such as the Gomery Commission.

[24] Moreover, the privilege must extend to the use of testimony for the purposes of cross-examination before the Commission. Indeed, although a commission of inquiry does not adjudicate civil rights, its decisions have an impact on witnesses' right to their reputation.

[25] The witnesses called before a committee of the House of Commons must be able to freely express themselves without fear that their statements may later be used against them to attack their credibility.

[26] Furthermore, if the credibility of a witness can be attacked in a commission of inquiry on the basis of what he stated before a committee of the House of Commons, there is a significant risk of usurping a jurisdiction that belongs solely to the House as well as a risk of contradictory decisions on these questions.

[27] The privilege pertaining to freedom of speech and the privilege allowing the respondent to conduct an inquiry are constitutional. The Supreme Court of Canada

poursuivi civilement ou criminellement pour les paroles prononcées au Parlement. Cependant, il ne peut exister de privilège contre l'utilisation restrictive d'un témoignage devant le Parlement afin de tester la crédibilité d'un témoin dans une autre instance.

[22] Le demandeur s'appuie sur l'affaire *R v Murphy* (1986), 64 ALR 498 (N.S.W.S.C.), où la Cour a conclu que l'on pouvait mettre le témoin devant ses contradictions émanant d'un témoignage donné devant un comité sénatorial lorsqu'il n'y a aucune conséquence juridique pour celui-ci. Un témoin est plus apte à dire la vérité lorsqu'il sait qu'il peut être contredit d'une façon ou d'une autre que lorsqu'il sait qu'il sera à l'abri de la contradiction.

[23] La Chambre des communes (la défenderesse) soutient pour sa part que les privilèges parlementaires visent à protéger l'indépendance des organismes législatifs tant vis-à-vis la magistrature que vis-à-vis la Couronne, y compris une commission d'enquête de la Couronne telle la Commission Gomery.

[24] Qui plus est, il est nécessaire que le privilège s'étende à l'utilisation de témoignages aux fins d'un contre-interrogatoire devant la Commission. En effet, même si une commission d'enquête ne statue pas sur les droits civils, ses décisions ont un impact sur le droit des témoins à leur réputation.

[25] Les témoins assignés devant un comité de la Chambre des communes doivent pouvoir s'exprimer librement sans craindre que leurs déclarations puissent être utilisées contre eux par la suite pour attaquer leur crédibilité.

[26] De plus, permettre en commission d'enquête que soit attaquée la crédibilité d'un témoin sur la base de ce qu'il a déclaré devant un comité de la Chambre des communes comporte un risque important d'usurper une compétence qui appartient uniquement à celle-ci de même qu'un risque de décisions contradictoires sur ces questions.

[27] Le privilège relatif à la liberté de parole et le privilège permettant à la défenderesse d'enquêter sont constitutionnels. La Cour suprême du Canada a reconnu

has upheld the constitutional status of the parliamentary privileges that have historically been considered necessary. Once a court finds that it is a question that “falls within this necessary sphere of matters” without which the dignity and efficiency of the Assembly cannot be upheld, Parliament’s exclusive jurisdiction over it must be recognized.

[28] The privilege pertaining to freedom of speech extends to testimony given before a committee of the respondent and it should not be lifted other than through legislation explicitly to that effect.

[29] The highest courts of the United Kingdom have held that testimony given before parliamentary committees could not be used to impugn the credibility of a witness on cross-examination in a legal or other proceeding (*Prebble v. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (P.C.); *Hamilton v Al Fayed*, [2000] 2 All ER 224 (H.L.)). The *Murphy* decision, which was favourable to the plaintiff, was disapproved by the Privy Council.

[30] In Canada, the Supreme Court of Canada has held that Article 9 of the Bill of Rights, 1688 applied; at least, the principles underlying it are part of Canadian law and may contribute to our understanding of privilege. The decision of Commissioner Gomery is therefore justified.

[31] The respondent Attorney General of Canada submits that in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319 the Supreme Court of Canada did not have to rule on the source of the privilege in relation to the houses of the Parliament of Canada, but ruled instead in relation to provincial legislative assemblies.

[32] Any analysis of the scope of the privileges of federal legislative assemblies must begin with a consideration of section 18 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], which grants the Parliament of Canada the power to make laws determining the extent of the privileges, immunities and

le statut constitutionnel des privilèges parlementaires historiquement considérés comme nécessaires. Une fois qu’un tribunal constate qu’il s’agit d’une question «qui relève de cette catégorie nécessaire de sujets» sans lesquels la dignité et l’efficacité de l’Assemblée ne sauraient être maintenues, il se trouve à reconnaître la compétence exclusive parlementaire sur celle-ci.

[28] Le privilège relatif à la liberté de parole s’étend aux témoignages rendus devant un comité de la défenderesse et il ne devrait être levé que par une loi explicite à cet effet.

[29] Les plus hauts tribunaux du Royaume-Uni ont reconnu que les témoignages rendus devant les comités parlementaires ne pouvaient être utilisés pour mettre en cause la crédibilité d’un témoin dans une instance judiciaire ou autre pour le contre-interroger (*Prebble v. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (P.C.); *Hamilton v Al Fayed*, [2000] 2 All ER 224 (H.L.)). Quant à la décision *Murphy*, favorable au demandeur, celle-ci fut désavouée par le Conseil privé.

[30] Au Canada, la Cour suprême du Canada a reconnu que l’article 9 du Bill of Rights, 1688 trouvait application; à tout le moins, les principes qui le sous-tendent font partie du droit canadien et peuvent nous éclairer en matière de privilège. La décision du commissaire Gomery est donc bien fondée.

[31] Le défendeur, procureur général du Canada, soumet que, dans l’affaire *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la Cour suprême du Canada n’avait pas à se prononcer sur la source du privilège par rapport aux chambres du Parlement du Canada, mais bien par rapport aux assemblées législatives provinciales.

[32] Toute analyse sur la portée des privilèges des chambres législatives fédérales doit débiter par la prise en compte de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], qui octroie au Parlement du Canada le pouvoir de légiférer pour déterminer l’étendue des

powers of the Senate and the House of Commons, with only one exception. Parliament cannot confer any privileges exceeding those held by “the Commons House of Parliament of the United Kingdom” in 1867.

[33] The Parliament of Canada has exercised the power conferred by section 18 of the *Constitution Act, 1867*, for example through the enactment of section 4 *et seq.* of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1, which refers to the privileges enjoyed by the Commons House of Parliament of the United Kingdom in 1867. Although the parties argued that these privileges included those set out specifically in Article 9 of the Bill of Rights, 1688, in Canada it is the broad principles that flow from Article 9 rather than the provision itself that apply: *New Brunswick Broadcasting*.

[34] As to the scope of Article 9 of the Bill of Rights, the controversy persists since the decision of the Judicial Committee in *Prebble*, was criticized by some judges of the Supreme Court of Queensland—Court of Appeal in *Laurance v Katter* (1996), 141 ALR 447.

[35] The respondent Mr. Guité relies on the submissions by the respondent House of Commons.

[36] The intervenor assumes that the decision on immunity is justified on the question of the existence of a parliamentary immunity and makes submissions only on the effect of the decision on the procedural fairness to which the applicant is entitled.

[37] The intervenor argues that procedural fairness was observed in relation to Mr. Gagliano since he was given status as a party, was able to testify assisted by counsel, was able to cross-examine all witnesses and may make some final representations.

[38] It is true that the cross-examination that the applicant’s counsel will have conducted is not as extensive as Mr. Gagliano would have wished, but this does not mean that his right to procedural fairness was breached if this limitation is imposed because the evidence he wished to introduce is comprised of privileged communications that are inadmissible as evidence.

privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes à une exception près. Le Parlement ne saurait accorder des privilèges qui excèdent ceux que possédait la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni en 1867.

[33] Le Parlement du Canada a exercé le pouvoir conféré par l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, notamment par l’adoption de l’article 4 et suivants de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, lequel renvoie aux privilèges que possédait la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni en 1867. Bien que les parties aient fait valoir que ces privilèges comprenaient ceux énoncés précisément à l’article 9 du Bill of Rights, 1688, au Canada, ce sont plutôt les grands principes qui découlent de l’article 9 plutôt que la disposition elle-même qui s’appliquent: *New Brunswick Broadcasting*.

[34] Quant à la portée de l’article 9 du Bill of Rights, la controverse persiste puisque la décision du Comité judiciaire dans l’arrêt *Prebble*, fut critiquée par certains juges de la Cour suprême du Queensland, Cour d’appel dans l’affaire *Laurance v Katter* (1996), 141 ALR 447.

[35] Le défendeur, M. Guité, s’en remet aux prétentions de la défenderesse.

[36] L’intervenante tient pour acquis que la décision sur l’immunité est bien fondée sur la question de l’existence d’une immunité parlementaire et ne soumet des représentations que sur l’effet de la décision sur l’équité procédurale à laquelle a droit le demandeur.

[37] L’intervenante soutient que l’équité procédurale a été respectée envers M. Gagliano puisqu’il a obtenu le statut de partie, qu’il a pu témoigner assisté d’un avocat, qu’il a pu procéder au contre-interrogatoire de tous les témoins et qu’il pourra présenter des observations finales.

[38] Il est vrai que le contre-interrogatoire que le procureur du demandeur aura fait n’est pas aussi étendu qu’il l’aurait souhaité, mais cela ne fait pas en sorte que son droit à l’équité procédurale a été violé si cette limitation est imposée en raison du fait que les éléments de preuve qu’il a voulu introduire sont des communications privilégiées inadmissibles en preuve.

Issue

[39] The only question that is posed in this proceeding is the following:

Does parliamentary privilege preclude a person from being cross-examined on his testimony before a commission of inquiry concerning prior allegedly inconsistent statements made in the context of proceedings of a parliamentary committee?

## ANALYSIS

## 1. Applicable standard of review

[40] The decision being judicially reviewed is that of Commissioner Gomery upholding the objections of Mr. Guité's counsel and refusing to allow Mr. Guité's cross-examination on his previous testimony before the Public Accounts Committee.

[41] The reasons given for the decision indicate that it is based primarily on the scope of parliamentary privilege. That is a pure question of law requiring the interpretation of complex historical case law in both Canada and abroad. The decision rendered will be of particular importance, generally speaking, for the conduct of future inquiries by parliamentary committees as well for the balance between the roles and powers exercised by Parliament, the executive branch and the courts. Moreover, the Gomery Commission does not have any relative expertise in regard to this pure question of law. Consequently, the appropriate standard of review is correctness (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77).

[42] The applicant's contention that this decision impacts upon procedural fairness is inaccurate. If the Commissioner's decision is correct, there can be no breach of procedural fairness in refusing cross-examination since the Commissioner has no choice but to apply the privilege.

[43] The applicant's concerns do not constitute a challenge to the procedure that was used to reach the decision on the scope of parliamentary privilege that is

Question en litige

[39] La seule question qui se pose dans la présente instance est la suivante:

Le privilège parlementaire empêche-t-il qu'une personne soit contre-interrogée lors de son témoignage devant une commission d'enquête sur des déclarations antérieures prétendument incompatibles, faites dans le cadre de travaux d'un comité parlementaire?

## ANALYSE

## 1. La norme de contrôle applicable

[40] La décision faisant l'objet du contrôle judiciaire est celle du commissaire Gomery de maintenir l'objection des procureurs de M. Guité et de refuser d'autoriser le contre-interrogatoire de celui-ci sur son témoignage antérieur devant le Comité des comptes publics.

[41] Il ressort des motifs de la décision que celle-ci repose principalement sur la portée du privilège parlementaire. Il s'agit là d'une pure question de droit requérant l'interprétation d'une jurisprudence historique complexe, tant au Canada qu'à l'étranger. La décision rendue sera d'une importance générale particulière pour la conduite d'enquêtes futures par les comités parlementaires ainsi que pour l'équilibre entre les rôles et les pouvoirs exercés par le Parlement, l'exécutif et les tribunaux. De plus, la Commission Gomery ne possède pas d'expertise relative à l'égard de cette pure question de droit. Par conséquent, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77).

[42] La prétention du demandeur que cette décision porte sur l'équité procédurale est inexacte. Si la décision du commissaire est correcte, il ne peut y avoir de manquement à l'équité procédurale de refuser le contre-interrogatoire puisque le commissaire n'a pas d'autre choix que d'appliquer le privilège.

[43] Les préoccupations du demandeur ne constituent pas une remise en cause de la procédure qui a été utilisée pour en arriver à la décision relative à la portée du

the subject of this judicial review. For example, the applicant is not taking the position that he was refused the possibility to make representations about the scope of parliamentary privilege. Nor is he alleging that the Commission, in defining the effect of parliamentary privilege, relied on certain evidence that had not been properly put before it.

[44] In short, it is the decision on parliamentary privilege that is being reviewed by this Court. In that sense, procedural fairness considerations are not relevant in relation to this exercise.

## 2. Origins of Parliamentary privilege in Canada

[45] Parliamentary privilege in Canada originates in both the common law and statutes. Prior to Confederation, absent a specific grant from the Parliament of the United Kingdom, the common law principle was well established: privileges that were necessarily incidental to a legislature were deemed to exist (J. P. Maingot, *Parliamentary Privilege in Canada*, 2nd ed., (Montréal: McGill-Queen's University Press, 1997), at page 16).

[46] In *Stockdale v. Hansard* (1839), 112 E.R. 1112 (Q.B.), Lord Denman C.J. stated, at page 1169: "If the necessity can be made out, no more need be said: it is the foundation of every privilege of Parliament, and justifies all that it requires." The Privy Council affirmed the primacy of this common law principle of necessity in *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225.

[47] The enactment of the Canadian Constitution, however, added a further layer to the source of parliamentary privileges in Canada. Section 18 of the *Constitution Act, 1867*, as amended in 1875, 38 & 39 Vict., c. 38 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13], provides:

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those

privilege parlementaire faisant l'objet du présent contrôle judiciaire. Le demandeur ne prend pas, par exemple, la position selon laquelle on lui a refusé la possibilité de faire des observations au sujet de la portée du privilège parlementaire. Il n'allègue pas non plus que la Commission, en définissant l'effet du privilège parlementaire, se serait appuyée sur certains éléments de preuve qui ne lui avaient pas été régulièrement présentés.

[44] Bref, c'est la décision au sujet du privilège parlementaire qui fait l'objet du contrôle judiciaire. En ce sens, aucune considération d'équité procédurale n'est pertinente relativement à cet exercice.

## 2. Les origines du privilège parlementaire au Canada

[45] Le privilège parlementaire au Canada tire ses origines tant de la common law que des lois. Ainsi, avant la Confédération, en l'absence d'un octroi particulier de la part du Parlement du Royaume-Uni, la règle de common law était bien établie: les privilèges qui étaient nécessairement accessoires à une législature étaient réputés exister (J. P. Maingot, *Le privilège parlementaire au Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa: Chambres des communes, 1997, à la page 16).

[46] Dans l'arrêt *Stockdale v. Hansard* (1839), 112 E.R. 1112 (Q.B.), le lord juge en chef Denman a déclaré, à la page 1169: [TRADUCTION] «Si la nécessité peut être prouvée, point n'est besoin d'ajouter autre chose: c'est le fondement de tout privilège du Parlement, et c'est tout ce qui est exigé.» Le Conseil privé a confirmé la primauté de cette règle de common law de la nécessité dans l'arrêt *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225.

[47] L'édition de la Constitution canadienne, cependant, a ajouté un autre niveau à la source des privilèges parlementaires au Canada. L'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans sa version modifiée en 1875, 38 & 39 Vict., ch. 38 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 13], prévoit:

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoir ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation

at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof.

[48] Parliament then, pursuant to its statutory power in section 18, could be the source of a particular privilege provided that it did not exceed the privileges recognized and enjoyed by the House of Commons of the United Kingdom. This is manifestly different from section 49 of the Australian Constitution (*Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Cth.) [63 & 64 Vict., c. 12 (U.K.) [Acts Austl. Parl. 1901-1973]]), which directly incorporates those privileges existing in the United Kingdom unless and until the Parliament of Australia declares otherwise. Section 49 reads:

49. The powers, privileges and immunities of the Senate and of the House of Representatives, and of the members of the committees of each House, shall be such as are declared by the Parliament, and until declared shall be those of the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and of its members and committees, at the establishment of the Commonwealth.

[49] Subsequently, though, in 1868, the Canadian Parliament, by virtue of section 4 of the *Parliament of Canada Act*, expressly incorporated by reference those privileges, immunities and powers in existence in the United Kingdom. Section 4 states:

4. The Senate and the House of Commons, respectively, and the members thereof hold, enjoy and exercise

(a) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *Constitution Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof, in so far as is consistent with that Act; and

(b) such privileges, immunities and powers as are defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those, at the time of the passing of the Act, held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof.

[50] The power to define these privileges by statute exists, but in order to determine what the powers, rights, immunities, and privileges of the Senate and House of Commons in Canada are, we must determine what the powers, rights, privileges and immunities of the British House of Commons were in 1867 (Maingot, at page 17).

de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

[48] Le Parlement pouvait alors, conformément à la compétence législative que lui conférait l'article 18, être la source d'un privilège particulier pourvu qu'il n'exécède pas les privilèges reconnus dont jouissait la Chambre des communes du Royaume-Uni. Cela diffère manifestement de l'article 49 de la Constitution australienne (*Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Cth.) [63 & 64 Vict., ch. 12 (R.-U.) [Acts Austl. Parl. 1901-1973]]), lequel incorpore directement ces privilèges existants au Royaume-Uni tant et aussi longtemps que le Parlement de l'Australie ne déclarera pas le contraire. L'article 49 se lit ainsi:

[TRADUCTION] 49. Les pouvoirs, privilèges et immunités du Sénat et de la Chambre des représentants, ainsi que des membres des comités de chaque chambre, seront ceux que le Parlement déclarera et, jusqu'à ce qu'ils soient déclarés, ce seront ceux de la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, ainsi que de ses membres et comités, lors de l'établissement du Commonwealth.

[49] Par la suite, toutefois, en 1868, le Parlement canadien a, en vertu de l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, expressément incorporé par renvoi ces privilèges, immunités et pouvoirs qui existaient au Royaume-Uni. L'article 4 énonce:

4. Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont les suivants:

a) d'une part, ceux que possédaient, à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres, dans la mesure de leur compatibilité avec cette loi;

b) d'autre part, ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possédaient, à l'adoption des ces lois, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

[50] Le pouvoir de définir ces privilèges par une loi existe, mais pour déterminer l'étendue des pouvoirs, droits, immunités et privilèges du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, il faut tout d'abord délimiter ceux dont jouissait la Chambre des communes britannique en 1867 (Maingot, à la page 18).



[51] That is why Article 9 of the Bill of Rights, 1688—the provision codifying freedom of speech in the United Kingdom—becomes important: in 1867, Article 9 was clearly recognized as a parliamentary privilege in the United Kingdom. It reads:

9. That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament.

[52] However, as the Attorney General of Canada points out, caution is required before specifically incorporating this Article in the Constitution of Canada. In *New Brunswick Broadcasting Co.*, the Supreme Court held that in Canada it is the broad principles which follow from Article 9 of the Bill of Rights, 1688, rather than the provision itself, that apply.

[53] There are two diametrically opposed lines of authority on the scope of Article 9 and the extent of the protection afforded to anyone who testifies before a committee of the House of Commons of the Parliament of Canada.

[54] In *Stockdale v. Hansard*, the Court of Queen's Bench sought to give effect to the intention of Article 9. Lord Denman, for example, stated at page 1156 that "whatever is done within the walls of either assembly must pass without question in any other place". Lord Patteson and Lord Coleridge echoed this view in separate opinions, with the former commenting, at page 1191, "that whatever is done or said in either House should not be liable to examination elsewhere."

[55] A later case, *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, applying Article 9 to preclude the use of statements made in the House in the context of a defamation action, is a further illustration of this point. Lord Chief Justice Coleridge commented, at page 275, that "[w]hat is said or done within the walls of Parliament cannot be inquired into in a court of law."

[56] In *Goffin v. Donnelly* (1881), 6 Q.B.D. 307, Parliament had ordered that a Select Committee of the House of Commons be constituted to inquire into and

[51] C'est pourquoi l'article 9 du Bill of Rights, 1688 —la disposition codifiant la liberté de parole au Royaume-Uni—devient important: en 1867, l'article 9 était clairement reconnu comme un privilège parlementaire au Royaume-Uni. Il se lit ainsi:

[TRADUCTION] 9. La liberté de parole et des débats ou procédures au Parlement ne devrait être attaquée ou contestée devant aucun tribunal ni ailleurs qu'au Parlement.

[52] Cependant, comme le souligne le procureur général du Canada, il convient d'être prudent avant d'incorporer dans la Constitution du Canada un texte aussi précis. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, la Cour suprême du Canada a rappelé qu'au Canada, ce sont les grands principes qui découlent de l'article 9 du Bill of Rights, 1688 plutôt que la disposition elle-même qui s'appliquent.

[53] Il existe deux courants jurisprudentiels qui sont diamétralement opposés sur la portée de l'article 9 et sur l'étendue de la protection dont bénéficie toute personne qui témoigne devant un comité qui relève de la Chambre des communes du Parlement du Canada.

[54] Dans l'arrêt *Stockdale v. Hansard*, la Cour du Banc de la Reine a cherché à donner effet à l'intention de l'article 9. Lord Denman, par exemple, a déclaré à la page 1156 que [TRADUCTION] «ce qui se passe ou se dit dans l'enceinte de l'une ou l'autre des assemblées doit être accepté sans contredit en tout autre endroit». Ce point de vue a été repris par lord Patteson et lord Coleridge dans des opinions distinctes, le premier commentant à la page 1191 [TRADUCTION] «que ce qui se passe ou se dit dans l'une ou l'autre des Chambres ne devrait pas être assujéti à un examen ailleurs».

[55] Une affaire ultérieure, *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, appliquant l'article 9 pour empêcher l'utilisation de déclarations faites à la Chambre dans le cadre d'une action en diffamation, illustre davantage ce point. Le lord juge en chef Coleridge a fait remarquer, à la page 275, que [TRADUCTION] «[c]e qui se dit ou se passe dans l'enceinte du Parlement ne peut pas faire l'objet d'un examen devant une cour de justice».

[56] Dans l'affaire *Goffin v. Donnelly* (1881), 6 Q.B.D. 307, le Parlement avait ordonné la constitution d'un comité spécial de la Chambre des communes afin

report upon the circumstances in which the certificate of the plaintiff, a school master, had been suspended. The plaintiff had brought an action for slander against the defendant for statements he had given as a witness before the Select Committee. The defendant was not a member of Parliament. The Court dismissed the action, ruling that the statements in question were privileged. No reference to the Bill of Rights, 1688 was made; however, at page 308, the Court did consider the broader interests at stake:

It may be a hardship upon individuals that statements of a defamatory nature should be made concerning them, but the interest . . . , viz., that of public justice, to the administration of which it is necessary that witnesses should be free to give their evidence without fear of consequences. . . . The House of Commons, in the performance of its functions and for the purposes of legislation, has to inquire into many matters, and among others the conduct of that department of government which deals with education. For the purposes of such inquiries committees are appointed, and require the attendance of witnesses. If persons so required to attend did not attend, they would be committed for contempt. If they do attend they must answer the questions asked of them, and may be examined on oath. The evidence given is, therefore, as much given under compulsion as in the case of a court of law. For these reasons this seems to me to be a stronger case of privilege than some of the occasions that have been held to be clearly privileged.

[57] *Regina v. Wainscot*, [1899] 1 W.A.L.R. 77, is essentially to the same effect. As in *Goffin v. Donnelly*, the defendant was not a Member of Parliament. He was charged with bribery in connection with incidents occurring outside of Parliament. The State Supreme Court of Western Australia ruled that, in the interest of fairness, the prosecution could not make use of evidence given by the defendant to a joint committee of the Houses of the Western Australian Parliament; the Committee's Standing Orders, which had been established by Parliament, provided for the protection of witnesses testifying before committees.

[58] Conceivably then, the harm or problem sought to be protected against by Article 9 of the Bill of Rights, 1688, and the harm which the courts were principally concerned with in *Stockdale v. Hansard*, and *Bradlaugh v. Gossett*, was this: to prevent members of Parliament (or, by extension, witnesses) from suffering legal

d'enquêter et de faire rapport sur les circonstances dans lesquelles le certificat du demandeur, un professeur, avait été suspendu. Le demandeur avait intenté une action en diffamation contre le défendeur à cause des déclarations que ce dernier avait faites lors de sa comparution devant le comité spécial. Le défendeur n'était pas un parlementaire. La Cour a rejeté l'action, statuant que les déclarations en question étaient privilégiées. Sans cependant faire référence au Bill of Rights, 1688, elle a considéré les intérêts plus grands qui étaient en jeu, à la page 308:

[TRADUCTION] Ce peut être un préjudice pour des personnes que des déclarations de nature diffamatoire puissent être faites à leur sujet, mais il s'agit de l'intérêt, c.-à-d. celui de la justice publique, pour la gestion duquel il est nécessaire que les témoins soient libres de rendre leur témoignage sans en craindre les conséquences. [ . . . ] La Chambre des communes, dans l'exécution de ses fonctions et pour les fins législatives, doit enquêter sur de nombreuses questions, dont notamment la conduite de ce ministère du gouvernement qui s'occupe de l'éducation. Pour les fins de telles enquêtes, des comités sont mis sur pied et exigent la présence de témoins. Si des personnes dont la présence est requise ne se présentaient pas, elles seraient condamnées pour outrage. Si elles se présentent, elles doivent répondre aux questions qui leur sont posées et elles peuvent être interrogées sous serment. Le témoignage rendu est, par conséquent, rendu sous la contrainte au même titre que dans le cas d'une cour de justice. Pour ces motifs, cela me semble être un cas de privilège encore plus favorable que dans certaines des occasions où il a été décidé qu'il y avait clairement un privilège.

[57] *L'arrêt Regina v. Wainscot*, [1899] 1 W.A.L.R. 77, est essentiellement au même effet. Comme dans l'affaire *Goffin v. Donnelly*, le défendeur n'était pas un parlementaire. Il était accusé de corruption par suite d'incidents survenus à l'extérieur du Parlement. Pour des raisons d'équité, la Cour suprême de l'Australie-Occidentale a statué que la poursuite ne pouvait pas servir de la preuve produite par le défendeur devant un comité mixte des chambres du Parlement de l'Australie-Occidentale; les règlements du comité qui avaient été établis par le Parlement protégeaient les personnes témoignant devant des comités.

[58] Ainsi, le préjudice ou le problème contre lequel on recherchait la protection de l'article 9 du Bill of Rights, 1688 et le préjudice qui préoccupait principalement les tribunaux dans les affaires *Stockdale v. Hansard*, et *Bradlaugh v. Gossett*, consistaient à empêcher que les parlementaires (ou, par extension, les

consequences in a court of law—whether civil or criminal—based upon what they say or do in the context of a parliamentary proceeding.

[59] Although long after the period we are presently concerned with—the time of Confederation in Canada—that is precisely the construction placed upon Article 9 by Justice Hunt in *Murphy* [at page 512]:

. . . statements made by courts in rejecting attempts to use curial proceedings in order to visit legal consequences upon members of Parliament (or witnesses before parliamentary committees) for what they had said or done in Parliament or before such committees should not readily be extended to situations in which no such legal consequences are involved in the curial proceedings unless such an extension is both necessary and desirable. I have already pointed out that what is said and done in Parliament can without any breach of parliamentary privilege be impeached and questioned by the exercise of ordinary citizens of *their* freedom of speech (whether or not in the media), notwithstanding the fear which such conduct may engender in members of Parliament (and committee witnesses) as to the consequences of what they say or do. In those circumstances, it can be neither necessary nor desirable in principle that what is said or done in Parliament should not be questioned (in the wider sense) in courts or similar tribunals where no legal consequences are to be visited upon such members (or witnesses) by the proceedings in question.

Freedom of speech in Parliament is not now, nor was it in 1901 or even in 1688, so sensitive a flower that, although the accuracy and the honesty of what is said by members of Parliament (or witnesses before parliamentary committees) can be severely challenged in the media or in public, it cannot be challenged in the same way in the courts of law. It is only where legal consequences are to be visited upon such members or witnesses for what was said or done by them in Parliament that they can be prevented by challenges in the courts of law from exercising their freedom of speech in Parliament. It is only when that is the consequence of the challenge that freedom of speech in Parliament needs any greater protection from what is said or done in the courts of law than it does from what is said or done in the media or in the public.

[60] Courts have continued to differ in their construction of Article 9. In *Prebble*, and *Hamilton v Al Fayed*, Lord Browne-Wilkinson did not expressly link

témoins) subissent des conséquences juridiques devant les tribunaux—que ce soit en matière civile ou criminelle—sur ce qu'ils ont dit ou fait dans le contexte de travaux parlementaires.

[59] Bien que ce soit longtemps après la période qui nous préoccupe en ce moment—celle de la Confédération du Canada—c'est précisément l'interprétation que le juge Hunt a faite de l'article 9 dans la décision *Murphy* [à la page 512]:

[TRADUCTION] [. . .] les déclarations faites par les cours en rejetant les tentatives de se servir de l'instance judiciaire dans le but de produire des conséquences juridiques pour les membres du Parlement (ou les témoins devant les comités parlementaires) concernant ce qu'ils ont dit ou fait au Parlement ou devant ces comités ne devraient pas être facilement étendues aux situations dans lesquelles l'instance judiciaire n'implique pas de telles conséquences juridiques, à moins qu'une telle extension ne soit nécessaire et souhaitable. J'ai déjà souligné que ce qui se dit ou se passe au Parlement peut, sans qu'il y ait violation du privilège parlementaire, être attaqué et contesté par l'exercice de la part des citoyens ordinaire de *leur* liberté de parole (que ce soit ou non dans les médias), malgré la crainte qu'une telle conduite peut engendrer chez les membres du Parlement (et les témoins des comités) quant aux conséquences de ce qu'ils ont dit ou fait. Dans ces circonstances, il ne peut être ni nécessaire ni souhaitable en principe que ce qui se dit ou se passe au Parlement ne puisse être contesté (dans le sens plus large) devant des cours ou des tribunaux semblables où l'instance en question ne doit produire aucune conséquence juridique pour ces membres (ou ces témoins).

La liberté de parole au Parlement n'est pas aujourd'hui, et n'était pas en 1901 ni même en 1688, délicate à un point tel que, bien que la justesse et la véracité de ce qui est dit par les membres du Parlement (ou les témoins devant les comités parlementaires) puissent être sérieusement contestées dans les médias ou en public, elle ne puisse pas être contestée de la même façon devant les cours de justice. Ce n'est que lorsqu'il peut y avoir des conséquences juridiques pour ces membres ou ces témoins pour ce qu'ils ont dit ou fait au Parlement qu'on peut les empêcher, au moyen de contestations devant les cours de justice, d'exercer leur liberté de parole au Parlement. Ce n'est que lorsque cela constitue la conséquence de la contestation que la liberté de parole au Parlement a besoin d'une plus grande protection à l'égard de ce qui se dit ou se passe dans les cours de justice qu'à l'égard de ce qui se dit ou se passe dans les médias ou au sein du public.

[60] Les tribunaux ont continué à différer d'opinion au sujet de l'interprétation à donner à l'article 9. Dans les arrêts *Prebble*, et *Hamilton v Al Fayed*, lord Browne-

his conclusion, that freedom of speech precluded the use of statements made in the course of parliamentary proceedings, with the fact that the parties might suffer legal consequences—both cases involved actions for defamation. Whereas in *Buchanan v Jennings*, [2002] 3 NZLR 145 (C.A.), affd [2004] U.K.P.C. 36, and *Laurance v Katter*, the courts were more cautious in their approach to Article 9. In short, the controversy over the precise interpretation and scope of this provision of the Bill of Rights, 1688 continues.

[61] It is at least fair to say then that Article 9 does not admit of only one construction. Its precise scope was not self-evident in 1867. Therefore it does not follow inexorably from Article 9 that cross-examination of a witness, in a proceeding such as the present Commission where he faces no civil or legal consequences, is barred.

[62] However, even assuming that the proper construction of Article 9 in 1867 encompassed cross-examination in a proceeding devoid of legal consequences, as I stated earlier, the Supreme Court of Canada, in *New Brunswick Broadcasting Co.*, made clear that the powers and privileges extant in the United Kingdom and Canada were not necessarily one and the same. Moreover, McLachlin J. (as she then was), writing for the majority, and Lamer C.J., dissenting on other points, specifically refused to incorporate Article 9 of the Bill of Rights, 1688 into Canada's Constitution (*New Brunswick Broadcasting Co.*, at pages 374 and 354-355).

[63] Rather, because the issue was not directly before the Supreme Court, the holding in *New Brunswick Broadcasting Co.*, went no further than recognizing freedom of speech in some general sense as a form of parliamentary privilege in Canada.

[64] Nevertheless, the freedom of speech privilege exists in Canada but its exact scope is undefined. Hence, in order to resolve the issue in this case—whether cross-examination based on evidence obtained by a parliamentary committee is barred by this freedom of speech privilege—I must return to the test of necessity established at common law.

Wilkinson n'a pas expressément lié sa conclusion, que la liberté de parole empêchait l'utilisation de déclarations faites au cours de travaux parlementaires, au fait que les parties puissent subir des conséquences juridiques. Les deux affaires concernaient des actions en diffamation. Tandis que dans les affaires *Buchanan v Jennings*, [2002] 3 NZLR 145 (C.A.), conf. par [2004] U.K.P.C. 36, et *Laurance v Katter*, les tribunaux ont été plus prudents dans leur approche à l'égard de l'article 9. Bref, il existe toujours une controverse au sujet de l'interprétation et de la portée précises de cette disposition du Bill of Rights, 1688.

[61] À tout le moins, il est juste de dire que l'article 9 ne se prête pas qu'à une seule interprétation. Sa portée précise n'était pas claire en 1867. On ne peut donc pas affirmer inexorablement que l'article 9 empêche le contre-interrogatoire d'un témoin dans une procédure comme la présente commission, où celui-ci ne fait face à aucune conséquence civile ou juridique.

[62] Toutefois, même à supposer que l'interprétation correcte de l'article 9 en 1867 englobait le contre-interrogatoire dans une procédure exempte de conséquences juridiques, comme je l'ai déjà mentionné, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, a déclaré clairement que les pouvoirs et les privilèges existant au Royaume-Uni et au Canada n'étaient pas nécessairement identiques. De plus, la juge McLachlin (maintenant juge en chef), écrivant au nom de la majorité, et le juge en chef Lamer, dissident sur d'autres points, ont expressément refusé d'incorporer l'article 9 du Bill of Rights, 1688 dans la Constitution canadienne (*New Brunswick Broadcasting Co.* Aux pages 374 et 354 et 355).

[63] Plutôt, comme la Cour suprême n'était pas directement saisie de la question, la conclusion dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, s'est bornée à reconnaître la liberté de parole au sens général comme étant une forme de privilège parlementaire au Canada.

[64] Néanmoins, le privilège de la liberté de parole existe au Canada, mais sa portée exacte n'est pas définie. Par conséquent, dans le but de trancher la question en l'espèce—celle de savoir si ce privilège empêche le contre-interrogatoire fondé sur des éléments de preuve obtenus par un comité parlementaire—je dois revenir au critère de nécessité établi par la common law.

[65] In *New Brunswick Broadcasting Co.*, at pages 383-384, the Supreme Court of Canada described this test as follows:

The test of necessity is not applied as a standard for judging the content of a claimed privilege, but for the purpose of determining the necessary sphere of exclusive or absolute “parliamentary” or “legislative” jurisdiction. If a matter falls within this necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld, courts will not inquire into the questions concerning such privilege. All such questions will instead fall to the exclusive jurisdiction of the legislative body.

...

The parameters of this jurisdiction are set by what is necessary to the legislative body’s capacity to function. So defined, the principle of necessity will encompass not only certain claimed privileges, but also the power to determine, adjudicate upon and apply those privileges. Were the courts to examine the content of particular exercises of valid privilege, and hold some of these exercises invalid, they would trump the exclusive jurisdiction of the legislative body, after having admitted that the privilege in issue falls within the exclusive jurisdiction of the legislative body. The only area for court review is at the initial jurisdictional level: is the privilege claimed one of those privileges necessary to the capacity of the legislature to function? A particular exercise of a necessary privilege cannot then be reviewed, unless the deference and the conclusion reached at the initial stage be rendered nugatory.

[66] With this test in mind, I turn now to determine whether cross-examination of the witness is protected by parliamentary privilege. Three brief points must first be made.

[67] First, members of Parliament, like witnesses, are the holders of parliamentary privileges *vis-à-vis* the Crown and the judiciary: *New Brunswick Broadcasting Co.* The Gomery Commission acts pursuant to a decision of the Government (the Crown) to order an inquiry (*Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169 (C.A.)). Accordingly, the Commission cannot contravene the parliamentary privileges enjoyed by the House of Commons any more than the civil or criminal courts can do so.

[68] Second, in *New Brunswick Broadcasting Co.*, the Supreme Court was considering whether the plaintiff

[65] Dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, aux pages 383 et 384, la Cour suprême du Canada a décrit ce critère comme suit:

Le critère de nécessité est appliqué non pas comme une norme pour juger le contenu du privilège revendiqué, mais pour déterminer le domaine nécessaire de compétence «parlementaire» ou «législative» absolue et exclusive. Si une question relève de cette catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l’efficacité de l’Assemblée ne sauraient être maintenues, les tribunaux n’examineront pas les questions relatives à ce privilège. Toutes ces questions relèveraient plutôt de la compétence exclusive de l’organisme législatif.

[. . .]

Les paramètres de cette compétence sont déterminés par ce qui est nécessaire pour que l’organisme législatif soit capable de fonctionner. Selon cette définition, le principe de nécessité englobera non seulement certains privilèges revendiqués, mais aussi le pouvoir de déterminer, de trancher et d’appliquer ces privilèges. Si les tribunaux devaient examiner le mode d’exercice d’un privilège valide et conclure que, dans certains cas, le privilège a été exercé d’une façon non valide, ils se trouveraient alors à empiéter sur la compétence exclusive de l’organisme législatif, après avoir reconnu que le privilège en question relève de la compétence exclusive de cet organisme législatif. La seule chose qui peut être examinée par le tribunal est à l’étape initiale de l’examen de la compétence: le privilège revendiqué est-il un des privilèges nécessaires pour que la législature soit capable de fonctionner? L’exercice particulier d’un privilège nécessaire ne saurait alors faire l’objet d’un examen, sauf si la retenue manifestée et la conclusion formulée à l’étape initiale sont rendues inopérantes.

[66] Ayant ce critère à l’esprit, je vais trancher la question de savoir si le contre-interrogatoire du témoin est protégé par le privilège parlementaire. Trois brèves remarques s’imposent d’abord.

[67] Premièrement, les membres du Parlement, tout comme les témoins, détiennent des privilèges parlementaires vis-à-vis de la Couronne et de la magistrature—*New Brunswick Broadcasting Co.* La Commission Gomery agit suite à une décision du gouvernement (la Couronne) d’ordonner une enquête (*Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.)). Ainsi, la Commission, pas plus que les tribunaux civils ou criminels, ne peut contrevenir aux privilèges parlementaires dont jouit la Chambre des communes.

[68] Deuxièmement, dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, la Cour suprême du Canada examinait

broadcasters had a right of access to a provincial House of Assembly, as opposed to the House of Commons. However, there is no doubt in my mind that the test of necessity applies to the federal context as well. McLachlin J., in particular, commented repeatedly about the test of necessity and legislative bodies—whether provincial or federal (*New Brunswick Broadcasting Co.*, at pages 375, 381 and 383).

[69] Third, one final excerpt from *New Brunswick Broadcasting Co.*, at page 387, is noteworthy in signalling the need to consider the current context:

The fact that this privilege has been upheld for many centuries, abroad and in Canada, is some evidence that it is generally regarded as essential to the proper functioning of a legislature patterned on the British model. However, it behooves us to ask anew: in the Canadian context of 1992, is the right to exclude strangers necessary to the functioning of our legislative bodies?

[70] Thus, since it is not certain whether the power to protect a witness against cross-examination in a proceeding where there is no legal consequence fell within the ambit of the free speech privilege existing in the United Kingdom at the time of Confederation, the Court must focus attention on the Canadian context of 2005 and determine whether this privilege passes the test of necessity.

[71] While case law from the United Kingdom and other jurisdictions with similar parliamentary systems such as Australia will be important in resolving the present dispute, the essential question is the following: Is the right to preclude cross-examination of witnesses using evidence given before parliamentary committees necessary to Parliament's functioning in Canadian democracy as it exists?

3. Is the power to preclude cross-examination necessary to the functioning of the parliamentary committee?

[72] In my opinion, the power to preclude cross-examination of witnesses using evidence obtained in previous proceedings of Parliament falls within the

la question de savoir si les radiodiffuseurs demandeurs avaient un droit d'accès à une assemblée législative, par opposition à la Chambre des communes. Toutefois, à mon avis, il ne fait pas de doute que le critère de nécessité s'applique également dans le contexte fédéral. La juge McLachlin, en particulier, a à maintes reprises fait des commentaires au sujet du critère de nécessité et des corps législatifs, tant au provincial qu'au fédéral (*New Brunswick Broadcasting Co.*, aux pages 375, 381 et 383).

[69] Troisièmement, il importe de signaler un dernier extrait de l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, à la page 387, lequel nous enseigne qu'il faut tenir compte du contexte actuel:

Le fait que ce privilège ait été maintenu pendant plusieurs siècles, tant à l'étranger qu'au Canada, est une preuve qu'il est généralement considéré comme essentiel au bon fonctionnement d'une législature inspirée du modèle britannique. Toutefois, il faut de nouveau nous poser la question suivante: dans le contexte canadien de 1992, le droit d'exclure des étrangers est-il nécessaire au bon fonctionnement de nos organismes législatifs?

[70] Ainsi, comme il n'est pas certain si le pouvoir de protéger un témoin à l'encontre d'un contre-interrogatoire dans une procédure où il n'y a aucune conséquence juridique tombait sous le coup du privilège de la liberté de parole existant au Royaume-Uni au temps de la Confédération, la Cour doit mettre l'accent sur le contexte canadien de 2005 et trancher la question de savoir si ce privilège respecte le critère de nécessité.

[71] Bien que la jurisprudence du Royaume-Uni et d'autres pays ayant des systèmes parlementaires semblables comme l'Australie sera importante pour résoudre le présent litige, la question essentielle est la suivante: le droit d'empêcher le contre-interrogatoire de témoins en utilisant des éléments de preuve présentés devant des comités parlementaires est-il nécessaire au fonctionnement du Parlement dans la présente démocratie canadienne?

3. Le pouvoir d'empêcher le contre-interrogatoire est-il nécessaire au fonctionnement du comité parlementaire?

[72] À mon avis, le pouvoir d'empêcher le contre-interrogatoire de témoins en utilisant des éléments de preuve obtenus au cours de travaux précédents du

scope of parliamentary privilege because it is necessary to the functioning of Parliament. It is necessary at three levels: to encourage witnesses to speak openly before the parliamentary committee, to allow the committee to exercise its investigative function and, in a more secondary way, to avoid contradictory findings of fact.

(a) To encourage witnesses to speak openly before the parliamentary committee

[73] In the instant case, the objective of the Public Accounts Committee was to fathom what had happened to the money from federal finances used in the context of the federal sponsorship program. To do this, the Committee sought to examine a number of persons involved in that program. And if this exercise was to be useful, it was essential that the Committee be able to encourage the witnesses to speak frankly during their testimony.

[74] The longstanding justification for the privilege of free speech is this: it protects the capacity of both parliamentarians and witnesses to speak freely without fear of being questioned later. As we saw earlier, this justification goes back to the court decisions preceding even the Bill of Rights, 1688 itself and the courts have subscribed to it for centuries: see, for example, *Goffin v. Donnelly*.

[75] This justification has also persuaded the modern courts. Lord Browne-Wilkinson, on behalf of the House of Lords and the Judicial Committee of the Privy Council, has defended this view on many occasions. In the *Prebble* judgment [at pages 333-334], for example, he unequivocally rejected the proposition (accepted by a judge in *Murphy*) that a narrower construction of Article 9 would promote greater freedom of speech:

In their Lordships' view the law as stated by Hunt J. [in *R v Murphy* (1986), 64 ALR 498] was not correct so far as the rest of the Commonwealth is concerned. First, his views were in conflict with the long line of dicta that the courts will not allow any challenge to what is said or done in Parliament. Second, as Hunt J. recognised, his decision was inconsistent with the decision of Browne J. in *Church of Scientology of California*

Parlement tombe sous le coup du privilège parlementaire parce qu'il est nécessaire au fonctionnement du Parlement. Il est nécessaire à trois niveaux: pour encourager les témoins à parler ouvertement devant le comité parlementaire, pour permettre au comité d'exercer sa fonction d'enquête et, de façon plus secondaire, pour éviter les conclusions de fait contradictoires.

a) Encourager les témoins à parler ouvertement devant le comité parlementaire

[73] En l'espèce, l'objectif visé par le Comité des comptes publics était de déchiffrer ce qui était arrivé aux sommes d'argent provenant des finances fédérales et utilisées dans le cadre du programme de commandites fédérales. Pour accomplir cela, le comité a cherché à interroger un certain nombre de personnes impliquées dans ce programme. Et pour que cet exercice soit utile, il était essentiel que le comité soit en mesure d'encourager les témoins à parler franchement lors de leur témoignage.

[74] Voici la justification de longue date du privilège de la liberté de parole: il protège la capacité pour les parlementaires comme pour les témoins de s'exprimer librement sans crainte d'être questionnés par la suite. Comme nous l'avons vu précédemment, cette justification remonte à la jurisprudence précédant même le Bill of Rights, 1688 lui-même et les tribunaux y souscrivent depuis des siècles: voir p. ex., *Goffin v. Donnelly*.

[75] Cette justification a également convaincu les tribunaux modernes. Lord Browne-Wilkinson, au nom de la Chambre des lords de même que du Comité judiciaire du Conseil privé, a défendu ce point de vue à plusieurs reprises. Dans l'arrêt *Prebble* [aux pages 333 et 334], par exemple, il a rejeté sans équivoque la proposition (à laquelle a souscrit un juge dans la décision *Murphy*) selon laquelle une interprétation plus étroite de l'article 9 favoriserait une plus grande liberté de parole:

[TRADUCTION] Selon l'avis des lords, la façon dont le juge Hunt a énoncé le droit [dans l'affaire *R v Murphy* (1986), 64 ALR 498] n'était pas correcte en ce qui concerne le reste du Commonwealth. Premièrement, son opinion contredisait la longue série de remarques incidentes selon lesquelles les cours n'admettraient aucune contestation de ce qui se dit ou se passe au Parlement. Deuxièmement, comme l'a reconnu le juge

v. *Johnson-Smith* [1972] 1 Q.B. 522 (subsequently approved by the House of Lords in *Pepper v. Hart* [1993] A.C. 593) and *Comalco Ltd. v. Australian Broadcasting Corporation* (1983) 50 A.C.T.R. 1, in both of which cases it was held that it would be a breach of privilege to allow what is said in Parliament to be the subject matter of investigation or submission.

Finally, Hunt J. based himself on a narrow construction of article 9, derived from the historical context in which it was originally enacted. He correctly identified the mischief sought to be remedied in 1689 as being, inter alia, the assertion by the King's Courts of a right to hold a Member of Parliament criminally or legally liable for what he had done or said in Parliament. From this he deduced the principle that article 9 only applies to cases in which a court is being asked to expose the maker of the statement to legal liability for what he has said in Parliament. This view discounts the basic concept underlying article 9, viz. the need to ensure so far as possible that a member of the legislature and witnesses before committees of the House can speak freely without fear that what they say will later be held against them in the courts. The important public interest protected by such privilege is to ensure that the member or witness at the time he speaks is not inhibited from stating fully and freely what he has to say. If there were any exceptions which permitted his statements to be questioned subsequently, at the time when he speaks in Parliament he would not know whether or not there would subsequently be a challenge to what he is saying. Therefore he would not have the confidence the privilege is designed to protect. [Emphasis added.]

[76] Lord Browne-Wilkinson repeated these words in *Hamilton v Al Fayed*. Thus, for Lord Browne-Wilkinson, the public interest that is protected by the privilege is to ensure that a witness, when he testifies before a parliamentary committee, is not impeded from speaking freely.

[77] That is my opinion, too. I believe it is important to Canadian democracy that a witness be able to speak openly before a parliamentary committee. This objective will be accomplished if the witness does not fear, while he is testifying before this committee, that his words may subsequently be used to discredit him in another proceeding, irrespective of whether or not it entails legal consequences. He is more likely to speak with confidence if he is given the assurance that he is fully protected by privilege and cannot be interrogated subsequently.<sup>1</sup>

Hunt, sa décision était incompatible avec celle du juge Browne dans l'affaire *Church of Scientology of California v. Johnson-Smith*, [1972] 1 Q.B. 522 (approuvée par la suite par la Chambre des lords dans les arrêts *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593) et *Comalco Ltd. v. Australian Broadcasting Corporation* (1983) 50 A.C.T.R. 1, dans lesquels il a été décidé qu'il y aurait atteinte au privilège si on permettait que ce qui se dit au Parlement fasse l'objet d'une enquête ou d'une plaidoirie.

Enfin, le juge Hunt s'est basé sur une interprétation étroite de l'article 9, laquelle découlait de contexte historique dans lequel l'article avait été édicté à l'origine. Il a correctement dégagé le tort que l'on cherchait à réparer en 1689 comme étant, entre autres, l'assertion par les cours du Roi relativement à un droit de tenir un membre du Parlement criminellement ou légalement responsable pour ce qui avait fait ou dit au Parlement. Il en a déduit le principe selon lequel l'article 9 ne s'appliquait qu'aux affaires où on demande à une cour d'assujettir l'auteur d'une déclaration à une responsabilité légale pour ce qu'il a dit au Parlement. Cette opinion écarte le concept fondamental sous-tendant l'article 9, c.-à-d. la nécessité de veiller autant que possible à ce qu'un membre de la législature et les témoins devant les comités de la Chambre puissent parler librement sans craindre que ce qu'ils disent sera plus tard retenu contre eux devant les cours. L'intérêt public important protégé par un tel privilège est de veiller à ce que, au moment de parler, le membre ou le témoin ne soit pas empêché de déclarer pleinement et librement ce qu'il a à dire. S'il existait des exceptions permettant de contester par la suite ses déclarations, in ne saurait pas, au moment de parler au Parlement, si ce qu'il dit ferait par la suite l'objet d'une contestation. Il n'aurait donc pas la confiance que le privilège vise à protéger. [Non souligné dans l'original.]

[76] Lord Browne-Wilkinson a repris ces mots dans l'arrêt *Hamilton v Al Fayed*. Ainsi, pour lord Browne-Wilkinson, l'intérêt public qui est protégé par le privilège est de s'assurer qu'un témoin, au moment où il témoigne devant un comité parlementaire, n'est pas freiné de parler librement.

[77] Je suis de cet avis. Je crois qu'il est important pour la démocratie canadienne qu'un témoin puisse parler ouvertement devant un comité parlementaire. Cet objectif sera accompli s'il ne craint pas, au moment où il témoigne devant ce comité, que l'on puisse utiliser ses paroles par la suite pour le discréditer dans une autre instance, que celle-ci entraîne des conséquences légales ou non. C'est en lui donnant l'assurance qu'il est complètement protégé par le privilège et qu'il ne pourra être interrogé par la suite qu'il est plus probable qu'il parle avec confiance<sup>1</sup>.



[78] Uncertainty as to the scope of the privilege that is granted to him may accentuate a witness's feeling of vulnerability and prevent him from speaking openly, which would obviously reduce the effectiveness of hearings before parliamentary committees.

[79] It is not easy, of course, to demonstrate such a proposition with certainty (which probably explains the controversy on the matter), since it is obvious that human reactions may vary from one individual to another. I recognize that for some people, complete protection may lull them into a false impression of security.

[80] Despite that, caution urges me to follow the opinion of the highest courts, which have held that it is necessary to extend the privilege to every proceeding: *Prebble*, and *Hamilton v Al Fayed*.

(b) To allow the parliamentary committee to exercise its investigative function

[81] Historically, the cases have acknowledged the need for privileges that allow legislative bodies to investigate. These privileges were clearly recognized in 1867. As Lord Denman stated in *Stockdale v. Hansard*, at page 1156:

The Commons of England are not invested with more of power and dignity by their legislative character than by that which they bear as the grand inquest of the nation. All the privileges than can be required for the energetic discharge of the duties inherent in that high trust are conceded without a murmur or a doubt.

[82] This characterization of the principal role of Parliament and the privileges that are needed to fulfill that role was clearly accepted in Canada as well. In *Canada (Attorney General) et al. v. MacPhee et al.* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 164 (P.E.I.S.C. (T.D.)), Cheverie J. stated (at paragraphs 23-24, 32):

In the Canadian context, the intervener cites the case of *Dansereau, Ex parte* (1875), 19 L.C.J. 210, reprinted in J.R. Cartwright, *Cases Decided on the British North America Act, 1867*, vol. II (Toronto: Warwick & Sons, 1887) at 165. This case is cited in support of the proposition that legislative assemblies in this country have the right to summon witnesses and have them produce documents; this right is inherent parliamentary privilege; and the power was exercised as far back as the 1800's. I do not intend to quote extensively from

[78] L'incertitude quant à la portée du privilège qui lui est accordé peut accentuer le sentiment de vulnérabilité d'un témoin et l'empêcher de s'exprimer ouvertement, ce qui réduirait évidemment l'efficacité des audiences devant les comités parlementaires.

[79] Bien sûr, une telle proposition est difficile à démontrer avec certitude (ce qui explique probablement la controverse sur le sujet), puisqu'il est évident que les réactions humaines peuvent varier d'un individu à l'autre. Je reconnais que chez certains, une protection complète peut les conduire à une fausse impression de sécurité.

[80] Malgré cela, la prudence m'invite à suivre l'avis des plus hauts tribunaux qui ont conclu à la nécessité d'étendre le privilège à toute instance: *Prebble*, et *Hamilton v Al Fayed*.

b) Préserver la capacité d'enquêter du comité parlementaire

[81] Historiquement, la jurisprudence a reconnu la nécessité des privilèges qui permettent aux organismes législatifs d'enquêter. Ces privilèges étaient clairement reconnus en 1867. Comme l'a déclaré lord Denman dans l'arrêt *Stockdale v. Hansard*, à la page 1156:

[TRADUCTION] La Chambre des communes d'Angleterre ne possède pas plus de pouvoir et de dignité par sa nature législative que par ce qu'elle a en tant que grand enquêteur de la nation. Tous les privilèges qui peuvent être nécessaires à l'exercice énergique des fonctions inhérentes à cette profonde confiance sont concédés sans broncher et sans aucun doute.

[82] Cette qualification du rôle principal du Parlement et des privilèges qui sont nécessaires pour l'accomplir a été clairement acceptée au Canada également. Dans la décision *Canada (Attorney General) et al. v. MacPhee et al.* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 164 (C.S. Î.-P.-É. (1<sup>re</sup> inst.)), le juge Cheverie a déclaré (aux paragraphes 23, 24 et 32):

[TRADUCTION] Dans le contexte canadien, l'intervenant a cité l'arrêt *Dansereau, Ex parte* (1875), 19 L.C.J. 210, reproduit dans le livre de J.R. Cartwright, *Cases Decided on the British North America Act, 1867*, vol. II (Toronto: Warwick & Sons, 1887), à la page 165. Cette affaire est citée à l'appui de la proposition selon laquelle les assemblées législatives de ce pays ont le droit d'assigner des témoins et de leur faire produire des documents; ce droit est inhérent au privilège parlementaire et l'exercice du pouvoir remonte aux

that case, except to refer to page 190 of the case report where the following appears:

“Responsible Government, which has been recognised in the Local as well as in the constitution of the General Government, would be a delusion if that power of enquiry was denied, and the enquiry would be valueless without the power of summoning witnesses. I consider this to be a necessary incident of the powers of Legislatures, and of controlling the administration of public affairs, and as such I believe that the House of Assembly had a right to exercise it.”

The intervener goes further and refers to **McNab v. Bidwell and Baldwin** (1830), Draper 144 at 156 (K.B.). In that pre-confederation case, the Court of King’s Bench of Upper Canada had the following to say at p. 156:

“It is my opinion that the right of enquiry for the purpose of enabling the legislature to exercise their constitutional functions is necessarily incident to both branches; for I do not see how they could join in making laws for the good government of the King’s subjects without obtaining the information requisite to form a correct opinion of the measures and alterations proper to be adopted. I think this is an inherent right essential to every legislature. And the right of examination implies a right to compel the answering of all such questions as the law of the land will sanction.”

On a review of the authorities cited, I am satisfied the right of the Legislative Assembly of Prince Edward Island to summon witnesses and have them produce documents is necessary for the proper functioning of the assembly, and, therefore, meets the test for recognition as an inherent privilege. It satisfies the test articulated by the Supreme Court of Canada in **New Brunswick Broadcasting**. It is difficult to imagine how the legislative assembly could properly conduct an inquiry within its constitutional jurisdiction without the power to summon witnesses and require the production of records and documents.

...

There is no doubt but that the Committee has the power to issue the summons in question; that it derives that power from the legislative assembly; that the power is rooted in parliamentary privilege; and it is not for this Court to inquire into how that power was exercised.

[83] I agree with these comments. And by extension, in my opinion, the discretionary authority to protect witnesses from cross-examination based on their

années 1800. Je n’ai pas l’intention de citer largement cette affaire, sauf pour faire référence à la page 190 du recueil de jurisprudence où apparaît le passage suivant:

«Un gouvernement responsable, qui a été reconnu sur le plan local de même que dans la constitution du gouvernement général, serait une illusion si ce pouvoir d’enquête était nié et l’enquête n’aurait aucune valeur sans le pouvoir d’assigner des témoins. Je considère que cela est nécessairement accessoire aux pouvoirs des législatures ainsi qu’au contrôle de l’administration des affaires publiques et, de ce fait, je crois que l’Assemblée législative avait le droit de l’exercer.»

L’intervenant fait également référence à l’affaire **McNab v. Bidwell and Baldwin** (1830), Draper 144 à la page 156 (B.R.). Dans cette affaire antérieure à la Confédération, la Cour du Banc du Roi du Haut-Canada disait ce qui suit:

«Je suis d’avis que le droit d’enquête aux fins de permettre à la législature d’exercer ses fonctions constitutionnelles constitue nécessairement un accessoire aux deux chambres, car je ne peux concevoir comment ils pourraient se joindre pour faire des lois pour le bon gouvernement des sujets du Roi sans obtenir les renseignements requis pour se former une opinion correcte relativement aux mesures et aux modifications appropriées à adopter. Je pense qu’il s’agit d’un droit inhérent essentiel à chaque législature. Et le droit d’examen implique celui de contondre à répondre à toutes les questions que les lois du pays sanctionneront.»

Après avoir examiné les autorités citées, je suis convaincu que le droit de l’Assemblée législative de l’Île-du-Prince-Édouard d’assigner des témoins et de leur faire produire des documents est nécessaire au bon fonctionnement de l’Assemblée et que, par conséquent, il remplit le critère pour le reconnaître en tant que privilège inhérent. Il satisfait au critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt **New Brunswick Broadcasting**. Il est difficile d’imaginer comment l’Assemblée législative pourrait mener à bien une enquête dans le cadre de sa compétence constitutionnelle sans le pouvoir d’assigner des témoins et d’exiger la production de dossiers et de documents.

[. . .]

Il n’y a aucun doute que le Comité possède le pouvoir de délivrer les assignations en question, que ce pouvoir provient de l’Assemblée législative, que le pouvoir trouve sa source dans le privilège parlementaire et que ce n’est pas le rôle de la Cour d’enquêter sur la manière dont ce pouvoir a été exercé.

[83] Je souscris à ces commentaires. Et, par extension, à mon avis, le pouvoir discrétionnaire de protéger les témoins à l’encontre d’un contre-interrogatoire fondé sur

testimony to Parliament may also be characterized as a privilege that is necessary for the proper functioning of Parliament in matters of investigation or inquisition.

[84] To characterize the power to preclude cross-examination as a privilege of free speech or investigation does not alter the underlying justification: Parliament must be able to provide this protection to witnesses appearing before parliamentary committees for the purpose of discerning the facts and resolving the question or retracing the events under investigation. Stripped of this power to provide such protection to witnesses, Parliament and its committees could not function; hence its necessity.

[85] Furthermore, any assessment by the Court as to whether it is appropriate to provide such protection in this case would in my opinion lead to an examination of how this investigative privilege is exercised, contrary to the fundamental distinction adhered to in *New Brunswick Broadcasting Co.* The Court is empowered to examine the existence and the scope of a power or privilege claimed by Parliament, but not to regulate the exercise thereof. McLachlin J. [at page 390] used an analogy to further explain this fundamental distinction: “the important question is whether we are here treating the fruit of the legislative tree [i.e. the exercise of the power], or the tree itself [i.e. the existence of the power].”

[86] Also, the reasons in support of the resolution precluding cross-examination, adopted by the House of Commons and found in the Fourteenth Report [on privileges, powers and communities of the House of Commons] of the Standing Committee on Procedure and House Affairs [2004], clearly emphasize this: witnesses have been assured that their testimony would be protected by parliamentary privilege and it is in the best interest of Parliament to ensure that this assurance is upheld.

[87] If, at the same time, the House has some reasons to believe that witnesses are not speaking the truth before a committee, despite its efforts to encourage them to express themselves freely, Parliament alone is primarily responsible for initiating proceedings and punishing such deceptive conduct.

le témoignage qu'ils ont fourni au Parlement peut aussi être qualifié comme étant un privilège qui lui est nécessaire pour le bon fonctionnement du Parlement en matière d'investigation ou d'inquisition.

[84] Qualifier le pouvoir d'empêcher un contre-interrogatoire comme un privilège de la liberté de parole ou d'enquête ne modifie pas la justification sous-jacente: le Parlement doit être en mesure d'offrir cette protection aux témoins comparaisant devant les comités parlementaires dans le but de discerner les faits et de régler la question ou retracer les événements sous enquête. Dépouillés de ce pouvoir d'offrir cette protection aux témoins, le Parlement et ses comités ne pourraient pas fonctionner, d'où sa nécessité.

[85] De plus, toute appréciation de la part de la Cour quant à la question de savoir s'il est approprié d'offrir cette protection en l'espèce entraînerait à mon avis un examen de l'exercice de ce privilège d'enquête, contrairement à la distinction fondamentale suivie dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* La Cour est habilitée à examiner l'existence et la portée d'un pouvoir ou d'un privilège revendiqué par le Parlement, mais non à en réglementer l'exercice. La juge McLachlin [à la page 390] s'est servi d'une analogie pour expliquer davantage cette distinction fondamentale: «la question importante est de savoir si nous traitons du fruit de l'arbre législatif [c'est-à-dire l'exercice du pouvoir] ou de l'arbre lui-même [c'est-à-dire l'existence du pouvoir]».

[86] En outre, les motifs à l'appui de la résolution empêchant le contre-interrogatoire, adoptée par la Chambre des communes et que l'on trouve dans le Quatorzième Rapport [des privilèges, pouvoirs et immunités de la Chambre des communes] du Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre des communes [2004], soulignent clairement ceci: les témoins ont reçu l'assurance que leur témoignage serait protégé par le privilège du Parlement et il est dans le meilleur intérêt du Parlement de faire en sorte que cette assurance soit maintenue.

[87] Par la même occasion, si la Chambre a des motifs de croire que les témoins n'ont pas dit la vérité devant un comité, malgré ses efforts pour les encourager à s'exprimer librement, le Parlement a seul la responsabilité principale d'intenter des poursuites et de punir ce comportement fallacieux.

[88] In theory, I am not bound by this resolution,<sup>2</sup> and since I have concluded that this privilege, whether characterized primarily as a privilege of free speech or a privilege of investigation, meets the test of necessity, I need not consider it. However, I think the reasons mentioned in support of the resolution are useful in so far as they illustrate the fundamental distinction between the nature and task of the Court—to rule on the existence and scope of the privilege invoked—and the task in which the Court should not engage, questioning the exercise of a privilege.

(c) To avoid contradictory findings of fact, or “the old dualism”

[89] There is a third and final reason why I think the power to preclude cross-examination in a subsequent proceeding is needed for the functioning of a parliamentary committee: to exclude the possibility that contradictory findings of fact will be made in the two respective proceedings, the parliamentary Committee and the Gomery Commission, caught by this review.

[90] At the time when the Bill of Rights, 1688 was enacted, proceedings were frequently brought in the courts, at the behest of the king, against elected representatives for things they had done while in office. The Bill of Rights, 1688 was intended to protect members of Parliament against acts of the other branches of government: the Crown, the executive branch and the courts. It included the idea that parliamentary privilege, more specifically freedom of speech, would avert what was referred to as “the old dualism”,<sup>3</sup> to avoid the possibility that concomitant proceedings in Parliament and the courts would lead to different results for the parties involved.

[91] Lord Browne-Wilkinson alluded to this problem in *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593 (H.L.), and ably summarized it in the *Prebble* judgment, at page 334:

. . . to allow it to be suggested in cross-examination or submission that a member or witness was lying to the House could lead to exactly that conflict between the courts and Parliament which the wider principle of non-intervention is designed to avoid. Misleading the House is a contempt of the House punishable by the House: if a court were also to be permitted to decide whether or not a member or witness

[88] En principe, je ne suis pas liée par cette résolution<sup>2</sup> et, ayant conclu que ce privilège, qu’il soit principalement qualifié comme un privilège de la liberté de parole ou comme un privilège d’enquête, respecte le critère de nécessité, je n’ai pas besoin de la prendre en compte. Cependant, j’estime que les motifs mentionnés à l’appui de la résolution sont utiles dans la mesure où ils font ressortir la distinction fondamentale entre la nature de la tâche de la Cour—de se prononcer sur l’existence et la portée du privilège invoqué—et la tâche à laquelle la Cour ne doit pas se livrer—remettre en question l’exercice d’un privilège.

c) Éviter les conclusions de fait contradictoires ou «the old dualism»

[89] Enfin, il y a une troisième raison pour laquelle je crois que le pouvoir d’empêcher un contre-interrogatoire subséquent dans une instance est nécessaire pour le fonctionnement du comité parlementaire: écarter la possibilité d’avoir des conclusions de fait contradictoires, par exemple, entre les deux instances—le comité parlementaire et la Commission Gomery—visés par le présent contrôle.

[90] À l’époque où le Bill of Rights, 1688 a été édicté, des procédures étaient fréquemment instituées devant les tribunaux, sur l’ordre du roi, à l’encontre de représentants élus pour des choses qu’ils avaient faites au cours de leur charge. Ainsi, le Bill of Rights, 1688 avait notamment pour but de protéger les parlementaires contre les actes des autres ordres du gouvernement, à savoir la Couronne, l’exécutif ou les tribunaux. Cela comportait également l’idée que le privilège parlementaire, et plus précisément la liberté de parole, visait à prévenir ce qu’on appelait «the old dualism»<sup>3</sup> et ce, pour éviter que des procédures concomitantes au Parlement et devant les tribunaux conduisent éventuellement à des résultats différents pour les parties impliquées.

[91] Lord Browne-Wilkinson a évoqué ce problème dans l’arrêt *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593 (H.L.), le résumant habilement dans l’arrêt *Prebble*, à la page 334:

[TRADUCTION] [. . .] le fait de permettre qu’on laisse entendre en contre-interrogatoire ou en plaidoirie qu’un membre ou un témoin mentait à la chambre pourrait mener directement à ce conflit entre les cours et le Parlement que le principe général de non-ingérence a pour objet d’éviter. Le fait d’induire la Chambre en erreur constitue un outrage à la chambre punissable par celle-ci: si on devait également permettre à une

had misled the House there would be a serious risk of conflicting decisions on the issue.

[92] Although it was, in principle, stated in *obiter*, the House of Lords later upheld the finding in *Prebble*, and in *Hamilton*, in which the facts more closely resemble the present situation.

[93] In that case, the Committee on Standards and Privileges of the U.K. House of Commons asked the parliamentary Commissioner for Standards to conduct an inquiry into the allegations that Hamilton, a Member of Parliament, had received money payments and other benefits from Al Fayed, a private citizen, in return for tabling questions in Parliament on his behalf. Al Fayed repeated the allegations in a television interview while the investigation was under way. The Commissioner subsequently found in his report that Hamilton had in fact received such benefits. The House of Commons Committee held further hearings and essentially confirmed the Commissioner's findings. After the House approved the Committee's report, Hamilton commenced libel proceedings against Al Fayed who, in turn, applied to have the proceedings stayed on the strength of parliamentary privilege.

[94] The House of Lords ultimately held that section 13 of the *Defamation Act 1996* (U.K.), 1996, c. 31, enacted as the above events were unfolding, which allowed members of Parliament to waive parliamentary privilege in order to prove they had been defamed, settled the question: the stay could not be granted because Hamilton had waived his privilege. However, the Court expressed the opinion, at page 231, that if the *Defamation Act 1996* had not existed, no cross-examination could be allowed:

It is in my judgment firmly established that courts are precluded from entertaining in any proceedings (whatever the issue which may be at stake in those proceedings) evidence, questioning or submissions designed to show that a witness in parliamentary proceedings deliberately misled Parliament. To mislead Parliament is itself a breach of the code of parliamentary behaviour and liable to be disciplined by Parliament: see *Church of Scientology of California v Johnson-Smith* [1972] 1 All ER 378, [1972] 1 QB 522, *British Railways Board v Pickin* [1974] 1 All ER 609 at 629, [1974]

cour de décider si un membre ou un témoin avait induit la chambre en erreur, il y aurait un sérieux risque de décisions contradictoires sur la question.

[92] Bien qu'il s'agisse en principe d'une opinion incidente, la Chambre des lords a par la suite confirmé la conclusion de l'arrêt *Prebble* et dans l'arrêt *Hamilton*, où les faits se rapprochent de la situation présente.

[93] Dans cette affaire, le Comité sur les normes et les privilèges de la Chambre des communes du Royaume-Uni a demandé au commissaire parlementaire pour les normes de faire une enquête sur les allégations selon lesquelles Hamilton, un parlementaire, avait reçu des paiements en argent ainsi que d'autres avantages d'Al Fayed, un simple citoyen, pour qu'il soumette des questions au Parlement en son nom. Al Fayed a répété les allégations dans une entrevue télévisée pendant que l'enquête était en cours. Le commissaire a par la suite conclu dans son rapport que Hamilton avait de fait reçu de tels avantages. Le comité de la Chambre des communes a tenu d'autres audiences et a, pour l'essentiel, confirmé les conclusions du commissaire. Après que la Chambre a approuvé le rapport du comité, Hamilton a institué une action en diffamation à l'encontre d'Al Fayed qui, pour sa part, a présenté une demande visant à obtenir la suspension de l'instance sur la foi du privilège parlementaire.

[94] La Chambre des lords a décidé en fin de compte que l'article 13 de la *Defamation Act 1996* (R.-U.), 1996, ch. 31, édicté au moment où les événements de l'affaire se déroulaient, lequel permettait aux parlementaires de renoncer au privilège parlementaire dans le but de prouver qu'ils avaient été l'objet de diffamation, réglait la question: on ne pouvait accorder la suspension en raison du fait que Hamilton avait renoncé à son privilège. Toutefois, le tribunal a exprimé l'opinion que, si la *Defamation Act 1996* n'existait pas, on ne pourrait procéder à un contre-interrogatoire, à la page 231:

[TRADUCTION] Mon jugement est solidement établi selon quoi les cours ne peuvent entendre dans une instance (peu importe la question en litige dans cette instance) une preuve, un interrogatoire ou des observations ayant pour objet de démontrer que, lors de travaux parlementaires, un témoin a délibérément induit le Parlement en erreur. Le fait d'induire le Parlement en erreur constitue en soi un manquement au code de déontologie parlementaire et est susceptible d'être sanctionné par le Parlement: voir les décisions *Church of Scientology of California v Johnson-Smith* [1972] 1 All ER

AC 765 at 800 per Lord Simon of Glaisdale. For the courts to entertain a question whether Parliament had been deliberately misled would be for the courts to trespass within the area which Parliament has the exclusive jurisdiction. [Emphasis added.]

[95] The applicant submits that he is not asking the Commissioner to decide whether Mr. Guité was telling the truth before the parliamentary Committee, but that he examine Mr. Guité's testimony in order to test his credibility before the Commission.

[96] However, if the cross-examination of the respondent Guité were to lead him to admit that he made inconsistent statements before the parliamentary Committee and the Gomery Commission, the Commissioner would have to ask himself whether Mr. Guité had misled the Committee.

[97] Even if the Commissioner did not question the truth of Mr. Guité's testimony before the Committee, it cannot be demonstrated that the cross-examination will not have the effect of casting an unfavourable judgment on what Mr. Guité told the committee.

#### 4. Procedural fairness

[98] The applicant contends that the Commissioner breached procedural fairness in denying cross-examination on Mr. Guité's prior allegedly inconsistent statements. As I pointed out, this contention is inaccurate. If the Commissioner's decision is correct, it cannot constitute a breach of procedural fairness to deny cross-examination since the Commissioner has no choice but to apply the privilege.

[99] Nevertheless, it is important in my view, given the circumstances, to close by recalling the principles of procedural fairness that apply in respect of a commission of inquiry.

[100] It is trite law that procedural fairness varies according to the type of body that must apply it. A commission of inquiry is not a court. It is therefore not bound to observe procedural fairness in the same way as a body having decision-making power (*Boyle v. Canada*

378; [1972] 1 QB 522, *British Railways Board v Pickin* [1974] 1 All ER 609, à la p. 629, [1974] AC 765, à la p. 800, lord Simon of Glaisdale. Le fait pour les cours d'entendre une question quant à savoir si le Parlement avait été délibérément induit en erreur constituerait une intrusion dans le domaine dont le Parlement possède la compétence exclusive. [Non souligné dans l'original.]

[95] Le demandeur soumet qu'il ne demande pas au commissaire de décider si M. Guité disait la vérité devant le comité parlementaire mais qu'il prenne connaissance de son témoignage afin de tester sa crédibilité devant lui.

[96] Il n'en demeure pas moins que, si le contre-interrogatoire du défendeur Guité conduisait celui-ci à admettre qu'il a fait des déclarations incompatibles devant le comité parlementaire et devant la Commission Gomery, le commissaire devrait se poser la question à savoir si celui-ci a induit le comité en erreur.

[97] Même si le commissaire n'a pas à mettre en doute la véracité du témoignage de M. Guité devant le comité, il ne peut être démontré que le contre-interrogatoire n'aura pas pour effet de porter un jugement défavorable sur ce que M. Guité a affirmé au comité.

#### 4. Équité procédurale

[98] Le demandeur prétend que le commissaire a manqué à l'équité procédurale en refusant le contre-interrogatoire sur les déclarations antérieures prétendument incompatibles de M. Guité. Comme je l'ai souligné, cette prétention est inexacte. Si la décision du commissaire est correcte, il ne peut y avoir de manquement à l'équité procédurale de refuser le contre-interrogatoire puisque le commissaire n'a d'autre choix que d'appliquer le privilège.

[99] Néanmoins, il m'apparaît important, vu les circonstances, de terminer en rappelant les principes d'équité procédurale qui s'appliquent lorsqu'il s'agit d'une commission d'enquête.

[100] Il est bien établi que l'équité procédurale varie en fonction du type d'organisme qui doit l'appliquer. Une commission d'enquête n'est pas une cour de justice. Elle n'est donc pas tenue d'observer l'équité sur le plan de la procédure de la même façon qu'un organisme ayant

(*Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces in Somalia - Létourneau Commission*), [1997] F.C.J. No. 942 (T.D.) (QL); *Beno v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 F.C. 499 (T.D.).

[101] The applicant relies on *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, in which the Supreme Court of Canada had stated that it was permissible to cross-examine a witness on a prior statement but only for the purpose of attacking his credibility and not to incriminate him. I do not find this argument persuasive.

[102] Although I recognize that the protection afforded by section 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) approximates the protection afforded by Article 9 of the Bill of Rights, 1688, our context differs from that of *Kuldip*.<sup>4</sup>

[103] In that case, the witness's cross-examination had occurred in a court, where the witness was confronted with a charge of failing to remain at the scene of an accident with intent to escape civil or criminal liability, contrary to subsection 233(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

[104] That situation contrasts sharply with the nature of the Gomery Commission. The Commissioner does not have the power to convict, but can only make recommendations, as Cory J. noted in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440 (the *Krever Commission*), at page 460:

A commission of inquiry is neither a criminal trial nor a civil action for the determination of liability. It cannot establish either criminal culpability or civil responsibility for damages. Rather, an inquiry is an investigation into an issue, event or series of events. The findings of a commissioner relating to that investigation are simply findings of fact and statements of opinion reached by the commissioner at the end of the inquiry. They are unconnected to normal legal criteria. They are based upon and flow from a procedure which is not bound by the

un pouvoir décisionnel (*Boyle c. Canada (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie - Commission Létourneau)*, [1997] A.C.F. n° 942 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Beno c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 499 (1<sup>re</sup> inst.)).

[101] Le demandeur s'appuie sur l'affaire *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, où la Cour suprême du Canada avait affirmé qu'il était permis de contre-interroger un témoin sur une déclaration antérieure mais seulement dans le but d'attaquer sa crédibilité et non pas de l'incriminer. Je ne trouve pas cet argument persuasif.

[102] Bien que je reconnaisse que la protection accordée par l'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) se rapproche de celle accordée par l'article 9 du Bill of Rights, 1688, le contexte dans lequel nous nous trouvons est différent du contexte de l'affaire *Kuldip*.<sup>4</sup>

[103] Dans cette affaire, le contre-interrogatoire du témoin avait lieu dans une cour de justice où le témoin était confronté à une accusation d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle, en contravention avec le paragraphe 233(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

[104] Cette situation contraste fortement avec la nature de la Commission Gomery. Le commissaire n'a pas le pouvoir de rendre de verdict de culpabilité mais uniquement de faire des recommandations, comme l'a souligné le juge Cory dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440 (la *Commission Krever*), à la page 460:

Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires

evidentiary or procedural rules of a courtroom. There are no legal consequences attached to the determinations of a commissioner. They are not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter.

[105] The right to cross-examine will sometimes be an aspect of procedural fairness (see, for example, *Krever Commission*), while on other occasions it will not (see, for example, *Beno*). In my opinion, denying the applicant the right to cross-examine the witness in one respect—concerning his testimony before the parliamentary Committee—satisfies the requirements of procedural fairness. The applicant has been granted status as a party, he has been able to testify assisted by counsel, he has likewise been able to cross-examine all of the witnesses, including Mr. Guité (except on prior statements made by him before the parliamentary committee) and he can make some final representations.

[106] Moreover, as the Commissioner himself noted, even without resorting to Mr. Guité's prior testimony before the Committee, it is possible for him to draw some satisfactory conclusions about Mr. Guité's credibility, in view of his experience as a judge, the documentation appearing on the record, the prior contradictory statements that Mr. Guité might have made in some place other than before this particular Committee, and the usual clues used by triers of fact, such as the way in which witnesses conduct themselves, the possible contradictions appearing in their testimony and the evidence provided by the other witnesses.

#### DISPOSITION

[107] The events and circumstances that triggered the inquiry by the Public Accounts Committee of the House of Commons and, in turn, the establishment of the Gomery Commission and this judicial review illustrate the interface among the various branches of government while pointing to the concomitant need to respect the legitimate sphere of jurisdiction of each.

[108] Parliamentary privilege helps to demarcate the legitimate spheres of jurisdiction, and is therefore a fundamental aspect of our constitutional democracy. It makes those powers, privileges and immunities which

normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet.

[105] Parfois le droit de contre-interroger constituera un élément de l'équité procédurale (voir p. ex., *Commission Krever*), alors qu'à d'autres occasions, ce ne sera pas le cas (voir p. ex., *Beno*). À mon avis, le fait de refuser au demandeur le droit de contre-interroger le témoin sous un rapport—concernant son témoignage devant le comité parlementaire—satisfait aux exigences de l'équité procédurale. Le demandeur s'est vu accorder le statut de partie, il a pu témoigner assisté d'un avocat, il a également pu procéder au contre-interrogatoire de tous les témoins dont M. Guité (sauf les déclarations antérieures faites par celui-ci devant le comité parlementaire) et il pourra présenter des observations finales.

[106] De plus, comme le commissaire l'a lui-même souligné, même sans avoir recours au témoignage antérieur de M. Guité devant le comité, il lui est possible de tirer des conclusions satisfaisantes sur la crédibilité de M. Guité, considérant son expérience de juge, la documentation figurant au dossier, les déclarations contradictoires antérieures que M. Guité a pu faire ailleurs que devant ce comité particulier, ainsi que les indices usuels qu'utilisent les juges des faits, comme la manière dont les témoins se comportent, les contradictions éventuelles figurant dans leur témoignage et la preuve fournie par les autres témoins.

#### DISPOSITIF

[107] Les événements et les circonstances qui ont déclenché l'enquête du Comité des comptes publics de la Chambre des communes et, à leur tour, la création de la Commission Gomery de même que le présent contrôle judiciaire illustrent la concertation entre les différents ordres de gouvernement tout en insistant sur la nécessité concomitante de respecter le domaine légitime de compétence de chacun.

[108] Le privilège parlementaire aide à délimiter ces domaines légitimes de compétence, ce qui en fait un aspect fondamental de notre démocratie constitutionnelle. Il assujettit à la compétence exclusive du



are necessary to Parliament's functioning in the present Canadian context subject to the exclusive jurisdiction of Parliament. It is my opinion that precluding cross-examination based on evidence presented to a parliamentary committee is necessary for that committee, primarily because it encourages witnesses to speak openly.

[109] It is also essential to the proper functioning of the committee in its investigative or inquisitorial role. And it forecloses the possibility that a finding of fact by a court or a commission of inquiry will contradict a finding of fact by a parliamentary committee or parliament as a whole.

[110] Since this power falls within the exclusive jurisdiction of Parliament, it is impossible to accept any proposition that the applicant was denied procedural fairness when the Commission denied the cross-examination. Neither the Commission nor the Court is in a position to question the way in which Parliament chooses to exercise its privileges; to do so would be contrary to our constitutional structure.

[111] Accordingly, the Commissioner's decision on parliamentary immunity was correct and the application for judicial review is dismissed with costs.

## JUDGMENT

### THE COURT ORDERS THAT:

The decision of Commissioner Gomery on parliamentary immunity is upheld.

The application for judicial review is dismissed with costs.

<sup>1</sup> My comments concerning the doubt that subsists in a witness as to the scope of the privilege that is granted to him apply as well to Parliament's power to waive the privilege. The Law Reform Commission of Ontario, in a report entitled *Report on Witnesses Before Legislative Committees* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1981), recommended the abolition of this power of waiver of Parliament, at p. 113:

However, it must also be borne in mind that any power on the part of the Assembly to withdraw protection at some

Parlement ces pouvoirs, privilèges et immunités qui sont nécessaires à son fonctionnement dans le contexte canadien actuel. Je suis d'avis que le fait d'empêcher le contre-interrogatoire fondé sur des éléments de preuve présentés à un comité parlementaire est nécessaire pour ce comité principalement parce qu'il encourage les témoins à parler ouvertement.

[109] De plus, cela s'avère un élément essentiel pour le bon fonctionnement du comité en matière d'investigation ou d'inquisition. Cela prévient également la possibilité qu'une conclusion de fait d'une cour de justice ou d'une commission d'enquête contredise une conclusion de fait d'un comité parlementaire ou de l'ensemble du Parlement.

[110] Puisque ce pouvoir relève de la compétence exclusive du Parlement, toute proposition selon laquelle il y a eu déni d'équité procédurale à l'égard du demandeur lorsque la Commission a refusé le contre-interrogatoire ne saurait être retenue. Ni la Commission ni la Cour ne sont dans une position leur permettant de mettre en doute la manière dont le Parlement choisit d'exercer ses privilèges; agir ainsi irait à l'encontre de notre structure constitutionnelle.

[111] En conséquence, la décision du commissaire sur l'immunité parlementaire était correcte et la demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

## JUGEMENT

### LA COUR ORDONNE QUE:

La décision du commissaire Gomery sur l'immunité parlementaire est maintenue.

La demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

<sup>1</sup> Mes commentaires, quant au doute qui subsiste chez un témoin sur la portée du privilège qui lui est accordé, valent aussi quant au pouvoir qu'a le Parlement de renoncer au privilège. La Commission de réforme du droit de l'Ontario, dans un rapport intitulé *Report on Witnesses Before Legislative Committees* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1981), recommandait l'abolition de ce pouvoir de renonciation du Parlement à la p. 113:

[TRADUCTION] Toutefois, il faut également avoir à l'esprit qu'un pouvoir de la part de l'Assemblée de retirer la

later date not only would smack of bad faith, but also might make a witness feel particularly vulnerable at a committee proceeding. This perceived vulnerability might well prevent the witness from giving full and open testimony. This inhibition would, in turn, reduce the effectiveness of committee hearings.

On balance, therefore, the Commission recommends that new legislation should make it unambiguous that the Legislative Assembly has no jurisdiction to withdraw the proposed protection and therefore to permit a witness's evidence to be used at any subsequent proceeding. [Footnote omitted.]

<sup>2</sup> However, the Law Reform Commission of Ontario has commented that the courts should take due note of "a resolution of the Assembly concerning the nature of a privilege respecting witnesses, particularly if it were accompanied by reasons why the privilege is considered essential to the proper functioning of committees": *Report on Witnesses Before Legislative Committees*, *supra*, note 1, at p. 106.

<sup>3</sup> *Report on Witnesses Before Legislative Committees*, *supra*, note 1, at p. 100, quoting May, Thomas Erskine. *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19th ed. by Sir David Lidderdale (London: Butterworths, 1976), at p. 201.

<sup>4</sup> I note that the text of s. 13 of the Charter states that "A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence." This exception is not found in Art. 9 of the Bill of Rights, 1688. Although I have stressed that Art. 9 did not define the scope of the free speech privilege in Canada, I think nevertheless that it is important to note this difference in the text if the intention is to apply the reasoning of the *Kuldip* case, to the present case.

protection à une date ultérieure ne ferait pas que traduire une mauvaise foi, mais pourrait également faire en sorte qu'un témoin se sente particulièrement vulnérable lors des délibérations d'un comité. Cette vulnérabilité perçue pourrait très bien empêcher le témoin de rendre un témoignage complet et ouvert. Cette inhibition réduirait ensuite l'efficacité des audiences du comité.

En définitive, toutefois, la Commission recommande qu'une nouvelle législation établisse de façon non équivoque que l'Assemblée législative n'a pas le pouvoir de retirer la protection proposée et de permettre ainsi que la déposition d'un témoin soit utilisée dans une instance ultérieure. [Renvoi omis.]

<sup>2</sup> Néanmoins, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a fait remarquer qu'il incombe aux tribunaux de prendre dûment en compte [TRADUCTION] «une résolution de l'Assemblée concernant la nature d'un privilège concernant les témoins, en particulier si elle est accompagnée des motifs pour lesquels le privilège est considéré essentiel au bon fonctionnement des comités»: *Report on Witnesses Before Legislative Committees*, précité, note 1, à la p. 106.

<sup>3</sup> *Report on Witnesses Before Legislative Committees*, précité, note 1, à la p. 100, en citant May, Thomas Erskine, *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19<sup>e</sup> éd. par Sir David Lidderdale (Londres: Butterworths, 1976), à la p. 201.

<sup>4</sup> Je note que le texte de l'art. 13 de la Charte précise que «[C]hacon a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires». Cette exception ne se retrouve pas à l'art. 9 du Bill of Rights, 1688. Bien que j'aie insisté sur le fait que les termes de l'article 9 ne définissaient pas la portée du privilège de la liberté de parole au Canada, je crois malgré tout qu'il est important de noter cette différence dans le texte si l'on veut appliquer le raisonnement de l'affaire *Kuldip*, à la présente affaire.