



First Session  
Thirty-ninth Parliament, 2006-07

SENATE OF CANADA

---

*Proceedings of the Standing  
Senate Committee on*

**Legal and  
Constitutional Affairs**

*Chair:*

The Honourable DONALD H. OLIVER

---

Wednesday, March 28, 2007  
Thursday, March 29, 2007

---

**Issue No. 24**

**Third, fourth and fifth meetings on:**

Bill S-4, An Act to amend the Constitution Act, 1867  
(Senate tenure)

---

WITNESSES:  
(See back cover)

Première session de la  
trente-neuvième législature, 2006-2007

SÉNAT DU CANADA

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial permanent des*

**Affaires juridiques  
et constitutionnelles**

*Président :*

L'honorable DONALD H. OLIVER

---

Le mercredi 28 mars 2007  
Le jeudi 29 mars 2007

---

**Fascicule n° 24**

**Troisième, quatrième et cinquième réunions concernant :**

Le projet de loi S-4, Loi modifiant la  
Loi constitutionnelle de 1867  
(durée du mandat des sénateurs)

---

TÉMOINS :  
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON  
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Donald H. Oliver, *Chair*

The Honourable Lorna Milne, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| Andreychuk               | Jaffer           |
| Baker, P.C.              | Joyal, P.C.      |
| Bryden                   | * LeBreton, P.C. |
| Fraser                   | (or Comeau)      |
| Hays, P.C.               | Nolin            |
| * Hervieux-Payette, P.C. | Rivest           |
| (or Tardif)              | Stratton         |

\*Ex officio members

(Quorum 4)

*Changes in membership of the committee:*

Pursuant to rule 85(4), membership of the committee was amended as follows:

The name of the Honourable Senator Baker, P.C. substituted for that of the Honourable Senator Ringuette (*March 26, 2007*).

The name of the Honourable Senator Grafstein substituted for that of the Honourable Senator Jaffer (*March 28, 2007*).

The name of the Honourable Senator Jaffer substituted for that of the Honourable Senator Grafstein (*March 29, 2007*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES  
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

*Président* : L'honorable Donald H. Oliver

*Vice-présidente* : L'honorable Lorna Milne

et

Les honorables sénateurs :

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| Andreychuk               | Jaffer           |
| Baker, C.P.              | Joyal, C.P.      |
| Bryden                   | * LeBreton, C.P. |
| Fraser                   | (ou Comeau)      |
| Hays, C.P.               | Nolin            |
| * Hervieux-Payette, C.P. | Rivest           |
| (ou Tardif)              | Stratton         |

\*Membres d'office

(Quorum 4)

*Modifications de la composition du comité :*

Conformément à l'article 85(4) du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

Le nom de l'honorable sénateur Baker, C.P. est substitué à celui de l'honorable sénateure Ringuette (*le 26 mars 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Grafstein est substitué à celui de l'honorable sénateur Jaffer (*le 28 mars 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Jaffer est substitué à celui de l'honorable sénateur Grafstein (*le 29 mars 2007*).

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Wednesday, March 28, 2007  
(60)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 11:59 a.m., in room 160-S, Centre Block, the Chair, the Honourable Donald H. Oliver, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Baker, P.C., Bryden, Fraser, Grafstein, Hays, P.C., Joyal, P.C., Milne, Nolin and Oliver (9).

*Other senator present:* The Honourable Senator McCoy

*In attendance:* Margaret Young and Jack Stilborn, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, February 20, 2006, the committee continued its consideration of Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure). (*For complete text of Order of Reference, see proceedings of the committee, Issue No. 23.*)

**WITNESSES:**

*British House of Lords (by video conference):*

Lord Howe of Aberavon, Member of the Conservative Party;  
Baroness Deech, Cross-bencher;  
Lord Tyler, Member of the Liberal Democrat Party.

The Chair made an opening statement.

Lord Howe of Aberavon, Baroness Deech and Lord Tyler each made a statement and together answered questions.

At 1:14 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

**ATTEST:**

OTTAWA, Wednesday, March 28, 2007  
(61)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:14 p.m., in room 2, Victoria Building, the Chair, the Honourable Donald H. Oliver, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Baker, P.C., Bryden, Fraser, Hays, P.C., Joyal, P.C., Milne, Nolin, Oliver, Rivest and Stratton (10).

*In attendance:* Margaret Young and Jack Stilborn, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

**PROCÈS-VERBAUX**

OTTAWA, le mercredi 28 mars 2007  
(60)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 11 h 59, dans la salle 160-S de l'édifice du Centre, sous la présidence de l'honorable Donald H. Oliver (*président*).

*Membres du comité présents :* Les honorables sénateurs Baker, C.P., Bryden, Fraser, Grafstein, Hays, C.P., Joyal, C.P., Milne, Nolin et Oliver (9).

*Autre sénateur présent :* L'honorable sénateur McCoy.

*Également présents :* De la Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement : Margaret Young et Jack Stilborn, analystes.

*Aussi présents :* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 20 février 2006, le comité poursuit son étude du projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs). (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 23 des délibérations du comité.*)

**TÉMOINS :**

*Chambre des lords britannique (par vidéoconférence) :*

Lord Howe d'Aberavon, membre du Parti conservateur ;  
Baronne Deech, cross-bencher ;  
Lord Tyler, membre du Parti libéral-démocrate.

Le président fait une déclaration d'ouverture.

Lord Howe of Aberavon, la baronne Deech et Lord Tyler font chacun une déclaration puis, ensemble, répondent aux questions.

À 13 h 14, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

**ATTESTÉ :**

OTTAWA, le mercredi 28 mars 2007  
(61)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 14, dans la salle 2 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Donald H. Oliver (*président*).

*Membres du comité présents :* Les honorables sénateurs Baker, C.P., Bryden, Fraser, Hays, C.P., Joyal, C.P., Milne, Nolin, Oliver, Rivest et Stratton (10).

*Également présents :* De la Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement : Margaret Young et Jack Stilborn, analystes.

*Aussi présents :* Les sténographes officiels du Sénat.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, February 20, 2006, the committee continued its consideration of Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure). (*For complete text of Order of Reference, see proceedings of the committee, Issue No. 23.*)

**WITNESSES:**

*As an individual:*

Jennifer Smith, Chair, Department of Political Science, Dalhousie University;

Alexandra Dobrowolsky, Chair, Department of Political Science, Saint Mary's University;

Richard Simeon, Visiting Professor of Canadian Studies, Harvard University;

Alan Cairns, Professor Emeritus, University of British Columbia.

The Chair made an opening statement.

Ms. Smith, Ms. Dobrowolsky, Mr. Simeon and Mr. Cairns each made a statement and together answered questions.

At 5:47 p.m., Senator Milne took the chair.

At 5:52 p.m., Senator Oliver took the chair.

At 6:10 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

**ATTEST:**

OTTAWA, Thursday, March 29, 2007  
(62)

[English]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:50 a.m., in room 2, Victoria Building, the Deputy Chair, the Honourable Lorna Milne, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Bryden, Fraser, Hays, P.C., Joyal, P.C., Milne, Nolin, Rivest and Stratton (8).

*In attendance:* Margaret Young and Jack Stilborn, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, February 20, 2006, the committee continued its consideration of Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure). (*For complete text of Order of Reference, see proceedings of the committee, Issue No. 23.*)

**WITNESSES:**

*As an individual:*

Errol P. Mendes, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 20 février 2006, le comité poursuit son étude du projet de loi S-4, Loi modifiant la loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs). (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 23 des délibérations du comité.*)

**TÉMOINS :**

*À titre personnel :*

Jennifer Smith, présidente, Département de science politique, Université Dalhousie;

Alexandra Dobrowolsky, présidente, Département de science politique, Université Saint Mary's;

Richard Simeon, professeur invité des études canadiennes, Université Harvard;

Alan Cairns, professeur émérite, Université de Colombie-Britannique.

Le président fait une déclaration liminaire.

Mmes Smith et Dobrowolsky ainsi que MM. Simeon et Cairns font chacun une déclaration puis, ensemble, répondent aux questions.

À 17 h 47, le sénateur Milne occupe le fauteuil.

À 17 h 52, le sénateur Oliver reprend le fauteuil.

À 18 h 10, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

**ATTESTÉ :**

OTTAWA, le jeudi 29 mars 2007  
(62)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 50, dans la salle 2 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Lorna Milne (*vice-présidente*).

*Membres du comité présents :* Les honorables sénateurs Bryden, Fraser, Hays, C.P., Joyal, C.P., Milne, Nolin, Rivest et Stratton (8).

*Également présents :* Margaret Young et Jack Stilborn, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

*Aussi présents :* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 20 février 2006, le comité poursuit son étude du projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs). (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 23 des délibérations du comité.*)

**TÉMOINS :**

*À titre personnel :*

Errol P. Mendes, professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

*Gowling Lafleur Henderson LLP:*

Henry S. Brown, Q.C., Partner.

The Deputy Chair made an opening statement.

Mr. Mendes made a statement and answered questions.

At 12:05 p.m., the committee suspended.

At 12:07 p.m., the committee resumed.

Mr. Brown made a statement and answered questions.

At 1:20 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

*ATTEST:*

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l. :*

Henry S. Brown, c.r., associé.

La vice-présidente fait une déclaration.

M. Mendes fait une déclaration puis répond aux questions.

À 12 h 5, la séance est interrompue.

À 12 h 7, la séance reprend.

M. Brown fait une déclaration puis répond aux questions.

À 13 h 20, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

*ATTESTÉ :*

*La greffière du comité,*

Shaila Anwar

*Clerk of the Committee*

## EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, March 28, 2007

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure), met this day at 11:59 p.m. to give consideration to the bill.

**Senator Donald H. Oliver** (*Chairman*) in the chair.

**The Chairman:** Honourable senators, today we continue our study of Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure). Bill S-4 contains one substantive clause, an amendment to the existing term of appointment for senators. Currently, the term of each senator runs until the mandatory retirement age of 75. The new term would be for eight years and the renewal of a term is not precluded.

In addition to the evidence provided during its own hearings, this committee is making use of the work completed by the Special Senate Committee on Senate Reform in the fall of last year and extensive debate in the Senate chamber itself. It is also paying close attention to the initiatives that have been introduced in the British Parliament, and debates about reform of the House of Lords in the United Kingdom.

I join with my fellow honourable senators on this committee in welcoming our special guests from the United Kingdom. We are extremely interested in your perspectives on the historic changes being proposed in England.

Reform of the British House of Lords has emerged as a significant issue in the United Kingdom in recent years, for reasons that will be familiar to the participants in debates about Senate reform in Canada. Most important, concerns about the legitimacy and related effectiveness of an appointed body within the democratic political process have steadily grown. As a result, successive proposals for the election of some or all members of the House of Lords have been developed over the years.

In 1997, the process for making significant changes to the House of Lords began in earnest, resulting in the Wakeham commission report in 2000, which proposed an elected House of Lords, as well as recommending term limits of 12 to 15 years. This past February, the most recent in a series of white papers, entitled *House of Lords: Reform*, was released by the U.K. government. The various proposals contained in this white paper present seven composition options, ranging from fully appointed through various combinations of appointed and elected, to fully elected.

On March 7, the House of Commons rejected the government's preferred hybrid option and voted 337 to 224 in favour of a 100 per cent elected House of Lords. On March 14, the House of Lords voted 361 to 121 in support of a motion for a fully appointed House of Lords. This result conflicts directly with the result of the House of Commons vote, and

## TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 28 mars 2007

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été déféré le projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (la durée du mandat des sénateurs), se réunit aujourd'hui à 11 h 59 pour en examiner la teneur.

**Le sénateur Donald H. Oliver** (*président*) occupe le fauteuil.

**Le président :** Honorables sénateurs, nous poursuivons aujourd'hui notre étude du projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (la durée du mandat des sénateurs). Ce projet de loi contient un article de fond visant à modifier la durée du mandat des sénateurs, qui expire actuellement lorsque ceux-ci atteignent l'âge de la retraite, soit 75 ans. Le nouveau mandat serait d'une durée de huit ans et pourrait être renouvelé.

Outre les témoignages entendus à l'occasion de ses propres séances, le présent comité se fonde aussi sur les travaux du Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat, qui s'est réuni à l'automne 2006, et sur les débats prolongés qui ont eu lieu au Sénat lui-même. Ce comité porte également une attention particulière aux initiatives entreprises au Parlement britannique et aux débats sur la réforme de la Chambre des lords au Royaume-Uni.

Je me joins à mes honorables collègues sénateurs de ce comité pour souhaiter la bienvenue à nos invités spéciaux provenant du Royaume-Uni. Nous sommes extrêmement intéressés par vos points de vue sur les changements historiques proposés en Angleterre.

Ces dernières années, la réforme de la Chambre des lords est devenue une question de première importance au Royaume-Uni, pour des raisons que connaissent bien tous ceux qui participent au débat sur la réforme sénatoriale au Canada. Plus important encore, on s'y inquiète de plus en plus de la légitimité et de l'efficacité relative d'un organe nommé au sein d'un régime politique démocratique. Au fil des années, on a donc proposé successivement plusieurs scénarios d'élection d'une partie ou de la totalité de la Chambre des lords.

En 1997 s'est enclenché un processus visant à apporter d'importants changements à la Chambre des lords, processus ayant résulté en la publication du rapport de la Commission Wakeham, en 2000, dans lequel on propose une Chambre des lords élue pour des mandats de 12 à 15 ans. En février dernier, le gouvernement britannique a publié le plus récent d'une série de livres blancs intitulé *House of Lords : Reform*. Ce Livre blanc contenait sept options pour la composition, allant d'une chambre entièrement nommée à une chambre entièrement élue, en passant par diverses combinaisons des deux.

Le 7 mars, la Chambre des communes a rejeté la solution hybride privilégiée par le gouvernement et s'est prononcée en faveur d'une Chambre des lords entièrement élue par 337 voix contre 224. Le 14 mars, les lords ont voté à 361 voix contre 121 en faveur d'une motion proposant une Chambre des lords entièrement nommée. Ce résultat est directement en

reflects the long-standing pattern of deadlock between the Houses on the issue of Lords reform. It remains to be seen how the government will now proceed.

This brings us to today, where we are most honoured to have with us, by video, three distinguished members of the House of Lords. Honourable senators, I present to you first, Lord Howe of Aberavon. He was Margaret Thatcher's longest-serving cabinet minister, successively holding posts of Chancellor of the Exchequer, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and, finally, Leader of the House of Commons and Deputy Prime Minister. Lord Howe was made a life peer in 1992.

Also with us today is Baroness Deech, who has held many prestigious positions during her life. Most notably, she served as Senior Proctor of the University of Oxford between 1985 and 1986, Governor of the BBC in 2002, and subsequently was named Dame Commander of the Order of the British Empire (DBE). Baroness Deech is a Crossbencher, and was appointed a life peer in July, 2005.

Finally, we have with us Lord Tyler, a member of the Liberal Democrats who was first elected to the House of Commons in 1974 and then again from 1992 to 2005. After the 2001 general election, Lord Tyler was reappointed Shadow Leader of the House to work opposite the Rt. Hon. Robin Cook, MP, pushing forward Liberal Democrat plans for the modernization and reform of Parliament as well as overseeing the current business of the House of Commons. Lord Tyler served as a member of the Select Committee on Modernization of the House of Commons from 1997 until 2005, when he was named a life peer.

Honourable senators of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, I am very pleased to welcome you and our distinguished guests here today. We will begin our discussions with Lord Howe.

**Lord Howe of Aberavon, Member of the Conservative Party, British House of Lords:** Thank you very much for your welcome. It is a rather unusual privilege to be addressing a whole assembly of people on issues as important as those you are considering. While we cannot begin to understand them, all I can really share with you is a little bit of our own experience.

The position which I adopt is that the House of Lords, as it now is, is functioning very well. There are some things that I could suggest, some details that perhaps could be changed.

My impression is the issues with which you are grappling in Canada are rather different from the ones with which we are grappling. We are not grappling with such practical things as duration tenure. The essential issue here is whether or not there are to be any elected members of the upper house. You have been given the figures on the votes of the two Houses that show that there are deep divisions.

contradiction avec celui du vote tenu à la Chambre des communes et reflète l'impasse dans laquelle les deux Chambres se trouvent depuis longtemps à propos de la réforme de la Chambre des lords. Il reste à voir comment le gouvernement fera avancer le dossier.

Et nous voici aujourd'hui, où nous sommes très honorés d'avoir avec nous, grâce à la téléconférence, trois distingués membres de la Chambre des lords. Honorables sénateurs, je vous présente d'abord Lord Howe d'Aberavon, qui a été le membre du cabinet de Margaret Thatcher ayant servi le plus longtemps, occupant tour à tour les postes de chancelier de l'Échiquier, de secrétaire d'État aux Affaires étrangères et du Commonwealth, puis de chef parlementaire à la Chambre des communes et de vice-premier ministre. Lord Howe a été nommé membre à vie de la Chambre des lords en 1992.

Nous avons aussi le plaisir d'accueillir aujourd'hui la baronne Deech, qui a occupé de nombreux postes prestigieux au fil des ans. Elle a entre autres été principale responsable de la discipline à l'Université d'Oxford de 1985 à 1986, administratrice de la BBC en 2002, puis a été nommée Dame Commandeur de l'Ordre de l'Empire britannique. La baronne Deech est crossbencher et a été nommée membre à vie de la Chambre des lords en juillet 2005.

Nous recevons enfin Lord Tyler, membre du Parti libéral-démocrate, qui a d'abord été élu à la Chambre des communes en 1974, puis de nouveau de 1992 à 2005. Après les élections générales de 2001, Lord Tyler a été nommé à nouveau chef du cabinet fantôme de la Chambre, faisant face au Très honorable Robin Cook, faisant avancer les plans du Parti libéral-démocrate visant la modernisation et la réforme du Parlement tout en supervisant les affaires courantes de la Chambre des communes. Lord Tyler a été membre du Comité spécial sur la modernisation de la Chambre des communes de 1997 à 2005, quand il a été nommé membre à vie de la Chambre des lords.

Honorables sénateurs du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, je suis très heureux de vous accueillir, ainsi que nos distingués invités, ici aujourd'hui. Nous allons commencer nos discussions avec Lord Howe.

**Lord Howe d'Aberavon, membre du Parti conservateur, Chambre des lords britannique :** Merci beaucoup de votre accueil. C'est un privilège plutôt inusité que de m'adresser à toute une assemblée sur un sujet aussi important que celui que vous étudiez. Même si nous ne pouvons commencer à les comprendre, je peux quand même vous faire part de notre propre expérience.

Mon opinion est que la Chambre des lords est très efficace sous sa forme actuelle. Je pourrais suggérer certains éléments, certains détails qui peut-être pourraient être modifiés.

J'ai l'impression que les problèmes auxquels vous êtes confrontés au Canada sont plutôt différents de ceux qui nous préoccupent. Nous ne sommes pas aux prises avec des questions aussi pratiques que la durée du mandat. La question essentielle ici consiste à déterminer s'il doit ou non y avoir des membres élus à la Chambre haute. On vous a remis les résultats des votes indiquant à quel point nos deux chambres sont divisées à ce sujet.

I have become increasingly persuaded that one does not want to have elected members of this house. It is expected to have adverse effects. One, it will result in greater politicization of the house; the more the two houses are dominated by fiercely whipped political parties, the greater becomes the control of the executive over the upper house.

I think it also confuses the functions of the house, because it is quite clear that the House of Lords is consultative, and not law making. The democratic chamber, the one elected, is the law-making chamber; they have the last word. In recent times there has been a much more powerful recognition of that distinction.

The House of Lords is now a great deal more influential than it was 20 years ago, because two inventions have changed its nature. First is the introduction of life peerages, which began diluting the concept of hereditary peers dominating the house. Second was the removal of the bulk of the hereditaries in 1999, because the thing that has always disabled the House of Lords, and made it less credible and less effective, has been the argument that whatever decisions it made were being decided by a large army of a hereditary Conservative majority. That has all gone now, and the House of Lords now has a very different structure of life peerages and a small residue of hereditaries who are in situ for life only.

The present structure gives both major parties about 30 per cent of the votes; 40 per cent of the votes are shared between Crossbenchers and Liberal Democrats. If one is to win an argument in the House of Lords now, you actually have to persuade all elements in the house. That is a traumatic transformation. Since that position came into being in 1999, the House of Lords has been defeating government positions much more frequently, about 400 times in the first six years and, more to the point, the House of Commons and the government have been accepting the verdict of the House of Lords in about 40 per cent of those cases.

The Lords is now working as a very effective revising chamber, but we do not have the last word. Our propositions, our conclusions are presented to the House of Commons, rather in the same way as a trial judge presents his view of the case to a jury. The House of Commons, the democratically-elected chamber, has the final word.

I think that we confuse the situation once we introduce elected members to the House of Lords. The House of Lords then claims parallel legitimacy, and the risk of a clash between the two Houses would increase. That is what happens in the United States.

The present position, subject to certain modifications which I will outline for you now, is one that works very well. The most interesting argument is this: Those who propose the introduction of an elected element have not yet been able to point to one respect in which the performance of the upper house will be

Je suis de plus en plus persuadé qu'il ne doit pas y avoir de membres élus à cette chambre. Cela aurait des effets négatifs. D'une part, cela entraînerait une politisation accrue de la Chambre des lords. Plus les deux chambres seront dominées par des partis politiques aux règles très strictes, plus le contrôle de la Chambre haute par le pouvoir exécutif sera grand.

Je crois que cela crée également une confusion quant aux fonctions de la Chambre, car il est très clair que la Chambre des lords a un rôle consultatif et non législatif. L'autre chambre, démocratiquement élue, détient le pouvoir législatif. C'est elle qui a le dernier mot. La reconnaissance de cette distinction s'est fait beaucoup plus sentir des derniers temps.

La Chambre des lords a maintenant une influence beaucoup plus grande qu'il y a 20 ans, car deux innovations ont contribué à modifier sa nature. Il s'agit d'abord de la création du principe de membre à vie, qui a commencé à faire disparaître le concept des membres héréditaires, qui dominaient la Chambre. Il y a ensuite eu l'élimination de la majeure partie des titres héréditaires en 1999, car l'élément qui avait toujours nuit à la Chambre des lords et qui l'avait rendue moins crédible et efficace était l'argument selon lequel peu importe les décisions qui y étaient prises, elles provenaient d'un groupe vastement majoritaire de conservateurs héréditaires. Tout cela est maintenant chose du passé, et la Chambre des lords possède aujourd'hui une structure très différente fondée sur le concept de membre à vie et d'un petit groupe résiduel de membres héréditaires, qui sont dorénavant en poste à vie seulement.

La structure actuelle accorde à chacun des deux principaux partis environ 30 p. 100 des voix, les 40 p. 100 restants étant partagés entre les crossbenchers et le Parti libéral-démocrate. Maintenant, si quelqu'un souhaite remporter un débat à la Chambre des lords, il lui faut persuader tous les éléments de la Chambre. Il s'agit là d'une transformation drastique. Depuis la création de cette structure, en 1999, la Chambre des lords a rejeté les positions du gouvernement beaucoup plus souvent, soit environ 400 fois en six ans et, fait encore plus important, la Chambre des communes et le gouvernement ont accepté la décision de la Chambre des lords dans environ 40 p. 100 de ces cas.

La Chambre des lords est maintenant une chambre de réflexion beaucoup plus efficace, mais nous n'avons pas le dernier mot. Nos propositions, nos conclusions sont présentées à la Chambre des communes un peu comme un juge de première instance présente son opinion sur une affaire aux membres d'un jury. C'est la Chambre des communes, démocratiquement élue, qui a le dernier mot.

Je crois que la situation deviendra plus difficile si l'on introduit des membres élus à la Chambre des lords. Cette Chambre réclamera alors une légitimité parallèle, et le risque de conflit entre les deux chambres augmentera. C'est ce qui se produit aux États-Unis.

La structure actuelle, sujette à certaines modifications que je vais vous présenter à l'instant, est très efficace. L'argument le plus intéressant est le suivant : ceux qui proposent l'élection de membres n'ont pas encore été en mesure de prouver que la performance de la Chambre haute en sera améliorée de quelque



improved in any way. The only reason that is given is that it would somehow add to the so-called legitimacy of the upper house. That, as I say, would only have the consequence of increasing the risk of conflict. That is why I think there is no case for change in that direction.

I would like to close on one final point. You quoted the report of the Wakeham commission of 1999 as recommending a majority of elected members. It did not. It recommended that they could not endorse the idea of a substantial — let alone a majority — component of elected members. They are recommending a step in that direction. I do not think we ought to take that step.

I think that the duration of tenure of a member of the House of Lords, or of a senator, ought to be pretty long because the key to our independence is our independence of the electorate and, above all, our de facto independence of party whips.

I hope that is not too accelerated a presentation.

**The Chairman:** That has been a very useful overview. We thank you for that. We will hold all questions from here until we hear from the other two presenters. Baroness Deech, if you would proceed next, we would like to hear from you.

**Baroness Deech, Cross-bencher, British House of Lords:** Thank you for inviting me to speak. I am a relatively new member of the House of Lords, and I would like to commend to you the way in which I was appointed.

I was appointed as one of the so-called «people's peers» under a new system whereby an independent commission surveys very many *curricula vitae* and decides to appoint someone, rather like being appointed to a job. I was interviewed and I was asked on what subjects I could make a contribution to the House of Lords. On the strength of that, I was appointed.

If I may say, perhaps rather immodestly, I think this is a good method of appointments. I am an independent member, a Crossbencher. I owe allegiance to nobody; I can vote on any subject exactly as I wish. I can listen to debates and make up my own mind. Nobody tells me what to do. I do not have to follow any party line.

To my mind, that is very valuable. I do believe that a good way of appointing people, if they are to be appointed, is by a commission, without too much party political patronage, which is a problem.

Second, one of the things that struck me as a new member of the House of Lords is that although there are not very many women — there are probably only about 15 to 20 per cent — nevertheless, in absolute figures, there are more women in the House of Lords than there are in the House of Commons. I thought this was a very good thing.

I believe, without being too scientific about it, that women in particular would find it very hard to run for election or hold themselves out as candidates on a very short tenure. I have more

façon que ce soit. Le seul motif fourni est que cela permettrait d'accroître la soi-disant légitimité de la Chambre haute. Selon moi, ce motif aurait pour seul résultat d'accroître les risques de conflit. C'est pourquoi je crois qu'un changement en ce sens n'a aucune raison d'être.

J'aimerais conclure avec ceci. Vous avez dit que le rapport de la Commission Wakeham de 1999 a recommandé une majorité de membres élus. C'est faux. Ce rapport a déclaré ne pouvoir recommander la notion d'un nombre substantiel — sans parler d'une majorité — de membres élus. Ce rapport recommande un pas dans cette direction. Je ne crois pas que nous devrions franchir ce pas.

Je crois que la durée du mandat d'un membre de la Chambre des lords ou d'un sénateur devrait être assez longue, car la clé de notre indépendance réside dans notre indépendance face à l'électorat et, par-dessus tout, dans notre indépendance de facto face aux whips des partis.

J'espère que je n'ai pas été trop rapide.

**Le président :** Vous avez présenté un aperçu très utile. Nous vous en remercions. Nous allons garder nos questions jusqu'à ce que nous ayons entendu les deux autres témoins. Baroness Deech, nous sommes maintenant prêts à vous entendre.

**Baronne Deech, cross-bencher, Chambre des lords britannique :** Merci de m'avoir invitée à témoigner. Je suis membre de la Chambre des lords depuis peu et j'aimerais faire l'éloge de la façon dont j'ai été nommée.

J'ai été nommée à titre de « membre du peuple », en vertu d'un nouveau système selon lequel une commission indépendante examine de nombreux *curriculum vitae* et décide de nommer une personne, un peu comme dans le cas d'un emploi. J'ai passé une entrevue et on m'a demandé sur quels sujets je pourrais contribuer à la Chambre des lords. Sur la base de mes réponses, j'ai été nommée.

J'oserais dire, sans fausse modestie, que je pense qu'il s'agit là d'une bonne méthode de nomination. Je suis une crossbencher, un membre indépendant de la Chambre des lords. Je ne dois allégeance à personne. Je peux voter comme bon je l'entends sur n'importe quel sujet. Je peux écouter les débats et former ma propre opinion. Personne ne me dit quoi faire. Je n'ai pas à suivre la ligne d'un parti.

Une telle chose est, selon moi, extrêmement précieuse. Je crois qu'une bonne façon de nommer les gens, s'ils doivent être nommés, est de le faire par l'entremise d'une commission, sans trop de favoritisme politique, ce qui constitue un problème.

J'ai aussi été frappée, en tant que nouveau membre de la Chambre des lords, par le fait que même s'il n'y a pas beaucoup de femmes — seulement environ 15 à 20 p. 100 — en chiffres absolus, il y en a davantage à la Chambre des lords qu'à la Chambre des communes. J'ai pensé que c'était très bien.

Je crois, sans vouloir paraître trop scientifique, que les femmes en particulier trouvent très difficile de se présenter comme candidates à des élections pour un mandat très court. J'ai plus

or less reached the end of my career. My family has grown up. It is much easier for me now. I do not think I ever would have considered standing for election, or that I ever could have coped, as a woman, with the very different, demanding hours and habits of the House of Commons.

I also note that in the upper house here, efforts are made to ensure that Black and ethnic minority people are appointed. Also, religious minorities are something uppermost in our minds. I do believe that the system of appointment is flexible in that it can make sure there are elements of our society represented in the upper house that you would not find in the lower house, and who probably would not stand for election.

This is flexible; clearly the numbers of people you wish to see appointed from various minorities and regional groupings, and so on, change as the years go by. However, I think that appointment is a very good mechanism for making sure that all sectors of society — not just regional but gender, religious and ethnic — are appointed to the upper house, as well as age.

Age is a bit of a problem because unlike you, I gather, we are not paid. Therefore, it means that you pretty well must be retired or not have to work for one reason or another. I do think that paying people is a good idea because it certainly would enable more young people, who need to have an income, to join the House of Lords.

Perhaps I can make just one more point. I do believe that the House of Lords is legitimate, and I speak as someone who used to teach constitutional law a long time ago. Indeed, I taught in Canada many decades ago, though I do not remember the details of your Constitution, I am afraid. I do believe that the House of Lords is legitimate. It is one of the oldest parts of our Constitution. It is part of the rule of law, and it performs a checking and balancing arrangement with the House of Commons.

The House of Commons in this country suffers from what Lord Hailsham called «an elected dictatorship.» Once MPs have been elected, they tend to do what party whips tell them. Sometimes you feel it is almost not worth counting the votes until they get rebellious, because you know where the majority lies.

It seems to me that the last thing we want is a clone of that system in the House of Lords. We do not want people who are there by virtue of their party allegiance, simply shadowing what is done in the House of Commons. We need a House of Lords or, in your case, a Senate with completely different interests, that act as a check and balance on what may be the over-mighty executive in the lower house.

ou moins atteint la fin de ma carrière. Mes enfants sont élevés. Les choses sont beaucoup plus faciles pour moi maintenant. Je ne crois pas que j'aurais pensé un instant à me présenter à des élections ou que j'aurais été capable d'affronter, en tant que femme, les horaires et les habitudes très variables et exigeants de la Chambre des communes.

Je remarque également qu'ici, à la Chambre haute, on s'efforce de nommer des Noirs et des représentants des minorités ethniques. De plus, nous tenons compte des minorités religieuses. Je crois que le système de nomination fait preuve de souplesse et qu'il permet de s'assurer que la Chambre haute représente des membres de notre société qu'on ne retrouverait pas à la Chambre basse, et qui ne poseraient probablement même pas leur candidature à des élections.

Tout cela est flexible. Il est clair que le nombre de personnes qu'on souhaite nommer provenant de divers groupes minoritaires et régionaux varie au fil des ans. Je pense toutefois que la nomination constitue un mécanisme très efficace permettant de s'assurer que tous les secteurs de la société — pas seulement selon les régions, mais aussi le sexe, la religion, l'origine ethnique et l'âge — soient représentés à la Chambre haute.

L'âge pose un peu problème, car contrairement à vous, je crois, nous ne sommes pas rémunérés. Cela signifie donc qu'il faut être à la retraite ou ne pas avoir à travailler pour une raison ou une autre. Je crois que le fait de rémunérer les gens est une bonne idée, car cela permettrait certainement à davantage de jeunes gens, qui ont besoin d'une source de revenus, de faire partie de la Chambre des lords.

J'aimerais présenter un dernier point. Je crois que la Chambre des lords a une légitimité, et je parle en tant que personne qui a déjà enseigné le droit constitutionnel il y a longtemps. En fait, je l'ai enseigné au Canada il y a plusieurs décennies, quoique j'ai bien peur de ne plus me souvenir des détails de votre Constitution. Je crois toutefois que la Chambre des lords est légitime. Elle est l'un des plus anciens éléments de notre Constitution. Elle fait partie de la primauté du droit et assure un système de poids et contrepoids avec la Chambre des communes.

La Chambre des communes de ce pays souffre de ce que Lord Hailsham a qualifié de «dictature élue». Une fois élus, les députés ont tendance à faire ce que les whips de leur parti leur disent de faire. On a parfois l'impression qu'il est inutile de faire le décompte des voix à moins qu'il n'y ait vraiment de la dissension dans les rangs, car on sait d'avance de quel côté penchera la majorité.

Il me semble que la dernière chose qu'il nous faut est un clone de ce système à la Chambre des lords. Nous ne voulons pas de membres qui sont là grâce à leur allégeance politique, copiant simplement ce qui est fait à la Chambre des Communes. Il nous faut une Chambre des lords ou, dans votre cas, un Sénat ayant des intérêts complètement différents et qui permet de contrebalancer les décisions du pouvoir exécutif parfois trop puissant de la Chambre basse.

I see our upper house as a fundamental bastion of democracy in our system; and the one house under our Constitution that is able to insist that general elections are held every five years under our Parliament Act.

I am sorry, I do not know enough about your Constitution to know whether your lower house is able to amend the Constitution of the upper house without its own consent, and whether your lower house could ever get rid of general elections without your consent. However, to my mind, that is a very important consideration. I will stop there and welcome questions later on.

**The Chairman:** The three points you made are of great interest to the senators around the table because they do figure indirectly on the considerations we have with Bill S-4. Thank you for that.

**Lord Tyler, Member of the Liberal Democrat Party, British House of Lords:** I do welcome again the opportunity of speaking to some of the members of your Senate.

I do agree with both my colleagues that the last thing we want is for our second chamber of Parliament to be just a clone, a shadow, of the first. Otherwise, however, I fear I do not agree with very much of what has been said because I come to this discussion from a different viewpoint.

Let me first say that I voted both for 80 per cent of a reformed second chamber to be elected and also for 100 per cent. I frankly confess I see advantages in both. Eighty per cent would enable there still to be 20 per cent independent of all parties and of any sort of political connection to be in our second chamber, while 100 per cent would increase the democratic legitimacy of the second chamber.

My principal reason for wanting to change the way in which people arrive in this house of Parliament is simply because I have experienced over many years what happens to the work of this house when it goes to the Commons, when the government is able to rubbish so much of the excellent work that is done in the House of Lords because they are always able to dismiss it as being the work of an unelected house.

Jeffrey Howe, quite rightly, says that we have a high reputation for the performance of this house. I think of this performance in terms of a wonderful debating society; he himself described it as a consultative chamber. I want it to be more influential, more powerful than that, and the only way that can happen in a modern, 21st century democracy is for there to be some form of democratic legitimacy, some mandate from the public. That is why I believe it is essential that there should be, in future, some degree of elected support for those who come into this chamber.

The problems that are identified — and I have given a lot of attention to this over the years, across parties with members of all parties — are mostly able to be dealt with very effectively by the way in which the elections take place, their regularity and the

Je vois notre Chambre haute comme un bastion fondamental de la démocratie dans notre système, et comme la Chambre qui, en vertu de notre Constitution, est en mesure d'insister que des élections générales aient lieu tous les cinq ans, conformément à notre Parliament Act.

Je suis désolée, mais je ne connais pas assez votre Constitution pour savoir si votre Chambre basse peut amender la Constitution de votre Chambre haute sans l'approbation de cette dernière, et si votre Chambre basse pourrait même abolir les élections générales sans votre consentement. Toutefois, dans mon esprit, il s'agit là d'une considération très importante. Je m'arrête ici et j'attends vos questions qui viendront plus tard.

**Le président :** Vos trois points sont d'un grand intérêt pour les sénateurs assis à cette table, car ils font indirectement partie de notre étude du projet de loi S-4. Nous vous en remercions.

**Lord Tyler, membre du Parti libéral-démocrate, Chambre des lords britannique :** C'est un plaisir pour moi que d'avoir à nouveau l'occasion de m'adresser à certains des membres de votre Sénat.

Je suis d'accord avec mes deux collègues sur le fait que la dernière chose que nous voulons pour la Chambre haute de notre Parlement est qu'elle ne soit qu'un clone, une ombre de la Chambre basse. Autrement, j'ai bien peur d'être en désaccord avec beaucoup de ce qui vient d'être dit car je vois la situation différemment.

J'aimerais d'abord dire que j'ai voté en faveur d'une Chambre haute élue à 80 p. 100 et aussi en faveur d'une Chambre haute entièrement élue. J'admets y voir des avantages dans les deux cas. Une Chambre haute élue à 80 p. 100 permettrait toujours à 20 p. 100 des membres d'être indépendants de tout parti et de tout lien politique, tandis qu'une Chambre haute entièrement élue augmenterait sa légitimité démocratique.

Si je veux changer la façon dont les gens parviennent à la Chambre haute, c'est avant tout parce que j'ai constaté, au fil des ans, ce qui arrive aux excellents travaux de cette chambre quand ils sont renvoyés aux communes, où le gouvernement peut les rejeter simplement parce qu'il a toujours la possibilité de le faire, en disant qu'il s'agit des travaux d'une chambre non élue.

Jeffrey Howe dit, à juste titre, que nous jouissons d'une grande réputation en raison de la performance de cette chambre. Je vois cette performance comme une merveilleuse société de conférence. Il l'a lui-même décrite comme une chambre consultative. Je voudrais qu'elle soit plus influente, plus puissante, et le seul moyen d'y parvenir dans une démocratie moderne du XXI<sup>e</sup> siècle consiste à lui donner une certaine forme de légitimité démocratique, un mandat du public. C'est pourquoi je crois qu'à l'avenir, il serait essentiel qu'une certaine proportion des membres de cette chambre soient élus.

Les problèmes constatés — et j'y ai consacré beaucoup de temps au fil des ans, avec des membres de tous les partis — peuvent généralement être résolus très efficacement par la façon de tenir des élections, par leur régularité et par la durée des

extent to which they are term limited. That is where I think we come to the specific question with which your Senate committee is currently engaged.

Within the context of an elected house, the reasons why we have been looking at term limitation are several. First, we have no retirement age. The average age of the House of Lords is about 68 or 69. I am 65, which is the retirement age for normal people in the United Kingdom. I am already heading towards that figure.

Second, even when there is a very important vote in the House of Lords, a great many members are not feeling now that they wish to participate. There were 480 who voted at the height of the discussions two weeks ago on the reform of the Lords, when there are normally about 740 members who could attend. We clearly need to have some sort of retirement system.

Most important of all, if we are to have the degree of independence from party control in future, whether it is from an elected base or from some form of nomination from the parties, we want people, once they come into the second chamber, whether we call it the Senate or whatever, to feel as free from party emphasis, party influence, party pressure as they can be. That is why we think one term, be it for 12 years or possibly longer, but not repeatable, would mean that they would be there on their own merits without any attempt by them to try to influence their future membership in the house by being ultra loyal to their party rather than using their own individual judgment.

That is the reason why we have been looking at term limits. I have to say that I am on the side of those who voted so substantially in the House of Commons, which still is our primary chamber, who want to make this house more legitimate.

**The Chairman:** Thank you. I would ask Lord Howe and Baroness Deech about the length of term that they would consider proper for members of the House of Lords, given the 15-year term recommended in the Wakeham report.

**Lord Howe of Aberavon:** Thank you for the opportunity to comment on that point. The Wakeham report suggests a 15-year term for members, whether elected or nominated. It also suggests that either category could be re-nominated by the nomination commission; but I am not sure about that. Some of the other proposals more recently have suggested 12 years. The joint committee of which Lord Tyler and I were both members suggested 12 years. My feeling is that 15 years should be a minimum length of tenure. We might need to set a retirement age because otherwise we have a predominantly elderly house. I am sure we need a kind of retirement system. All those are secondary questions to the question of election. I think that 15 years is about what most of us would regard as reasonable, as a starting point.

mandats. C'est ici que, je crois, nous arrivons à la question précise qui préoccupe actuellement votre comité sénatorial.

Dans le contexte d'une chambre élue, les raisons pour lesquelles nous avons étudié la possibilité d'un mandat à durée limitée sont nombreuses. D'abord, il n'y a pas d'âge limite pour la retraite. L'âge moyen des membres de la Chambre des lords est de 68 ou 69 ans. J'ai 65 ans, ce qui représente l'âge normal de la retraite pour le commun des mortels au Royaume-Uni. Je m'approche déjà de cette moyenne.

Ensuite, même lorsqu'un vote très important a lieu à la Chambre des lords, nombreux sont les membres qui ne se sentent pas obligés d'y prendre part. Au point culminant des discussions sur la réforme de la Chambre des lords, il y a deux semaines, 480 membres ont voté alors qu'il pouvait y en avoir environ 740. Il est clair que nous avons besoin de règles concernant la retraite.

Plus important encore, si nous devons bénéficier dans l'avenir d'indépendance par rapport aux partis, qu'il s'agisse de membres élus ou d'une forme de mise en candidature par les partis, nous voulons que les gens, lorsqu'ils arrivent à la Chambre haute, qu'elle soit appelée Sénat ou autre, se sentent aussi libres de toute influence ou pression de parti qu'ils peuvent l'être. C'est pourquoi nous pensons qu'un seul mandat, qu'il soit de 12 ans ou peut-être davantage, mais non renouvelable, signifierait qu'ils seraient là selon leur propre mérite, sans aucune tentative de leur part d'influencer leur présence future à la chambre en étant extrêmement loyaux envers leur parti plutôt qu'en se fiant à leur propre jugement.

C'est pourquoi nous étudions la possibilité de limiter la durée des mandats. Je dois dire que je suis du côté de ceux qui ont voté en si grand nombre à la Chambre des communes, qui demeure notre chambre principale, et qui souhaitent ajouter de la légitimité à cette chambre.

**Le président :** Merci. J'aimerais savoir ce que Lord Howe et la baronne Deech considèrent être une durée de mandat adéquate pour les membres de la Chambre des lords, à la lumière du mandat de 15 ans recommandé dans le rapport Wakeham.

**Lord Howe d'Aberavon :** Merci de me donner l'occasion de me prononcer sur ce sujet. Le rapport Wakeham propose un mandat de 15 ans pour les membres, qu'ils soient élus ou nommés, et qu'ils puissent être nommés de nouveau par la commission des candidatures, peu importe qu'ils aient été élus ou nommés la première fois, mais je ne suis pas certain d'être en faveur de cela. Certaines autres propositions plus récentes parlent d'un mandat de 12 ans. Le comité mixte dont Lord Tyler et moi-même faisons partie a proposé un mandat de 12 ans. Selon moi, 15 ans devrait être la durée minimale d'un mandat. Il se peut que nous devions imposer un âge limite pour la retraite, car sinon nous aurons une chambre majoritairement composée d'ainés. Je suis convaincu qu'il nous faut une sorte de système de retraite. Toutes ces questions sont secondaires par rapport à celle concernant les élections. Je crois que 15 ans est une durée que la plupart d'entre nous jugeons raisonnable comme point de départ.

If I may make comment on what Lord Tyler was saying, you will notice that he did not actually suggest that there would be any improvement in the way in which this house influenced the rule-making process or anything else as a result of having elected members. The only change would be the right of the house to make a stronger case for legitimacy and, therefore, a greater risk of conflict. He founded that, incidentally, on a false premise and said that the government would then not be able to rubbish decisions of the Lords. That is old hat. The government was rightly able to rubbish, as he puts it, when the Lords had a built-in, hereditary Tory majority. They were not credible then but that is gone, and we now have a house with growing confidence. In the first six years of our present structure, so far from rubbishing what we do, the government and the House of Commons are accepting 40 per cent of the recommendations made by the House of Lords. Certainly, that seems to be a pretty sensible, working structure.

**Baroness Deech:** It is more important to have a retirement age than to have a particular length of tenure. Whatever the length of tenure is, it should be such that you are not tempted to use your periods in the upper house as a springboard to a lucrative position in business, or as prelude to being elected to the lower house. In other words, it should be a period of time towards the end of a career, without people being too old. To have a retirement age of 75 or something like that is a good idea — perhaps an age comparable to that of judges. If judges stay wise until the age of 70 or 75, then I think senators can do so as well.

I would point out, in respect of what my colleague Lord Tyler said, that I suspect some members of the upper house do not attend because they are still working, and it is difficult to fix a working timetable to be free when the House of Lords, perhaps unexpectedly, has an important vote. It is important that the position becomes a job.

As for being non-renewable, if the term is, for example, eight or 10 years and non-renewable, that flies in the face of the stated desire to make the upper house more legitimate and more accountable. If you are elected and then you are not able to be re-elected, then you would not care what you did during your term in office because you would not be held accountable to the electorate. That would not be a good idea if you are thinking of being elected. It should be a lengthy term with a retirement age.

**The Chairman:** Thank you. I will open the questioning with Senator Milne, Deputy Chairman of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

**Senator Milne:** I appreciate the information that you have provided. This bill that is before the Senate proposes a term, perhaps renewable, of eight years. Currently in the works in Canada is a proposal that elections be held every four years to the House of Commons. Therefore, an eight-year term in the Senate would be the equivalent of two terms in the House of Commons,

Si je peux me permettre de commenter les propos de Lord Tyler, vous noterez qu'il n'a pas réellement suggéré que l'élection de membres permettrait d'améliorer la façon dont cette chambre influence le processus législatif ou tout autre processus. Tout ce que cela changerait, c'est que la chambre pourrait se prévaloir d'une plus grande légitimité, ce qui augmenterait par conséquent les risques de conflits. Il fondait ses propos, en passant, sur une fausse prémisse et a dit que le gouvernement ne pourrait pas rejeter les décisions des lords. C'est une vieille rengaine. Le gouvernement avait tout à fait le droit de les rejeter, comme il le dit, lorsqu'il y avait une majorité conservatrice héréditaire à la Chambre des lords. Ceux-ci n'étaient pas crédibles à l'époque, mais cette époque est révolue et nous disposons maintenant d'une chambre de plus en plus confiante. Au cours des six premières années de notre structure actuelle, plutôt que de rejeter ce que nous faisons, le gouvernement et la Chambre des communes ont accepté 40 p. 100 des recommandations de la Chambre des lords. Cela me semble être une structure plutôt avisée et efficace.

**La baronne Deech :** Il est plus important de disposer d'un âge pour la retraite que d'une durée limite pour les mandats. Peu importe la durée du mandat, elle devrait être telle qu'on ne soit pas tenté d'utiliser le temps passé à la Chambre haute comme tremplin vers un poste lucratif en affaires, ou comme prélude à une élection à la Chambre basse. En d'autres mots, ce devrait être une période menant à la fin d'une carrière, sans que les gens ne soient trop âgés. Que l'âge de la retraite soit établi à 75 ans ou quelque chose du genre est une bonne idée — peut-être un âge de la retraite comparable à celui des juges. Si les juges demeurent sages jusqu'à l'âge de 70 ou 75 ans, alors je crois que les sénateurs le peuvent aussi.

J'aimerais souligner, au sujet de ce que mon collègue Lord Tyler a dit, que je soupçonne certains membres de la Chambre haute de ne pas être présents parce qu'ils travaillent toujours et qu'il peut être difficile de modifier son horaire de travail de façon à être libre lorsque la Chambre des lords décide, peut-être à l'improviste, de tenir un vote important. Il est important que le poste devienne un emploi.

Quant au caractère non renouvelable du mandat, si ce dernier est par exemple d'une durée de huit ou dix ans, cela va à l'encontre du désir avoué d'accroître la légitimité et l'obligation de rendre compte de la Chambre haute. Si vous êtes élu et que vous ne pouvez pas être réélu, vous serez peu enclin à vous soucier de ce que vous ferez pendant votre mandat, car vous n'aurez pas de comptes à rendre à vos électeurs. Ce ne serait pas une bonne idée si vous songez à être élu. Il devrait y avoir un long mandat assorti d'un âge de retraite.

**Le président :** Merci. Les questions vont commencer avec le sénateur Milne, vice-présidente au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

**Le sénateur Milne :** J'apprécie les renseignements que vous nous avez fournis. Le projet de loi à l'étude au Sénat propose un mandat, peut-être renouvelable, d'une durée de huit ans. Une autre proposition voulant que des élections nationales aient lieu tous les quatre ans est actuellement à la Chambre des communes au Canada. Un mandat de huit ans au Sénat serait donc

meaning that a prime minister with a majority for two terms would have appointed everyone in the Senate by the end of his or her term, possibly resulting in all senators being of one party.

I have become most concerned about the proposal of an eight-year term in the Senate because, in my view, the tenure should be longer. The committee therefore is looking at the House of Lords for an example, and at the various reports on the matter. The Wakeham report proposes 15 years and some more recent reports have proposed 12 years. My perception is that it should be perhaps either 12 or 15 years. I am rooting for a 15 year term that would be non-renewable. Thus, toward the end of their term in the Senate, senators would not look to the prime minister with great hopes in their eyes of being reappointed.

I like the way in which a non-partisan commission investigated and appointed Baroness Deech to the House of Lords. I assume that the commission's recommendation was then okayed by the prime minister.

**Baroness Deech:** I do not believe that the prime minister was able to veto the recommendation of the commission. My understanding is that a name is put forward by the commissioner. If anything, it is the commissioner who appears to be able to veto names put forward by the prime minister. We have had some interesting examples of that.

If I may be so bold as to interpret, it seems that the root of the trouble lies in massive patronage on the part of the prime minister. You want to have an independent, open and transparent method of appointment.

**Lord Tyler:** We must emphasize that Baroness Deech is one of a minority of appointments. Most appointments to the House of Lords are political in nature and have been since the Life Peerage Act in the 1960s, and my guess is that it is about 75 per cent. Mine was a political appointment. My party leader made a nomination to the Prime Minister when I retired from the House of Commons. Most of those who now sit in the House of Lords, who are life peers, were political appointments. If we are to retain an appointed house, it will still be more similar to your Senate than I would like it to be.

**Lord Howe of Aberavon:** You must not be misled down that path. It is quite right to say that, until recently, appointments have been made formally by the prime minister after representations from the political parties. After all, there has not been a Liberal prime minister for 100 years or so but here is a real life Liberal peer nominated by a Labour prime minister. As to the present structure of the House, it does represent equality between the major parties and the Liberals as well. It is pretty fair, but I go beyond that.

Everyone who has looked at this question, from the Wakeham commission onward, has said that appointments, from now on, should be made by an independent commission. Those of us who

équivalent à deux mandats aux communes, ce qui signifie qu'un premier ministre disposant de la majorité pendant deux mandats pourrait avoir nommé tous les membres du Sénat à la fin de son deuxième mandat, faisant en sorte que tous les sénateurs soient du même parti.

Je suis devenue très préoccupée par cette proportion d'un mandat de huit ans au Sénat car, selon moi, ce mandat devrait être plus long. C'est pourquoi le comité étudie notamment le cas de la Chambre des lords et les nombreux rapports sur le sujet. Le rapport Wakeham propose un mandat de 15 ans, et des rapports plus récents parlent d'un mandat de 12 ans. Selon moi, ce mandat devrait peut-être durer 12 ou 15 ans. Je penche en faveur d'un mandat non renouvelable de 15 ans. Ainsi, vers la fin de leur mandat, les sénateurs ne se tourneraient pas vers le premier ministre dans l'espoir d'être reconduits dans leurs fonctions.

J'aime la façon dont une commission non partisane a mené une enquête sur la baronne Deech, pour ensuite la nommer à la Chambre des lords. Je suppose que la recommandation de la commission a ensuite été approuvée par le premier ministre.

**La baronne Deech :** Je ne crois pas que le premier ministre a pu s'opposer à la recommandation de la commission. Si j'ai bien compris, un nom est proposé par le commissaire. S'il existe un droit de veto, il semblerait que ce soit plutôt le commissaire qui puisse rejeter un nom proposé par le premier ministre. Nous en avons d'ailleurs eu des exemples intéressants.

Si je peux me permettre d'interpréter, il semble que la source du problème soit le considérable favoritisme de la part du premier ministre. Il faut disposer d'une méthode de proposition des candidatures indépendante, ouverte et transparente.

**Lord Tyler :** Nous devons souligner que la baronne Deech fait partie d'une minorité de nominations. La majorité des nominations à la Chambre des lords, que j'évalue à environ 75 p. 100, sont de nature politique et le sont depuis la Life Peerage Act des années 1960. Ma propre nomination est de nature politique. Le chef de mon parti a proposé ma candidature au premier ministre alors que j'avais pris ma retraite de la Chambre des communes. La majorité des personnes qui siègent actuellement à la Chambre des lords et qui sont membres à vie ont fait l'objet de nominations politiques. Si nous devons conserver une chambre nommée, elle ressemblera malgré tout davantage à votre Sénat que je ne le voudrais.

**Lord Howe d'Aberavon :** Vous ne devez pas vous laisser entraîner sur cette voie. Il est tout à fait exact d'affirmer que, jusqu'à tout récemment, les nominations étaient faites officiellement par le premier ministre à la suite de propositions des partis politiques. Après tout, il n'y a pas eu de premier ministre libéral depuis environ 100 ans, mais voici pourtant un véritable membre libéral nommé à vie à la Chambre des lords par un premier ministre travailliste. En ce qui concerne la structure actuelle de la chambre, elle représente un équilibre entre les principaux partis et les libéraux. C'est assez équitable, mais je vais encore plus loin.

Tous ceux qui, depuis la Commission Wakeham, ont étudié cette question ont déclaré que les nominations devraient dorénavant être faites par une commission indépendante. Ceux

want to keep that system think that the commission should be put on a statutory basis and obliged to pay attention to certain criteria. If I may, I will add two personal points. My wife is a member of the upper house. She was one of the first wave of people's peers. At that time, there were 3,000 nominations and she was one of 15 who survived the entry process, and I am quite proud of her on that point. Such a selection process was able to detect two or three cases of people being nominated because they had been contributing to the funds of a political party. It was the commission that detected the alleged corruption of politicians trying to raise funds to back elections. Logically, we could all be nominated to the House of Commons to save on the expense of elections.

My last point is on retirement. The 15-year term would be a minimum tenure for credibility. Obviously, I am quite affected by the fact that our life tenure has worked pretty well up to now, as it seems to have done for senators as well. I am prejudiced because I am already five years beyond the generally suggested retirement age, so I am nervous about that.

**The Chairman:** Thank you. Your Lordship should know that we are aware that you only have 25 minutes and then you must leave for a vote. I want to remind you that I have a list of five more senators who wish to pose questions.

**Senator Hays:** Before I put my question, I would like to thank you for your help this afternoon. In particular, Lord Tyler, I would like to thank you and say that it is good to see that you are fully recovered. Last time we spoke, Senator Segal and I had a long conversation with you when you were recovering from an injury. Your input is always helpful.

I will address a couple of questions to Baroness Deech. A comment from others would be appreciated. Would you have accepted an appointment under the process that the non-statutory Independent Appointments Commission has brought forward for a term of eight, 12 or 15 years? I will put my other question at the same time.

We here have not been thinking about the "springboard" argument. I know it is of great concern, both in terms of the European Parliament and in terms of possible elected Lords. I will put the question this way: What is wrong with someone at the end of their term seeking office in the other house?

**Baroness Deech:** Would I have accepted a shorter appointment? It would have depended on what age I was and what my working situation was at the time. It takes quite a lot out of my week, and it certainly is much more convenient if one can run it with a part-time job, which is what I am doing at the moment. Had I been offered this appointment when I was head of an Oxford college, I could not have done it without giving up my full-time post. I would have been looking ahead for a pension, so

d'entre nous qui souhaitons conserver ce système croyons que la commission devrait être obligatoire et forcée de tenir compte de certains critères. Si je peux me permettre, j'ajouterais deux points de nature personnelle. Mon épouse est membre de la Chambre haute. Elle a fait partie de la première vague des membres du peuple. À l'époque, 3 000 personnes avaient été mises en candidature et elle a fait partie des 15 finalistes, et c'est pourquoi je suis très fier d'elle. Un tel processus de sélection a permis de déceler deux ou trois cas de personnes dont la candidature avait été proposée parce qu'elles avaient contribué au financement d'un parti politique. C'est la commission qui a détecté la corruption de politiciens tentant d'amasser des fonds pour appuyer leur élection. Logiquement, notre candidature à tous pourrait être proposée pour la Chambre des communes afin de réduire les dépenses électorales.

Mon dernier point concerne l'âge de la retraite. Le mandat devrait être d'une durée minimale de 15 ans par mesure de crédibilité. Je suis évidemment très préoccupé par le fait que notre mandat à vie a très bien fonctionné jusqu'à présent, comme cela semble aussi avoir été le cas pour les sénateurs. Je suis biaisé, car j'ai déjà dépassé de cinq ans l'âge généralement proposé pour la retraite et ce sujet me rend donc nerveux.

**Le président :** Merci. Je tiens à dire à votre Seigneurie que nous savons qu'elle doit quitter d'ici 25 minutes pour prendre part à un vote. Je vous rappelle que cinq autres sénateurs souhaitent vous poser des questions.

**Le sénateur Hays :** Avant de poser ma question, j'aimerais vous remercier pour votre aide cet après-midi, en particulier Lord Tyler, que je suis heureux de voir totalement rétabli. La dernière fois que nous nous sommes parlé, le sénateur Segal et moi-même avons eu avec vous une longue conversation alors que vous vous remettiez d'une blessure. Votre avis est toujours utile.

J'ai deux questions à poser à la baronne Deech, mais un commentaire de la part des deux autres témoins serait apprécié. Auriez-vous accepté une nomination en vertu du processus proposé par la Commission de mises en candidature indépendante et non législative au sujet d'un mandat d'une durée de huit, douze ou quinze ans? Je vais vous poser ma deuxième question en même temps.

Nous n'avions pas pensé à l'argument du « tremplin ». Je sais que cela est très préoccupant, tant en ce qui concerne le Parlement européen que la possibilité de lords élus. Je vais vous poser la question ainsi : qu'y a-t-il de mal à ce qu'une personne arrivant à la fin de son mandat tente d'en obtenir un autre à l'autre chambre?

**La baronne Deech :** Aurais-je accepté un mandat plus court? Cela aurait dépendu de mon âge et de mon emploi à ce moment. Ce poste accapare une bonne partie de mon emploi du temps, et il est certainement plus pratique de l'occuper tout en ayant un emploi à temps partiel, ce qui est mon cas en ce moment. Si on m'avait offert ce poste alors que je dirigeais un des collèges d'Oxford, je n'aurais pu accepter sans devoir renoncer à mon emploi à temps plein. J'aurais envisagé une pension à venir, ce qui

to my mind it is all mixed up with pay and pensions and so on, which I have had to preserve. Probably because it is such an honour, I would have accepted it.

I do think it takes a long time to get used to the house. It is probably a much quicker process if you have been a politician in the lower house, which I had not been. I imagine I will be hitting my stride in a few years' time and not right at the beginning of my period of office. Therefore I prefer a longer period, but the honour and contribution are such that I expect I would have taken a short period.

What about using the Lords as a springboard to other things? I do not think that is a very good idea because I firmly believe in being able to look at all issues by focusing simply on the validity of the issue that is before you, and the good of the country and the democratic process without thinking, will this make me popular? For example, if I vote this way on gambling, if I vote this way or that way, will it mean that I am more or less likely to be elected to the House of Commons in a few years' time? If I do this or do that, make the other friends, this friend, that friend, am I more likely to be put on a party list or get elected or appointed to a particular job? I am glad not to have that pressure. We in this country are very conscious at the moment of sleaze and cronyism and people not having the right attitudes. I think it is better not to be looking ahead to something but to regard this position as the pinnacle of one's career.

**Lord Tyler:** To add to that, we were all saying at the beginning that we did not want the second chamber, whichever way it will be reformed, to be a clone of the House of Commons. If people saw this as an apprenticeship for the House of Commons, if there were the opportunity to move on here, move up here, then that would seem to be unfortunate. That is why there is a trade-off in this whole issue of length of term and renewable terms. If the length of the term is relatively short, but it is renewable, clearly the member of the second house may well be spending his or her time trying to keep in with their party, trying to get a good reputation with their party as being a party loyalist in order to have a political career elsewhere. But if it is only one term, and it is not renewable, and indeed you cannot be elected to the House of Commons or to the European Parliament in the immediate, following election, then that ambition cannot be fulfilled.

**Lord Howe of Aberavon:** We would all broadly agree with that position. I think again, with general agreement, 12 or 15 years is minimum, 15 for me, but then it is a worthwhile period of performing here.

**Baroness Deech:** Yes.

**Senator Joyal:** Welcome, Baroness Deech and Lord Howe. I am happy to have an opportunity to move on with our conversation of last week.

fait que mon esprit est empêtré dans des questions de paye, de pension, etc., que j'ai dû conserver. Probablement en raison de l'honneur qui s'y rattache, j'aurais accepté.

Je crois qu'il faut beaucoup de temps pour s'habituer à la chambre. Le processus est probablement beaucoup plus rapide si vous avez été député à la Chambre basse, ce qui n'était pas mon cas. J'imagine que j'aurai atteint ma vitesse de croisière d'ici quelques années, et non au tout début de mon mandat. C'est pourquoi je préfère un mandat plus long, mais l'honneur et la contribution sont tels que j'imagine que j'aurais accepté un mandat plus court.

Quant au fait de se servir de la Chambre des lords comme d'un tremplin vers d'autres objectifs, je ne pense pas que ce soit une très bonne idée, car je crois dans le fait de pouvoir examiner chaque question en se concentrant simplement sur sa validité, sur le bien du pays et du processus démocratique, sans avoir à me demander si ça me rendra populaire. Par exemple, si je vote pour ou contre le jeu, est-ce que cela signifiera que j'aurai plus ou moins de chances d'être élue à la Chambre des communes dans quelques années? Si je fais ceci ou cela, devient amie de celui-ci ou de celle-là, est-ce que j'aurai davantage de chances de faire partie de la liste d'un parti, d'être élue ou nommée à un poste en particulier? Je suis heureuse de ne pas avoir à subir ce genre de pression. Dans ce pays, nous sommes très préoccupés en ce moment par la corruption, le copinage et les gens qui n'adoptent pas les bonnes attitudes. Je crois qu'il est préférable de ne pas espérer une chose, mais plutôt de considérer ce poste comme le summum d'une carrière.

**Lord Tyler :** Qui plus est, nous disions tous au départ que nous ne voulions pas que la Chambre haute, peu importe le type de réforme qu'on y apporte, soit un clone de la Chambre des communes. Si les gens considéraient cela comme un apprentissage avant de passer à la Chambre des communes, s'il était possible de passer ici, de monter ici, alors ce serait malheureux. C'est pourquoi il existe un compromis pour toute cette question de durée et de renouvellement de mandat. Si le mandat est d'une durée relativement courte, mais renouvelable, il est clair que les membres de la seconde chambre pourront fort bien passer leur temps à tenter de plaire à leur parti, de se bâtir une bonne réputation au sein de leur parti en étant loyal afin de poursuivre une carrière politique ailleurs. Mais s'il s'agit d'un seul mandat, non renouvelable, et qu'il soit impossible d'être élu à la Chambre des communes ou au Parlement européen dans l'immédiat, à la suite d'élections, alors cette ambition ne peut être satisfaite.

**Lord Howe d'Aberavon :** Nous sommes tous d'accord avec cette position. Au risque de me répéter je crois, avec l'assentiment général, que 12 ou 15 ans, 15 ans dans mon cas, représente une durée minimale, mais il s'agit tout de même d'une durée appréciable.

**La baronne Deech :** En effet.

**Le sénateur Joyal :** Bienvenue, baronne Deech et Lord Howe. Je suis heureux de poursuivre notre conversation de la semaine dernière.



My first question will be for you, Baroness Deech. You, as a professor of constitutional law, have certainly had to wrestle with the impact of legitimacy in the constitutional structure of Parliament. It seems to me that the substance and the meaning of legitimacy has a different bearing, depending on the nature and function of the house. Could you expand a little more on that assertion, or am I totally wrong? In other words, there is only one definition to legitimacy, and that is when people give you a mandate and when they call back the mandate.

**Baroness Deech:** Speaking as a lawyer, I would say it is a question of the rule of law. In this country in particular, it is a question of the common law going back 1,000 years or so whereas, of course, you have a fully comprehensive, written Constitution.

We have some statutes that amount to our Constitution, but we do not have a Constitution in the way that you do. Our Constitution lies in history, and the House of Lords is a pre-eminent part of that Constitution. It is part of the legal structure of this country and the governing structure, just like the Queen and the judges. The fact that neither the Queen nor the judges are elected, again, goes back to time immemorial.

Democracy is reflected in the House of Commons, and I suppose I do not like to envisage this but, when all is said and done, the House of Commons could probably abolish us. It might be very difficult, given the Parliament Act of 1911. The House of Commons is the font of democracy. We also have a part to play. However, we are legal and in that sense we are democratic. To overthrow us, in effect, would mean a revolution. All first year law students learn that Britain has never had a sort of constitutional revolution of that sort, at least not recently, the sort that produces a written constitution. We have kept these institutions going. They are sanctified by the passage of time, and by the fact that they work. If it ain't broke, don't fix it. We have legitimacy that rests in something like 1,000 years of parliamentary rule.

**Senator Joyal:** Lord Howe, in your speech two week ago in the House of Lords, you mentioned and referred to the fact that — and I quote:

The British Parliament needs to be strengthened against the executive.

In your opinion, should that not be a measure of any reform in one of the Houses of Parliament, meaningful reform? In other words, is not the purpose of any reform in fact to strengthen the checks and balances that there should be between the two houses, and of course generally, the capacity of the houses to keep the government accountable — this being any changes or reforms that would strengthen the role of the political parties in the upper house or in the Lords that would increase the stronghold of the executive, i.e. the leaders of the respective political parties? Would this in fact weaken the principle of check and balance? Would you care to comment on that?

Ma première question s'adresse à vous, baronne Deech. En tant que professeure de droit constitutionnel, vous avez sûrement dû traiter de l'incidence de la légitimité dans la structure constitutionnelle du Parlement. Il me semble que la substance et la signification de la légitimité ont une portée différente, selon la nature et la fonction de la chambre. Pourriez-vous expliquer davantage cette assertion, ou suis-je complètement dans l'erreur? En d'autres mots, il n'y a qu'une seule définition de la légitimité, et c'est lorsque le peuple vous accorde un mandat lorsqu'il le rappelle.

**La baronne Deech :** Parlant en tant qu'avocate, je dirais qu'il s'agit d'une question de primauté du droit. Dans ce pays en particulier, c'est une question de common law qui remonte à près de 1 000 ans considérant, bien sûr, que vous disposez d'une Constitution écrite et complète.

Nous avons quelques statuts qui représentent notre Constitution, mais nous n'avons pas de Constitution comme la vôtre. La nôtre repose sur l'histoire, et la Chambre des lords représente une portion suprême de cette Constitution. Elle fait partie de la structure juridique de ce pays et de sa structure de gouvernement, tout comme la Reine et les juges. Le fait que ni la Reine ni les juges ne soient élus remonte également à des temps immémoriaux.

La démocratie se reflète dans la Chambre des communes et j'imagine que je répugne à envisager une telle chose, mais au bout du compte, la Chambre des communes pourrait probablement nous abolir. Cela pourrait s'avérer très difficile, compte tenu de la Parliament Act de 1911. La Chambre des communes est la source de la démocratie. Nous avons aussi un rôle à jouer. Notre nature est toutefois légale, et en ce sens, démocratique. Nous renverser, dans les faits, serait synonyme de révolution. Tous les étudiants de première année de droit apprennent que la Grande-Bretagne n'a jamais eu de révolution constitutionnelle de ce genre, du moins pas récemment, le genre qui entraîne la rédaction d'une constitution écrite. Nous avons maintenu ces institutions. Elles sont sanctifiées par le passage du temps et par le fait qu'elles sont efficaces. Pourquoi réparer ce qui n'est pas brisé? Nous avons une légitimité qui repose sur un millénaire de règlement parlementaire.

**Le sénateur Joyal :** Lord Howe, dans votre discours à la Chambre des lords, il y deux semaines, vous avez dit, et je cite :

Le Parlement britannique a besoin d'être plus fort face au pouvoir exécutif.

Selon vous, cela ne devrait-il pas être une mesure de réforme significative dans une des chambres du Parlement? En d'autres mots, le but de toute réforme n'est-il pas de renforcer les mesures de poids et contrepoids qui devraient exister entre les deux chambres et, bien entendu, la capacité de ces chambres à garder le gouvernement responsable — il s'agirait là de tout changement ou réforme qui renforcerait le rôle des partis politiques à la Chambre haute et qui augmenterait la mainmise du pouvoir exécutif, c'est-à-dire les leaders des différents partis politiques? Est-ce que cela affaiblirait en fait le principe des poids et contrepoids? Qu'avez-vous à dire à ce sujet?

**Lord Howe of Aberavon:** I would agree completely with that analysis. We would all agree with the diagnosis of Lord Hailsham about the risk of suffering under an elected dictatorship. The power of Parliament vis-à-vis the executive needs to be enhanced. It is extremely difficult to do that for the House of Commons because the House of Commons is founded on parties, and very strongly whipped parties. It is very hard for an individual member of the House of Commons to believe he is having an influence on anything. In my experience, very rarely can he influence the outcome by his vote or speech. There, as Baroness Deech has said, it takes two flocks of sheep to remind you of the result of the last election.

The thing about the House of Lords is that it used to be defined as illegitimate because of a hereditary Tory majority. As a result of the change now, that is seen to be the position. The government does not have a majority — 30 per cent for Labour, 30 per cent for the Tories, 40 per cent for the rest. Any proposals being made for a statutory appointments commission visualize the preservation of a structure something like that, with a large percentage of floating votes in the middle. The independence of that has been manifested by the frequency with which the government has accepted defeats inflicted in the House of Lords in the last five or six years. There is a recognition in the House of Commons, and in the government, of the wisdom of looking again at suggestions and proposals that come from the upper house. If you begin making the upper house a clone of the lower house, then you risk, as we say, losing the input of that high degree of independence.

**Lord Tyler:** We should make it clear that both in the government's recent white paper and in the draft bill I prepared with colleagues from all parties two years ago, we were thinking in terms of the elected element in the reformed chamber being elected in tranches: one third every four years or every five years, so that there would be continuity in the second chamber. It would not be the same sort of swing as would happen with a general election. It probably would not coincide with the general election. There would not be a direct threat to the House of Commons as the place where our governments have to gain, regain and retain confidence. There would be no confidence role for the House of Lords.

Lord Howe referred to a very important issue. When he talked about 40 per cent of the defeats in the Lords being accepted, in the main there are only two circumstances in which a government accepts a defeat in the Lords. One is because they are running out of time. It is either nearly the end of a session or the end of the Parliament, and therefore they have to accept the defeat. There simply is not time to go back and start again. Alternatively, it is relatively minor, and they know that they cannot get their troops in the House of Commons to support them in resisting amendments from the Lords.

We cannot emphasize too strongly that we are now in the process of reform in this country. We cannot have the House of Commons, which we all accept has primacy under the English Constitution, being 100 per cent elected and then the second

**Lord Howe d'Aberavon :** Je suis entièrement d'accord avec cette analyse. Nous sommes tous d'accord avec le diagnostic porté par Lord Hailsham au sujet du risque de souffrir d'une dictature élue. Il faut renforcer le pouvoir du Parlement face à celui de l'exécutif. C'est extrêmement difficile dans le cas de la Chambre des communes, car celle-ci est fondée sur des partis politiques, soumis de surcroît à des disciplines de parti très strictes. Il est très difficile pour un député de la Chambre des communes de croire qu'il a une influence sur quoi que ce soit. Selon mon expérience, il est très rare qu'il ou elle puisse influencer un dénouement par son vote ou son discours. Comme la baronne Deech l'a dit, il faut deux troupeaux de moutons pour se rappeler des résultats des dernières élections.

La Chambre des lords était jugée illégitime à cause de la majorité conservatrice héréditaire. Cela semble être la position à la suite du changement. Le gouvernement n'a pas la majorité — 30 p. 100 pour les travaillistes, 30 p. 100 pour les conservateurs, et 40 p. 100 pour les autres. Toute proposition de commission de mises en candidature prévue par la loi entrevoit la préservation d'une structure semblable, avec un vaste pourcentage de votes incertains au centre. Son indépendance s'est manifestée par la fréquence à laquelle le gouvernement a accepté les défaites infligées à la Chambre des lords au cours des cinq ou six dernières années. La Chambre des communes et le gouvernement reconnaissent la sagesse de revoir les suggestions et les propositions provenant de la Chambre haute. Si on commence à faire de la Chambre haute un clone de la Chambre basse, on risque de perdre l'apport de ce degré élevé d'indépendance.

**Lord Tyler :** Nous devrions préciser que tant dans le Livre blanc récent du gouvernement que dans le projet de loi que j'ai préparé avec des collègues de tous les partis il y a deux ans, il est question d'élire par tranches les membres de la chambre réformée : un tiers tous les quatre ou cinq ans, afin d'assurer la continuité à la Chambre haute. Il n'y aurait donc pas le même changement qui se produit parfois à des élections générales. Ces élections partielles ne coïncideraient probablement pas avec les élections générales. Il n'y aurait pas de menace directe envers la Chambre des communes comme endroit où les gouvernements doivent gagner ou récupérer des sièges et maintenir la confiance. Aucun rôle de confiance ne serait associé à la Chambre des lords.

Lord Howe a mentionné un point très important. Quand il dit qu'environ 40 p. 100 des objections émises par la Chambre des lords sont acceptées par les communes, cela ne se produit en fait que dans deux cas. D'abord, parce que le temps manque, c'est-à-dire que la session ou le Parlement touche à sa fin, et que le gouvernement doit par conséquent accepter la défaite. Il n'a tout simplement plus le temps de revenir en arrière et de recommencer. En revanche, il est aussi possible que le gouvernement sache qu'il ne peut mobiliser ses troupes aux communes pour l'aider à résister aux amendements proposés par les lords, mais c'est plutôt mineur.

Nous ne pouvons souligner assez que nous sommes au cœur d'un processus de réforme dans ce pays. Il est impossible d'avoir une Chambre des communes, que nous acceptons tous comme une primauté en vertu de la Constitution anglaise, élus à

chamber being 80 per cent elected, and that just disappears as if it has never happened. There will be reform of some sort. The question is not if; the question is when.

**Senator Fraser:** I have two questions. First, Baroness Deech, who appoints the members of the appointments commission? What guarantee have we that they are independent?

Second, Lord Tyler, in our Senate, as I gather in the House of Lords, members of various minorities, as well as women, are more strongly represented than they are in the House of Commons. One of the questions about which I have an abiding concern is how an elected system would continue that counterbalancing of the fact that the House of Commons tends to represent majorities rather than minorities?

**Baroness Deech:** My recollection is that the appointing commission was put together after advertisements in the newspapers. In general, in this country, when a public committee is put together, the selection committee is composed of a civil servant, an outsider and someone else. There was probably political approval in the end, but there has been absolutely no suggestion that the appointing commission is anything other than a bunch of strong-minded individuals of various sorts, again including ethnic minorities and women. They prove themselves by standing up to the Prime Minister and rejecting names that he has put forward recently, if we are to believe what we are told in the newspapers. I do not think there can be any doubt about that. After all, you must always have someone appointing those who appoint. Who appoints the judges? In the end, you must trust the process, and I think we have made it about as trustworthy as we possibly can.

When I was appointed, the appointing commission told me that they had 15,000 names of possible candidates in the database, and five were appointed in my particular batch. They researched my background pretty thoroughly to ensure that I was not about to disgrace the nature of the house, and this is quite an intimidating process, really. I thought it was a good process, and I do not know how much more independent you can get than that.

**Lord Tyler:** Senator, on the issue that you properly raised about women and those representing various ethnic minorities, in particular, it is true that the Lords does seem to be better represented. However, do recall that a majority of the people nominated to the House of Lords currently are nominated by the parties. There is absolutely no reason to suppose that if the electoral system is conducive to that, that they would not continue to do that if they were nominating people for election. That is why it is so critical that the method of election to a reformed second chamber is not the one used for the House of Commons here.

I understand that both British Columbia and Ontario have been looking at different forms of electoral systems to represent minorities more effectively, including women. If women are a minority in your country, they are not actually in ours; they are a

100 p. 100, ainsi qu'une seconde chambre élue à 80 p. 100, puis qu'il n'y ait aucune suite. Il y aura une réforme quelconque. La question n'est pas de savoir s'il y en aura une, mais quand.

**Le sénateur Fraser :** J'ai deux questions. D'abord, baronne Deech, qui nomme les membres de la Commission de mises en candidature? Comment garantir leur indépendance?

Ensuite, Lord Tyler, dans notre Sénat, tout comme à la Chambre des lords je crois, les membres de diverses minorités, de même que les femmes, jouissent d'une plus forte représentation qu'à la Chambre des communes. Une question me préoccupe. Comment un système électoral permettra-t-il de continuer à contrebalancer le fait que la Chambre des communes tend à représenter les majorités plutôt que les minorités?

**La baronne Deech :** Selon mes souvenirs, la Commission de mises en candidature a été constituée à la suite d'annonces dans les journaux. Dans notre pays, en général, quand un comité de sélection public est constitué, il se compose d'un fonctionnaire, d'un non-initié et d'une autre personne. Il y a probablement eu approbation politique au bout du compte, mais absolument rien ne laisse croire que la Commission de mises en candidature est constituée d'autre chose que d'un groupe de personnes déterminées de diverses origines, incluant des minorités ethniques et des femmes. Ils ont fait leurs preuves en tenant tête au premier ministre et en rejetant récemment des noms qu'il avait proposés, si nous devons en croire les journaux. Je ne pense pas qu'il puisse y avoir de doute à ce sujet. Après tout, il y aura toujours quelqu'un pour nommer ceux qui en nomment d'autres. Qui nomme les juges? Au bout du compte, il faut avoir foi dans le processus, et je crois que nous l'avons rendu aussi fiable qu'il puisse l'être.

Quand j'ai été nommée, la Commission de mises en candidature m'a dit que 15 000 noms avaient été soumis et que cinq étaient retenus dans mon groupe. On a fait des recherches exhaustives sur mon passé, afin de s'assurer que je n'allais pas déshonorer la nature de la chambre, et c'est là un processus assez intimidant, je peux vous l'assurer. J'ai pensé que c'était un bon processus, et je ne vois pas comment il serait possible de pousser davantage l'aspect de l'indépendance.

**Lord Tyler :** Sénateur, en ce qui concerne la question que vous avez à juste titre soulevée au sujet des femmes et des minorités ethniques, il est vrai que la Chambre des lords semble être mieux représentée. Il faut toutefois se rappeler que la plupart des gens qui se trouvent actuellement à la Chambre des lords ont été nommés par les partis politiques. Absolument rien ne laisse croire que, si le système électoral mène à cela, ils ne continueraient pas cette pratique de nommer des candidats aux élections. C'est pourquoi il est si important que le système électoral de la seconde chambre réformée soit différent de celui utilisé à la Chambre des communes.

Je crois comprendre que la Colombie-Britannique et l'Ontario étudient différents types de systèmes électoraux afin de mieux représenter les minorités ethniques et les femmes. Si les femmes constituent une minorité dans votre pays, ce n'est pas le cas dans

majority. That is a very critical issue, that the electoral system be used in a way as conducive as possible to ensure a better representative cross-section.

I have to say, however, that there is one considerable majority that is not properly represented in the House of Lords, and that is younger people.

**Senator Nolin:** I have a concern — and it is also probably a concern that you have in the United Kingdom — about popular support for decisions made in the House of Lords. I want to learn more about the outreach program you are putting in place to explain to the population what you are doing in the reform process to better represent their interests.

**Lord Howe of Aberavon:** You asked whether we in the House of Lords are running an outreach program so that people can understand us better, which is a very interesting question. One of our problems is that because of our divergent party positions on this reform question, it is not easy for us now to collectively present our views. You can tell from the differences among us. We are, in effect, stepping up the amount of available information. We are producing a booklet in an effort to tell people what the House of Lords does. However, we must come back to the general perception that the media continues to present, and which we try to challenge, and that is that we spend our lives in ermine and red robes.

**Senator Nolin:** We share that concern with you because in Canada we, too, have a media very “supportive” of the work we are doing.

**Lord Tyler:** I entirely agree with what Lord Howe says. Indeed, the misunderstanding about what we do is actually shared by members of Parliament in the House of Commons. They do not fully understand how we operate. Having come from there, I am well aware of this fact.

I sit on an informal group that our Lord’s Speaker, Baroness Hayman, has brought together to address this problem because we believe, many of us in the Lords, that we can explain our current role, what we do, without necessarily getting into the territory of what to do next and how to reform the house. We give a lot of attention to that issue.

Incidentally, we are getting much better at communicating with the public generally than the House of Commons does, in many ways. We had television first in the House of Lords. We have a better website, I believe, than the House of Commons, partly because we are less political. It is true that the public, on the whole, think we are doing a reasonably good job, but they also think that we should be given more legitimacy. The only polls that have been taken on this issue show very large majorities in favour of having a majority or a wholly elected House of Lords. Eighty-two per cent and 92 per cent are the sort of figures that have been recorded in support for that.

notre pays, où elles sont majoritaires. Il est donc essentiel que le système électoral soit le plus représentatif possible.

Je dois toutefois dire qu’il existe une majorité considérable qui n’est pas représentée adéquatement à la Chambre des lords. Il s’agit des jeunes gens.

**Le sénateur Nolin :** Je suis inquiet, tout comme vous l’êtes probablement au Royaume-Uni, au sujet du soutien populaire accordé aux décisions prises à la Chambre des lords. Je voudrais en savoir plus au sujet du programme de sensibilisation que vous instaurez afin d’expliquer à la population ce que vous faites dans le cadre du processus de réforme dans le but de bien représenter ses intérêts.

**Lord Howe d’Aberavon :** Vous avez demandé si la Chambre des lords dispose d’un programme de sensibilisation visant à ce que la population nous comprenne mieux. Voilà une question très intéressante. Un des problèmes auxquels nous sommes confrontés réside dans le fait qu’en raison de la divergence de nos partis au sujet de la réforme, il est difficile de présenter nos vues collectivement. Vous pouvez le constater d’après nos divergences d’opinions. Nous augmentons en effet la quantité de renseignements disponibles. Nous produisons un dépliant destiné à présenter les fonctions de la Chambre des lords aux gens. Nous devons toutefois revenir à la perception générale que les médias continuent de présenter, et que nous tentons de dissiper, à savoir que nous passons nos vies en manteaux d’hermine rouges.

**Le sénateur Nolin :** Nous partageons cette préoccupation avec vous. Les médias canadiens ne sont pas très flatteurs à notre endroit.

**Lord Tyler :** Je partage entièrement l’avis de Lord Howe à ce sujet. Cette idée préconçue au sujet de nos activités est en fait partagée par des députés de la Chambre des communes. Ils ne comprennent pas entièrement ce que nous faisons. Venant de cet endroit, je sais de quoi je parle.

Je fais partie d’un groupe informel que notre présidente, la baronne Hayman, a formé afin de s’attaquer à ce problème, car nous sommes nombreux à croire, à la Chambre des lords, que nous pouvons expliquer notre rôle actuel sans nécessairement nous avancer sur le terrain de ce que nous ferons ensuite et sur la façon de réformer la chambre. Nous portons une attention particulière à cette question.

Il appert que nous devenons beaucoup plus efficaces que la Chambre des communes à communiquer avec le public en général. Les caméras de télévision ont été autorisées à la Chambre des lords en premier. Notre site Internet est meilleur, je crois, que celui de la Chambre des communes, en partie parce que sommes moins politisés. Il est vrai que le public, dans l’ensemble, croit que nous faisons un assez bon travail, mais il croit aussi que nous devrions avoir davantage de légitimité. Les seuls sondages menés à ce sujet démontrent qu’une très vaste majorité est d’avis que la majeure partie, sinon la totalité des membres de la Chambre des lords devrait être élue. Les résultats à cet effet sont respectivement de 82 et de 92 p. 100.

**Lord Howe of Aberavon:** There are two points worth making. One is that since the House of Lords has been “legitimized” by the removal of the bulk of the hereditaries, there is strong evidence that nongovernmental organizations and interest groups are increasingly making their representations on legislation to this house and not to the Commons. They have realized that in the Commons most of their representations will not be presented. The Commons do not consider more than about one third of any bill they look at. Almost all of the revisions are made in the upper house, and it is to this place that representations are increasingly coming, which is significant evidence of approval and legitimacy.

The other is a very small figure, which may surprise you, but the Wakeham commission said quite clearly that diversity was much more easily achieved by a nomination system than by an electoral system. Who do you want to pick? What do you think is the second most frequently spoken language in the House of Lords, apart from English? The second is Gujarati and the third is Welsh. There are now nine Gujarati speakers here and half a dozen Welsh speakers. That is a small symbol of the extent to which we are much more diverse in our representation.

**Baroness Deech:** If you ask the public, they would say it is the House of Commons that needs reform rather than the House of Lords because of the tyranny of the party whip and the way that they behave. I think in general — although I do not have the figures that my friend Lord Tyler has — there is not much public concern about the House of Lords. The House of Lords, in recent years, has acquired the reputation of being a defender of civil liberties and human rights, especially in these troubled times that we live in, when there are issues about terrorism and about holding to the rule of law, and so on. The public do tend to look to the House of Lords to maintain a steady hand on upholding the jury trial and civil liberties and so on, when they know that the House of Commons might be giving in to some party political demand.

**The Chairman:** Thank you. Lord Howe, Sir John A. Macdonald said of the Senate of Canada that he wanted it to be a body of sober second thought. That is what the Senate often is when legislation is passed by the House of Commons in a hurry, and it is necessary for the Senate of Canada to give it that sober second thought. Very often we have to amend a bill, send it back and make the corrections and changes that should have been made by the House, had they taken more time.

**Senator Bryden:** Thank you for being with us. I would like to follow up with Baroness Deech on her statement that the Lords are not paid. You also indicated that you would like to see more young people have an opportunity to be part of the House of Lords if they are qualified.

Is there a problem with the House of Lords being considered an elitist chamber in which only the fortunate or the well-heeled can participate?

**Lord Howe d’Aberavon :** Je tiens à souligner deux points. D’abord, depuis que la Chambre des lords a été « légitimée » par le retrait de la majeure partie des membres héréditaires, les faits démontrent que les organismes non gouvernementaux et les groupes d’intérêt se tournent de plus en plus vers cette chambre, et non vers la Chambre des communes, pour présenter leurs arguments concernant des mesures législatives. Ils ont réalisé qu’aux communes, la plupart de leurs arguments ne seront pas présentés. Les communes n’examinent pas plus du tiers de tout projet de loi qui y est débattu. La presque totalité des révisions ont lieu à la Chambre haute, et c’est donc là qu’on y fait de plus en plus de représentations, signe évident d’approbation et de légitimité.

L’autre point concerne un tout petit chiffre, qui pourrait vous surprendre, mais la Commission Wakeham a indiqué très clairement que la diversité était beaucoup plus facile à obtenir par voie de nomination que par voie d’élections. Qui choisir? Quelle langue, selon vous, est la plus fréquemment parlée à la Chambre des lords après l’anglais? Il s’agit du gujarati, suivi du gallois. Il y a maintenant neuf personnes parlant le gujarati, et six parlant le gallois. C’est là un petit symbole de la plus grande étendue de notre diversité.

**La baronne Deech :** Si vous posez la question au public, il vous répondra que c’est la Chambre des communes qu’il faut réformer et non la Chambre des lords en raison de la tyrannie et du comportement des whips des partis. Je crois qu’en général — même si je n’ai pas les chiffres de mon ami Lord Tyler — le public n’est pas très préoccupé par la Chambre des lords qui, ces dernières années, s’est fait une réputation en matière de défense des libertés civiles et des droits de la personne, en particulier en ces temps difficiles que nous vivons, où il est question de terrorisme, du maintien de la primauté du droit, etc. Le public a tendance à se tourner vers la Chambre des lords pour assurer le maintien des procès devant jury, des libertés civiles, etc., alors qu’il sait que la Chambre des communes pourrait céder aux demandes d’un parti politique.

**Le président :** Merci. Lord Howe, Sir John A. Macdonald a dit souhaiter que le Sénat du Canada soit un lieu de second examen modéré. C’est souvent ce qu’est le Sénat lorsqu’un projet de loi est adopté en vitesse par la Chambre des communes, et il est nécessaire que le Sénat du Canada procède à un second examen modéré. Nous devons très souvent modifier un projet de loi puis le retourner à la Chambre des communes pour qu’on y apporte les corrections et les changements qui auraient dû être faits par celle-ci, si elle avait pris plus de temps.

**Le sénateur Bryden :** Merci de votre participation. J’aimerais poser une question à la baronne Deech au sujet de sa déclaration selon laquelle les lords ne sont pas rémunérés. Vous avez aussi dit que vous aimeriez que davantage de jeunes gens aient la possibilité de faire partie de la Chambre des lords s’ils sont qualifiés.

Y a-t-il un problème avec la Chambre des lords au sujet du fait qu’elle serait un lieu élitiste réservé aux biens nantis?

**Baroness Deech:** I am not sure if that is the perception, but I think there is a grain of truth in that, partly, of course, because of the titles, and also because, as I said, we are not paid, which I think is a problem. I may be in a minority with that view, but I do think the age problem would be reduced if people could look on it not as a lucrative career but at least as replacing days off work. If one took a few days off work to come to the House of Lords, there ought to be some expenses paid towards that.

I am not sure that people look on the House of Lords as elitist. They look on it as rather historic. Those who study the situation have more respect for the House of Lords now than they did when it was fully hereditary. That did not quite resonate with the times when it was fully hereditary. I do not think that most informed people would look on the House of Lords as a house of rich people or anything like that.

**Lord Howe of Aberavon:** It is also important to recognize that we are not paid a salary, but we do get paid expenses on a daily basis on the days that we come here, for subsistence during the day, for residential accommodation in London, and for our travelling expenses. That goes some way towards bridging that gap, but it does not, of course, open it up as a career for young people. It may in one way be an advantage, but it is a bit over the top because we are all beyond that stage.

**Lord Tyler:** I would just add, senator, that Baroness Deech is absolutely right. It is not so much elitist, but it is rather selective of the sort of people who can be active members of the House of Lords. I mentioned earlier that only 480 out of the 740 were here for an absolutely vital vote on the future of the House.

**Senator Bryden:** Is there a minimum age one has to be before being a Lord in the House of Lords?

**Lord Howe of Aberavon:** I do not think so, no.

**Lord Tyler:** No.

**Baroness Deech:** It might be 21. I would not like to say for sure. Have we had people of 30? We may have done. Hereditaries, yes, but the average age is 68, as Lord Tyler said. It could do with being brought down a bit, I think.

**Senator Bryden:** In our Senate, the minimum age is 30, and on appointment you would tenure to age 75. It used to be a life appointment but it was moved back a few years ago to age 75.

If we were to go to a term appointment, should we also keep the age limit of 75? That is, if we had a 15-year term, a person could not be appointed if their 15-year term would take them over a certain age — perhaps 75?

**La baronne Deech :** Je ne sais pas si telle est la perception, mais je crois qu'il y a un soupçon de vérité, en partie à cause des titres, bien entendu, et aussi en raison du fait que, comme je l'ai dit, nous ne sommes pas rémunérés, ce qui, je crois, est un problème. Je suis peut-être l'une des rares personnes à penser ainsi, mais je crois qu'on pourrait réduire le problème de l'âge si les gens pouvaient considérer un séjour à la Chambre des lords non pas comme une carrière lucrative, mais à tout le moins comme une compensation pour les journées de travail perdues. Si on sacrifie des journées de travail pour siéger à la Chambre des lords, il devrait exister en échange une certaine forme de compensation.

Je ne suis pas certaine que les gens trouvent la Chambre des lords élitiste. Ils la considèrent plutôt comme historique. Ceux qui étudient la situation ont davantage de respect pour la Chambre des lords maintenant qu'ils n'en avaient lorsqu'elle était totalement héréditaire. Cette hérédité totale ne cadrerait pas avec notre époque. Je ne pense pas que la plupart des gens bien informés considèrent la Chambre des lords comme une chambre de riches ou quelque chose du genre.

**Lord Howe d'Aberavon :** Il est également important de noter qu'on ne nous verse pas de salaire, mais que nous recevons quand même une indemnité de dépenses quotidienne pour nos frais de repas, d'hébergement et de déplacement quand nous venons à Londres. Cela permet de combler l'écart, mais ça ne permet tout de même évidemment pas aux jeunes gens de considérer cela comme une carrière. Cela peut être considéré comme un avantage, mais c'est un peu excessif, car nous avons tous largement dépassé cette étape.

**Lord Tyler :** J'aimerais simplement ajouter, sénateur, que la baronne Deech a tout à fait raison. La Chambre des lords n'est pas tant élitiste qu'elle choisit le type de personnes qui peuvent en faire partie. J'ai mentionné plus tôt que seulement 480 membres sur 740 étaient présents pour un vote absolument essentiel pour l'avenir de la Chambre.

**Le sénateur Bryden :** Y a-t-il un âge minimal pour devenir membre de la Chambre des lords?

**Lord Howe d'Aberavon :** Pas que je sache.

**Lord Tyler :** Non.

**La baronne Deech :** C'est peut-être 21 ans, mais je n'en suis pas certaine. Avons-nous déjà eu des membres dans la trentaine? Peut-être. Des membres héréditaires, oui, mais la moyenne d'âge actuelle est de 68 ans, comme l'a mentionné Lord Tyler. Nous pourrions l'abaisser quelque peu, je crois.

**Le sénateur Bryden :** À notre Sénat, l'âge minimal est de 30 ans, et l'âge maximal de 75 ans. Il n'y avait auparavant pas d'âge maximal, mais cela a été changé il y a quelques années.

Si nous devons en arriver à un mandat de durée déterminée, devrions-nous aussi conserver l'âge maximal de 75 ans? Si le mandat était de 15 ans, une personne ne pourrait être nommée pour un tel mandat si elle dépassait cet âge avant la fin de son mandat?

**Lord Howe of Aberavon:** I would speak with prejudice on that. I think that if someone aged 55 is appointed, he ought to be allowed to run to age 80. I think there should be a certain degree of discretion.

**Lord Tyler:** I would agree with that. We all know people of 75 or 80 years who have the mental capacity, and the contribution that they can make is as good as 60-year-olds or 40-year-olds. It is not the age that is important; it is the quality of the contribution.

In the House of Lords, we have gone to rather an opposite extreme. We now have a lot of ex-experts, people who were expert but have only been able to take up appointment in the House of Lords when they ceased being involved in whatever walk of life they were experts in.

**Lord Howe of Aberavon:** There is an increasingly exclusive pattern of person being elected to the House of Commons. The House of Commons has become increasingly dominated by the professional politician. When I was there, 30 years ago, becoming Solicitor General in the Heath Government, I was one of many well-qualified lawyers in the Commons competing for that job. Today you find very few people in the Commons following an independent profession. They have largely become professional politicians, but that is not intrinsically very satisfactory.

**Senator Grafstein:** Welcome, Lords and Baroness. You have used the words “tyranny,” “tyranny of the whips,” “elected dictatorship,” “reform,” and “legitimacy.” My question concerns power. Parliament — the Lords in our country — is one where the House of Commons and the Senate is considered Parliament. The question is the allocation of power. You have all said that there has to be a rule of law and checks and balances against the executive. We all agree with that.

Have there been any reforms of power in the House of Lords? If there was a reformed Lords — whatever “reformed Lords” means, other than the appointment process — would that change the allocation of power within the House of Lords as it relates to the House of Commons or to the executive?

**Lord Howe of Aberavon:** That has been considered pretty closely, jointly by both Houses quite recently. It is agreed, I think at the moment, that the conventions regulating power should not be changed. It is also agreed, however, that if there were to be a change in the structure of the House of Lords, then the question might arise as to whether those powers should be adjusted.

At the present time, the crucial power equation is this: The executive and the Commons are very closely related to each other in the sense that the Commons can get rid of the executive; they can defeat the government, as we did in 1979. On the other hand, the executive can dissolve the Commons. The relations between the Lords and the executive is quite different. We cannot get rid of them and they cannot get rid of us, which in a way gives us a

**Lord Howe d’Aberavon :** J’aurais tendance à m’opposer à une telle idée. Je crois que si la candidature d’une personne âgée de 55 ans est retenue, cette dernière devrait pouvoir demeurer en poste jusqu’à l’âge de 80 ans. Je crois qu’il devrait pouvoir y avoir une certaine souplesse.

**Lord Tyler :** Je suis d’accord. Nous connaissons tous des personnes âgées de 75 ou 80 ans qui en ont la capacité mentale, et elles peuvent contribuer tout autant qu’une personne de 60 ans ou de 40 ans. Ce n’est pas l’âge qui compte, mais plutôt la qualité de la contribution.

À la Chambre des lords, nous avons pour ainsi dire atteint une extrémité du balancier. Nous avons maintenant un grand nombre d’anciens experts, des gens qui étaient des experts dans leur domaine mais qui n’ont pu obtenir une nomination à la Chambre des lords qu’après avoir terminé leur vie active dans leur domaine respectif.

**Lord Howe d’Aberavon :** Il se détache une tendance de plus en plus nette à la Chambre des communes au sujet des personnes qui y sont élues. La Chambre des communes est de plus en plus dominée par des politiciens professionnels. Quand j’y étais, il y a 30 ans, et que je suis devenu solliciteur général pour le gouvernement Heath, j’étais l’un des nombreux avocats qualifiés de la Chambre des communes en compétition pour ce poste. Aujourd’hui, très peu de députés ont une autre profession. Ils sont devenus en grande partie des politiciens professionnels, ce qui n’est pas en soi très satisfaisant.

**Le sénateur Grafstein :** Bienvenue, vos Seigneuries et madame la baronne. Vous avez utilisé les mots « tyrannie » « tyrannie des whips », « dictature élue », « réforme » et « légitimité ». Ma question concerne le pouvoir. Le Parlement est composé de la Chambre des communes et du Sénat. La question est la répartition des pouvoirs. Vous avez tous dit qu’il doit y avoir une primauté du droit ainsi qu’un système de poids et contrepois pour contrebalancer le pouvoir exécutif. Nous sommes tous d’accord sur ce point.

Y a-t-il eu des réformes du pouvoir à la Chambre des lords? S’il y avait une chambre réformée, peu importe la signification de « réformée », autrement que sur le plan des nominations, est-ce que cela changerait la répartition des pouvoirs à la Chambre des lords par rapport à la Chambre des communes ou au pouvoir exécutif?

**Lord Howe d’Aberavon :** Cela a récemment fait l’objet d’une étude approfondie menée par les deux Chambres. Je crois qu’on s’entend actuellement pour dire qu’il ne faudrait pas changer les règles concernant les pouvoirs. Toutefois, on s’entend aussi pour dire que s’il devait y avoir un changement dans la structure de la Chambre des lords, il faudrait peut-être alors remettre en question la répartition des pouvoirs.

Pour l’instant, l’équilibre essentiel du pouvoir est établi ainsi : le pouvoir exécutif et la Chambre des communes sont très étroitement liés, en ce sens que les communes peuvent se débarrasser du pouvoir exécutif et défaire le gouvernement, comme ce fut le cas en 1979. D’autre part, le pouvoir exécutif peut dissoudre les communes. Les liens entre les lords et le pouvoir exécutif est bien différent. Nous ne pouvons pas nous débarrasser

higher degree of power because of that independence. The real power equation is in the Commons. In their take, it is a rather attractive structure.

**Lord Tyler:** I sat on the joint committee of members of Parliament and peers to which Lord Howe has just referred. It is important just to mention that the reason that committee was originally set up, with the remit it was given by the government, was that the government wanted to clip the wings of the House of Lords. It wanted to restrict and codify precisely what the Lords were able to do before any reform of its composition. What was so fascinating about that exercise, as we went through it, and as you will know from your work on your committees, is how such an independent party came to a collective and unanimous view that there was no point in having a second chamber if its wings were clipped; if it could not occasionally say no to the government of the day, if it were not, as in the phrase your chair used just now, a chamber of sober second thought, then there was no point in having it. Unanimously, members of all parties and of none from both Houses came to the view that we should retain the freedom of movement and the flexibility that we have at present, and that it would be wrong to try and codify very precisely the room for manoeuvre that the House of Lords had. That report was passed and accepted by both Houses.

Therefore, in a sense, we have bedrock from which we work, but Lord Howe is absolutely right. If over the next five or 10 years there was a change in the composition of the second chamber, then clearly we would have to review that situation.

**Baroness Deech:** One of the peculiar things about the vote of our House of Commons three weeks ago that the House of Lords should be elected was that they seemed not to see that this would be inevitably setting up an upper house with far more power. The whole argument is about democracy and legitimacy, not that I agree with the way those words are being used, but if you follow through the House of Commons vote, then the House of Lords, if it were elected, would have to have more power. After all, their constituents would have put them there. What is the point of being elected if all you can do is advise and give advice? There would have to be more power. That would have to mean a revision of the balance of powers between our two Houses. It would have to mean a revision of the Parliament Act of 1911, and I believe it would lead, inevitably, to our having a written Constitution. I am not sure whether that is a good idea or not, but with election, with short tenure, would have to come more power. Otherwise, what is the point?

**Lord Tyler:** If I may say so, it is not a zero sum game. The point was made in both Houses that to make the two Houses more powerful in respect to their responsibility in holding the government to account, working in partnership rather than competitively does not necessarily mean any diminution in the

d'eux et ils ne peuvent se débarrasser de nous, ce qui en un sens nous procure un pouvoir plus élevé en raison de cette indépendance. La véritable balance du pouvoir se trouve aux Communes. De leur point de vue, il s'agit d'une structure plutôt attrayante.

**Lord Tyler :** J'ai fait partie du comité mixte de députés et de lords auquel Lord Howe vient de faire allusion. Il est important de noter que la raison pour laquelle ce comité a été créé, compte tenu du mandat qui lui avait été donné par le gouvernement, était de couper les ailes à la Chambre des lords. Le gouvernement voulait restreindre et codifier avec précision ce que les lords pouvaient faire avant toute réforme de son cru. Ce qui a été fascinant avec cet exercice, à mesure que nous progressions, tout comme vous le constaterez d'après les travaux de vos propres comités, c'est que ce groupe indépendant en soit venu à la conclusion collective et unanime qu'il était inutile d'avoir une seconde Chambre si ses ailes étaient coupées, si elle ne pouvait à l'occasion dire non au gouvernement, si elle ne pouvait être, comme vient de le dire votre président, un lieu de second examen modéré. C'est à l'unanimité que les membres des deux Chambres de ce comité, qu'ils fassent partie d'un parti ou non, en sont venus à la conclusion que nous devrions conserver la liberté de mouvement et la souplesse dont nous bénéficions actuellement, et qu'il serait mauvais de tenter de codifier avec précision la marge de manoeuvre de la Chambre des lords. Ce rapport a été présenté et adopté par les deux Chambres.

C'est pourquoi, d'une certaine façon, nous disposons d'une assise solide à partir de laquelle travailler, mais Lord Howe a tout à fait raison. Si, au cours des cinq ou dix prochaines années, il devait y avoir un changement dans la composition de la seconde Chambre, il est clair que nous devrions alors revoir la situation.

**La baronne Deech :** Un élément bizarre concernant le vote qui s'est tenu à notre Chambre des communes il y a trois semaines au sujet de l'élection des lords est le fait que les communes ne semblent pas avoir vu que cela donnerait inévitablement plus de pouvoir à la Chambre haute. Toute cette affaire porte sur la démocratie et la légitimité. Non pas que je sois d'accord avec la façon dont on utilise ces mots, mais si vous suivez le raisonnement du vote des communes, si les lords étaient élus, ils bénéficieraient alors d'un pouvoir beaucoup plus grand. Après tout, ils seraient là grâce aux électeurs. À quoi sert d'être élu si tout ce que vous pouvez faire c'est recommander et donner des conseils? Il devrait y avoir davantage de pouvoirs. Cela signifierait une révision de l'équilibre des pouvoirs entre nos deux Chambres. Cela voudrait dire une modification de la Parliament Act de 1911, et je crois que cela mènerait inévitablement à une Constitution écrite. Je ne suis pas certaine si ce serait là une bonne idée ou non, mais des élections et un mandat court devraient être accompagnés de plus de pouvoirs, sinon à quoi bon?

**Lord Tyler :** Si je puis me permettre, ce n'est pas un jeu à somme nulle. Il a été clair dans les deux Chambres qu'afin d'accorder davantage de pouvoirs aux deux Chambres quant à leur capacité à tenir le gouvernement responsable, le partenariat plutôt que la concurrence ne signifie pas nécessairement une



influence, power and responsibility of the House of Commons. It just means that Parliament is more effective in holding the government to account as a whole.

**The Chairman:** Thank you. My Lords, I know you must go to a vote. We were told that we would be able to hear your bells ringing. Have they started to ring? Has the vote been called, or do you have time for another question or two?

**Lord Howe of Aberavon:** I think the vote is getting nearer.

**Lord Tyler:** The minister is speaking, so there will be a vote very shortly.

**Baroness Deech:** In a few minutes, we think.

**The Chairman:** I would think that, in view of the fact you have to go, I would like to say, on behalf of our Senate committee here in Canada, that I thank the three of you very sincerely for the excellence of your presentations and for the way in which you have responded to the questions put by honourable senators. The responses that you have given to the questions have really touched on all of the material aspects of our issue of tenure that we wanted to hear, and I can assure you that your advice, your assistance and responses will be very useful to us as we continue our deliberations.

Thank you all very much. I hope that you get to your vote on time.

**Lord Tyler:** Thank you very much.

**Baroness Deech:** Thank you.

**Lord Howe of Aberavon:** We would like to thank you for the experience of being exposed to such interesting cross-examination.

**The Chairman:** Honourable senators, this committee meeting is now adjourned.

The committee adjourned.

---

OTTAWA, Wednesday, March 28, 2007

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure), met this day at 4:14 p.m. to give consideration to the bill.

**Senator Donald H. Oliver** (*Chairman*) in the chair.

**The Chairman:** Honourable senators, today we are continuing our study of Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure).

Bill S-4 contains a substantive clause that would amend section 29 of the Constitution Act. The amendment would replace the existing term of appointments for senators, which runs until retirement at age 75. The new term of appointment would be for eight years. Renewal is not precluded, so terms could be renewed.

baisse d'influence, de pouvoir et de responsabilité pour la Chambre des communes. Cela signifie simplement qu'il est plus facile pour le Parlement de tenir responsable le gouvernement dans son ensemble.

**Le président :** Merci. Vos Seigneuries, je sais que vous devez aller voter. On nous a dit que nous pourrions entendre votre sonnerie retentir. Est-ce le cas? Êtes-vous appelé pour le vote, ou avons-nous encore le temps de vous poser une ou deux questions?

**Lord Howe d'Aberavon :** Je crois que le moment du vote approche.

**Lord Tyler :** Le ministre parle, ce qui signifie que le vote aura lieu incessamment.

**La baronne Deech :** Dans quelques minutes, croyons-nous.

**Le président :** Je crois que, compte tenu du fait que vous devez aller voter, je dirai, au nom de notre comité ici, au Canada, que nous vous remercions tous trois très sincèrement pour l'excellence de vos témoignages et la façon dont vous avez répondu aux questions des honorables sénateurs. Les réponses fournies avaient trait à tous les aspects de notre problème de mandat, et je peux vous assurer que vos conseils, votre aide et vos réponses seront très utiles à la poursuite de nos délibérations.

Merci beaucoup à vous tous. J'espère que vous arriverez à temps pour voter.

**Lord Tyler :** Merci beaucoup.

**La baronne Deech :** Merci.

**Lord Howe d'Aberavon :** Nous souhaitons vous remercier d'avoir pu faire l'objet d'un contre-interrogatoire aussi intéressant.

**Le président :** Honorables sénateurs, la séance est maintenant levée.

La séance est levée.

---

OTTAWA, le mercredi 28 mars 2007

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles s'est réuni aujourd'hui à 16 h 14 pour examiner le projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs).

**Le sénateur Donald H. Oliver** (*président*) occupe le fauteuil.

**Le président :** Honorables sénateurs, nous poursuivons aujourd'hui notre examen du projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs).

Le projet de loi S-4 s'assortit d'une disposition de fond qui modifierait l'article 29 de la Loi constitutionnelle. Cette modification mènerait au remplacement du mandat actuel des sénateurs, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de 75 ans, par un nouveau mandat de huit ans. Le renouvellement n'est pas exclu, de sorte

Appointments would continue to be made by the Prime Minister, as they are today.

This bill was introduced in the Senate on May 30, 2006. A special committee was created by the Senate on June 21, 2006, to study the subject matter of the bill along with other issues of Senate reform. That committee heard 26 witnesses, many of them recognized experts on issues of Senate reform. Among these witnesses was the Prime Minister of Canada himself, who appeared on September 7, 2006, and described this bill as proposing “a modest but positive reform” for the Senate.

This committee begins its work with several notable advantages that are helping us to proceed expeditiously. We have been able to review the expert evidence given to the special committee, whose transcripts have been circulated to all honourable senators at my request. We have the benefit of the report of the special committee, which provides excellent background discussion and analysis relating to the reform issues raised by this bill.

This bill has now been before the Senate for 115 possible sitting days, stretching over nearly 11 months. A great deal of useful work has been done in this time. This committee has decided to use that work rather than duplicate it, so, with the exception of a few individuals, we will rely on the evidence provided by experts before the special committee rather than hearing them all over again.

We relied on that evidence and other work that has been done to narrow the scope of our inquiry to two essential issues still outstanding. The first of these is the constitutionality of the bill itself: Can Parliament amend the Constitution to create Senate terms without involving the provinces? The second is the eight-year term: Are renewable eight-year terms the best available option for the Senate?

Today, honourable senators, we are delighted to have four distinguished Canadians appear before us as one panel. We will hear all four presentations and then revert to questions.

I welcome to our panel Professor Jennifer Smith, Chair of the Department of Political Science at Dalhousie University. Dr. Smith has served on two electoral boundaries commissions, both federally and provincially, and worked on constitutional matters during the Meech Lake and Charlottetown constitutional rounds. Dr. Smith teaches Canadian and American government and politics. She writes on election procedures, constitutional questions and federalism.

Professor Alexandra Dobrowolsky is Chair of the Department of Political Science at Saint Mary's University. She teaches Canadian and comparative politics and women and politics. She was also awarded the Jill Vickers Prize from the Canadian Political Science Association in 2006 for a paper she wrote entitled “Social Exclusion and Changes to Citizenship: Women and Children, Minorities and Migrants in Britain.”

que le mandat peut être renouvelé. Les sénateurs continueraient d'être nommés par le premier ministre, comme c'est le cas à l'heure actuelle.

Ce projet de loi a été présenté au Sénat le 30 mai 2006. Un comité spécial, créé par le Sénat le 21 juin 2006, a été chargé d'examiner la teneur de ce projet de loi ainsi que d'autres enjeux touchant la réforme du Sénat. Ce comité a entendu 26 témoins, dont un grand nombre d'experts reconnus des questions liées à la réforme du Sénat. Le comité a également entendu le témoignage du premier ministre du Canada lui-même, le 7 septembre 2006; il a décrit ce projet de loi comme une « proposition de réforme modeste, mais positive » pour le Sénat.

D'entrée de jeu, notre comité jouit de plusieurs avantages importants qui vont nous aider à procéder rapidement. Nous avons eu la possibilité de passer en revue les témoignages d'experts fournis au comité spécial, car les transcriptions de ces témoignages ont été distribuées à tous les honorables sénateurs, à ma demande. En outre, le rapport du comité spécial jette d'excellentes bases de discussion et d'analyse concernant les enjeux de réforme soulevés par ce projet de loi.

Le Sénat est saisi de ce projet de loi depuis 115 jours de séance possible, sur une période de presque 11 mois. Or, beaucoup de travail utile a été effectué au cours de cette période. Notre comité a décidé de tirer profit de ce travail au lieu de le reproduire, de sorte que, à l'exception de quelques personnes, nous allons nous appuyer sur les témoignages d'experts devant le comité spécial au lieu de les inviter à répéter l'exercice devant nous.

À la lumière de ces témoignages et d'autres travaux effectués, nous avons limité la portée de notre enquête à deux questions essentielles toujours non résolues. La première concerne la constitutionnalité du projet de loi : le Parlement peut-il modifier la Constitution pour modifier le mandat des sénateurs sans consulter les provinces? La deuxième concerne le mandat de huit ans : est-ce que le mandat renouvelable de huit ans est la meilleure formule pour le Sénat?

Aujourd'hui, honorables sénateurs, nous avons le plaisir d'accueillir comme témoins quatre Canadiens distingués. Nous allons écouter les quatre exposés et passer ensuite aux questions.

Je souhaite la bienvenue à nos témoins. Mme Jennifer Smith est présidente du département de sciences politiques à l'Université Dalhousie. Mme Smith a siégé à deux commissions de délimitation des circonscriptions électorales, aux échelons fédéral et provincial, et a travaillé sur des questions constitutionnelles dans le cadre des négociations constitutionnelles du lac Meech et de Charlottetown. Dans ses cours, Mme Smith s'intéresse aux rouages du gouvernement et de la politique au Canada et aux États-Unis. Ses écrits portent sur la procédure électorale, les questions constitutionnelles et le fédéralisme.

Mme Alexandra Dobrowolsky est présidente du département de sciences politiques de l'Université Saint Mary's. Ses cours portent sur la politique canadienne, la politique comparative et les femmes et la politique. En outre, l'Association canadienne des sciences politiques lui a décerné en 2006 le prix Jill Vickers pour son article « Social Exclusion and Changes to Citizenship : Women and Children, Minorities and Migrants in Britain. »

Professor Emeritus Dr. Alan Cairns is considered to be one of the most influential Canadian social scientists of the contemporary era. He has written extensively on a wide range of topics in Canadian politics, from the electoral system and federalism, to constitutional and charter politics, to questions of Aboriginal citizenship. His most famous piece of writing on Canadian politics may be his 1971 article, "The Judicial Committee and Its Critics," which discusses judicial activism in Canada. It is often listed as one of the most cited academic documents regarding Canadian politics. Dr. Cairns has appeared numerous times before parliamentary committees, and we are delighted to have him here with us as well.

Dr. Richard Simeon is a Professor of Political Science and Law at the University of Toronto. Dr. Simeon's contributions to public service include Research Coordinator, Institutions of Federalism, with the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada; Vice-Chair of the Ontario Law Reform Commission; and adviser to Ontario governments on constitutional and intergovernmental matters. His research and writing has focused on Canadian politics and public policy, with a special emphasis on federalism, the Constitution and intergovernmental relations. More recently, he has explored broader issues in contemporary governance both in Canada and comparatively. His current work focuses on federalism, democracy and constitutionalism in divided societies.

I extend a warm welcome to all four of you. We look forward to hearing your presentations. I would like to begin with Dr. Jennifer Smith, who has to leave early.

**Jennifer Smith, Chair, Department of Political Science, Dalhousie University:** I appreciate the invitation to be here, and I am sorry I will have to leave at 5:15 because I have to catch a plane back to Halifax.

I have read the transcripts of the meetings that you have had, and I have learned a lot from them. I was not even sure there was any point in my coming today, because what could I add to this debate? The high quality of the debate is impressive. At any rate, I feel privileged to be here and to be a part of it and to add my two cents worth.

I did send some copies of the remarks I will make and I will try to move as quickly as I can.

I make the first two obvious points. The first is that the Senate was conceived largely as an upper house in a parliamentary system modeled after the British system; it was expected to act as a house of sober second thought and it does.

There was always a second function adverted to in the Confederation debates, namely, the federal function of representing regional and provincial interests. The interesting

M. Alan Cairns, professeur émérite, est considéré par ses contemporains comme l'un des chercheurs canadiens les plus influents dans le domaine des sciences sociales. Il a beaucoup écrit sur un large éventail de sujets touchant la politique canadienne, du système électoral jusqu'au fédéralisme, en passant par les enjeux liés à la Constitution et à la Charte et les questions touchant la citoyenneté autochtone. Il a publié en 1971 « The Judicial Committee and Its Critics », article sur le militantisme judiciaire au Canada qui a fait époque sur la scène politique canadienne. On mentionne souvent que cet article figure parmi les documents universitaires les plus cités en ce qui concerne la politique canadienne. M. Cairns a témoigné à de nombreuses reprises devant les comités parlementaires, et nous sommes ravis de le compter parmi nous.

M. Richard Simeon est professeur de sciences politiques et de droit à l'Université de Toronto. M. Simeon a exercé plusieurs fonctions au sein de la fonction publique, y compris celle de coordonnateur de recherche sur les institutions fédérales à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, de vice-président de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, et de conseiller auprès des administrations ontariennes en matières constitutionnelles et intergouvernementales. Ses recherches et ses écrits portent sur l'activité politique et sur les politiques publiques au Canada, en particulier le fédéralisme, la Constitution et les relations intergouvernementales. Ses travaux plus récents concernent des questions plus larges de gouvernance contemporaine au Canada et en comparaison avec d'autres pays. Il étudie actuellement le fédéralisme, la démocratie et le constitutionnalisme dans les sociétés divisées.

Soyez les bienvenus parmi nous. Nous avons hâte d'entendre vos exposés. J'aimerais commencer par Mme Jennifer Smith, qui doit nous quitter plus tôt.

**Jennifer Smith, présidente, Département de science politique, Université Dalhousie :** Je vous remercie de l'invitation à témoigner, et je m'excuse de devoir vous quitter à 17 h 15, car je dois prendre l'avion pour retourner à Halifax.

J'ai lu les transcriptions des séances que vous avez tenues, et elles m'ont beaucoup appris. Je n'étais même pas convaincue de la pertinence de mon témoignage aujourd'hui, car je me demandais bien ce que je pourrais ajouter à ce débat. La qualité du débat est impressionnante. Qu'à cela ne tienne, je me sens privilégiée d'être ici et de pouvoir participer à la démarche et y mettre du mien.

Je vous ai acheminé des copies des remarques que je vais formuler, et je vais essayer de les présenter le plus rapidement possible.

Tout d'abord, deux évidences : premièrement, le Sénat visait principalement à servir de Chambre haute dans un régime parlementaire inspiré du régime britannique; on s'attendait à ce qu'il serve de Chambre de second examen objectif, et c'est ce qu'il fait.

Deuxièmement, il y a une fonction à laquelle on a toujours fait allusion dans le cadre des débats entourant la Confédération, soit la fonction fédérale de représentation des intérêts régionaux et

compromise of regional representation instead of equal provincial representation may weaken the federal function but it does not eliminate it.

Does the change to an eight-year appointment by the Prime Minister, renewable, engage the function of sober second thought? My answer is yes, it does, because it diminishes the independence of the appointee. Why? Because the appointee might want another crack at the wicket.

In his testimony, the Prime Minister dismissed the idea that renewability inhibits independence and said that partisanship is the key driver of behaviour. With respect, there are partisans and there are partisans. The recent committee chairs episode, at least as reported by the press, along with common sense, ought to put paid to his argument.

In his testimony, Mr. Newman suggested that there are different grades of independence. In fact, in the institutions of high politics, that is not so. Institutionally, independence on the part of appointed political figures is secured only by long tenure, non-renewability, difficulty of removal from office and safe salaries. The fact that there are limited-term officials whose positions are set out in great detail in statutes is neither here nor there.

Does the change to an eight-year appointment by the Prime Minister, renewable, engage the function of federal representation? Yes, because the appointee's independence is compromised by the prospect of the renewable appointment.

Because the eight-year, renewable appointment engages both the functions of sober second thought and federal representation, does it engage the character of the Senate as established at Confederation? Yes, it does, for the reasons already offered.

Do the changes proposed require a constitutional amendment under section 42(1)(b) on the powers of the Senate and the method of selecting senators? The answer depends on whether you think changing the functions of the Senate, in the way I have suggested, amounts to changing its power. If renewability affects negatively the exercise of sober second thought and federal representation, as I think it does, then it also implicates the power to do so.

If there is doubt on this score, an obvious option is to refer the proposed legislation to the Supreme Court of Canada to discover the answer.

On election, there are two things I can say. First, there is nothing in the bill about it, so it is impossible to deal intelligently with the proposed change in the light of nothing more than the current government's proclaimed intention to set up elections, even in the face of possible provincial opposition to them.

provinciaux. Le compromis intéressant dans le cadre duquel on a substitué la représentation régionale à la représentation égale des provinces affaiblit peut-être la fonction fédérale, mais il ne l'élimine pas.

Est-ce que le passage à un mandat renouvelable de huit ans pour les sénateurs, nommés par le premier ministre, étouffe la fonction de second examen objectif? J'estime que c'est le cas, car il réduit l'indépendance de la personne nommée. Pourquoi? Parce que la personne nommée voudra peut-être faire renouveler son mandat.

Dans son témoignage, le premier ministre a rejeté l'idée selon laquelle la renouvelabilité inhibe l'indépendance et a déclaré que la partisanerie est le principal facteur qui influe sur le comportement. Avec le respect que je lui dois, la partisanerie a ses degrés. L'épisode récent concernant les présidents des comités, du moins, d'après ce qu'en a dit la presse, ainsi que le gros bon sens, devraient réfuter son raisonnement.

Dans son témoignage, M. Newman a laissé entendre qu'il y a divers degrés d'indépendance. De fait, pour ce qui est des institutions politiques supérieures, ce n'est pas le cas. Dans ces institutions, l'indépendance des personnages politiques nommés tient uniquement à la durée du mandat, à la non-renouvelabilité, à la difficulté de destituer une personne et à la sécurité salariale. Qu'il y ait des représentants à mandat limité dont les fonctions sont décrites avec force détail dans les lois est sans importance.

Est-ce que le passage à un mandat renouvelable de huit ans, sur nomination par le premier ministre, étouffe la fonction de représentation fédérale? Oui, car l'indépendance de la personne nommée est compromise par la perspective d'un mandat renouvelable.

Puisque le mandat renouvelable de huit ans étouffe les fonctions de second examen objectif et de représentation fédérale, peut-on faire valoir qu'il dénature le Sénat envisagé à l'époque de la Confédération? Oui, pour les raisons déjà présentées.

Les changements proposés exigent-ils une modification constitutionnelle, en vertu de l'alinéa 42(1)b), des pouvoirs du Sénat et du mode de sélection des sénateurs? Eh bien, tout dépend si vous êtes d'avis que le fait de changer les fonctions du Sénat, de la façon que je vous ai décrite, correspond à changer ses pouvoirs. Si la renouvelabilité mine l'exercice des fonctions de second examen objectif et de représentation fédérale — et je crois que c'est le cas — alors, elle influe également sur le pouvoir d'exercer ces fonctions.

S'il y a des doutes sur cette question, on peut évidemment inviter la Cour suprême du Canada à examiner le projet de loi et à trancher.

Concernant l'élection, il y a deux choses que je peux dire. Premièrement, le projet de loi ne contient aucune disposition portant sur cette question, de sorte qu'il est impossible d'examiner intelligemment le changement proposé à la lumière uniquement de l'intention proclamée du gouvernement actuel de tenir des élections, malgré l'opposition éventuelle des provinces à une telle démarche.

Second, the sponsors of the bill, including the Prime Minister, argue that it is an important precursor to the democratization of the Senate through the election of senators. They argue the falling-domino theory that once limited, but renewable, terms are in place, election is sure to follow. That is possible, particularly if the Prime Minister decides to appoint individuals who run and win in a Senate election event.

However, there is one nagging thought. Once a prime minister has been handed the opportunity to appoint senators for a limited, but renewable eight-year term, he might come to appreciate not only the opportunities of making these appointments to reward his supporters, but, as well, the effect of the renewability carrot.

I ask you, why would this encourage any prime minister to face down provincial opposition, on any number of grounds, to a proposal to appoint only senators who have been «elected»? Why would it encourage him to slog his way through the Canadian amending formula in order to get an amendment to elect senators? Arguably, this bill is not a step toward election. It could be a step back from election.

**Alexandra Dobrowolsky, Chair, Department of Political Science, Saint Mary's University:** I prepared a sheet summarizing my key points in response to the three questions you have asked us to consider, so I will expand on these points in the time I have today.

Bill S-4 is a seemingly incremental change; but, as you know, it is one that is part of a bolder move to clear a path for constitutional reform, with the intention of ultimately producing an elected Senate.

Whether this government can proceed, even at this early stage, without provincial involvement — let alone broader input from Aboriginal people, women, racial and ethnic minorities — is in question. While this bill may be consistent with formal constitutional amending procedures and may be legally enforceable, I believe it runs contrary to constitutional conventions and current practices of constitutional change. Put differently, while it may conform to legal norms, I do not believe it is legitimate politically.

As you know, a comparable amendment was instituted in 1965 when senators' retirement at age 75 was mandated; and that was done without provincial consent. However, this was the mid-1960s, not the late 2000s, and times, as well as constitutionally appropriate political processes, have changed. In the intervening years between 1965 and 2006, various developments, from Supreme Court reference cases to our constitutional experiences of the 1980s and 1990s, make the current government's actions more contested and contestable.

Deuxièmement, les parrains du projet de loi, y compris le premier ministre, font valoir qu'il est un important précurseur de la démocratisation du Sénat par l'élection de sénateurs. Ils avancent que la création de mandat renouvelable à durée limitée aura un effet d'entraînement et mènera forcément à un processus électoral. C'est bien possible, surtout si le premier ministre décide de nommer des personnes qui briguent les suffrages et obtiennent un siège au Sénat dans le cadre d'une élection.

Mais je n'arrive pas à me défaire de l'idée selon laquelle un premier ministre à qui l'on accorde l'occasion de nommer des sénateurs pour un mandat renouvelable de huit ans en viendra peut-être à percevoir cela comme l'occasion non seulement de récompenser ses partisans, mais aussi de tirer profit de la carotte de leur renouvelabilité.

Je vous pose donc la question suivante : en quoi un premier ministre serait-il encouragé à rallier les provinces, pour quelque raison que ce soit, à une proposition consistant à nommer uniquement des sénateurs qui ont été « élus »? En quoi serait-il encouragé à déployer tous les efforts nécessaires pour appliquer la formule de modification en vue d'obtenir une modification relative à l'élection des sénateurs? On pourrait faire valoir que ce projet de loi ne constitue pas un progrès vers l'élection. Il pourrait plutôt s'agir d'un recul.

**Alexandra Dobrowolsky, présidente, Département de science politique, Université Saint Mary's :** J'ai préparé une feuille qui résume mes principaux arguments en réponse aux trois questions que vous nous avez demandé d'examiner, alors je vais consacrer le temps qui m'est alloué aujourd'hui à fournir des précisions sur ces points.

Le projet de loi S-4 apporterait un changement en apparence marginal, mais, comme vous le savez, il s'inscrit dans une démarche plus ambitieuse visant à ouvrir la voie à une réforme constitutionnelle ayant pour but ultime la création d'un Sénat élu.

Il y a lieu de s'interroger sur la capacité du gouvernement d'amorcer cette démarche, même au stade initial, sans faire participer les provinces — sans parler de la consultation élargie auprès des peuples autochtones, des femmes et des minorités ethniques et raciales. Ce projet de loi est peut-être conforme à la procédure officielle de révision constitutionnelle et il pourrait avoir force exécutoire, mais je crois qu'il va à l'encontre des conventions constitutionnelles et des pratiques actuelles en matière de révision constitutionnelle. Autrement dit, même s'il est conforme aux normes juridiques, je ne crois pas que ce projet de loi soit légitime sur le plan politique.

Vous n'êtes pas sans savoir qu'une modification comparable a été apportée en 1965 en vue de fixer l'âge de la retraite des sénateurs à 75 ans; cette modification a été apportée sans le consentement des provinces. Toutefois, le milieu des années 1960 n'a rien à voir avec la fin des années 2000, et les temps, ainsi que les mécanismes politiques appropriés sur le plan constitutionnel, ont changé. Dans l'intervalle, entre 1965 et 2006, divers faits nouveaux, des arrêts de la Cour suprême jusqu'à nos expériences constitutionnelles des années 1980 et 1990, rendent la démarche du gouvernement actuel d'autant plus contestée et contestable.

**The Chairman:** Excuse me for one moment. What you are saying in English is being translated and you are going too quickly. I will not cut you off, but please slow down.

**Ms. Dobrowolsky:** The 1981 *Patriation Reference* and, more directly applicable, 1980 *Upper House Reference* both decried unilateral action. The latter even called for the preservation of rights of minorities.

While the court here was alluding to provinces, given our contemporary context, we can also consider its broader implications vis-à-vis minorities, ranging from Aboriginal peoples and racial and ethnic minorities to majorities treated like minorities — for example, women. Overall, this 1980 *Upper House Reference* does cast doubt on the legitimacy of Parliament's proceeding unilaterally.

What is more, events of the 1980s and 1990s also suggest a preference for unanimity over unilateralism. For example, even though the Constitution Act, 1982, calls for a 7-50 approval for some changes to the Senate, this was upped under the Meech Lake Accord to include unanimous approval and echoed in the Charlottetown Agreement.

At the same time, so-called "Charter Canadians" now have a stake in the Charter, and thus the Constitution is no longer just about federalism and governments. This was clearly apparent when women's groups, Aboriginal groups and other equality seekers challenged the closed-door executive federalist negotiations and outcome of the Quebec round culminating in the Meech Lake Accord. These and other equality seekers also helped to open up the consultation process to ordinary Canadians in the so-called Canada round that resulted in the Charlottetown Agreement.

Representatives of women's groups, for example, were quite influential in the constitutional conferences set up by Joe Clark prior to the Charlottetown Agreement, garnering public support and the support of some provincial governments for the idea of a 50/50 male/female Senate and broadening the meaning of equality when discussing a new Senate, which was embraced by the Calgary conference. The Charlottetown Agreement subsequently opened the door to a possible gender quota system, special measures to provide for equal representation of male and female persons. The main point here, however, relates to the need for wider consultation.

As one legal expert observed in relation to the defeat of the Charlottetown Agreement, "No amount of public consultation guarantees the success of proposals to amend the Constitution. However, it is probably safe to assume that an absence of public consultation does guarantee failure." It is also important to keep in mind that the Supreme Court, in the 1998 *Quebec Succession Reference* case, states that only federalism but also respect for

**Le président :** Excusez-moi un instant. Ce que vous dites en anglais est traduit, et vous allez trop vite. Je ne vais pas vous interrompre, mais je vous prie de parler moins vite.

**Mme Dobrowolsky :** Le renvoi de 1981 relatif au rapatriement de la Constitution ainsi que le renvoi de 1980 relatif à la Chambre haute, d'application plus directe, décrient tous deux l'action unilatérale. Le deuxième s'assortit même d'un appel à la protection des droits des minorités.

Même si, en l'espèce, le tribunal faisait allusion aux provinces, nous pouvons également, vu le contexte actuel, tenir compte de l'incidence générale sur les minorités, des peuples autochtones et des minorités ethniques et raciales jusqu'aux majorités traitées comme des minorités, par exemple, les femmes. Dans l'ensemble, ce renvoi de 1980 relatif à la Chambre haute met en doute la légitimité d'une démarche unilatérale du Parlement.

Qui plus est, les événements survenus pendant les années 1980 et 1990 laissent croire également à une préférence pour l'unanimité sur l'unilatéralisme. Par exemple, même si la Loi constitutionnelle de 1982 soumet l'approbation de certains changements au Sénat à la règle des 7/50, alors que, dans les accords du lac Meech et de Charlottetown, il est plutôt question d'approbation unanime.

Parallèlement, les Canadiens dits « de la Charte » sont maintenant concernés par la Charte, de sorte que la Constitution n'est plus seulement affaire de fédéralisme et de gouvernements. Cette réalité s'est manifestée clairement lorsque des groupes de femmes, des groupes d'Autochtones et d'autres groupes qui revendiquent l'égalité ont contesté les négociations à huis clos des organes exécutifs et les résultats de la ronde du Québec qui a mené à l'Accord du lac Meech. Ces groupes et d'autres groupes qui revendiquent l'égalité ont également aidé à ouvrir le processus de consultation aux Canadiens ordinaires dans le cadre de la « Canada round » qui a mené à l'Entente de Charlottetown.

Les représentantes de groupes de femmes, par exemple, ont exercé beaucoup d'influence à l'occasion des conférences constitutionnelles organisées par Joe Clark avant la conclusion de l'Entente de Charlottetown, et ont gagné l'appui du public et de certains gouvernements provinciaux à l'égard de l'idée d'un Sénat composé à parts égales d'hommes et de femmes et de l'élargissement de la notion d'égalité dans le cadre des discussions sur le renouvellement du Sénat, principes acceptés par les participants à la conférence de Calgary. L'Entente de Charlottetown a ensuite ouvert la voie à l'établissement éventuel d'un système de quotas, de mesures spéciales favorisant la représentation équitable des hommes et des femmes. Toutefois, il est surtout question du besoin de tenir des consultations élargies.

Comme l'a fait remarquer un expert juridique après l'échec de l'Entente de Charlottetown : « La consultation publique, si vaste soit-elle, ne saurait garantir le succès de propositions visant à modifier la Constitution. Toutefois, on peut probablement supposer que l'absence de consultations publiques en garantit l'échec. » Il importe également de ne pas perdre de vue que la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* en

individuals and minorities are part of Canada's defining features. This also underscores the need to open up the process not only to territorial input but also to non-territorial scrutiny. In short, legal precedent and constitutional norms and practices in recent decades suggest broader consultation is necessary. This should involve not only first ministers but also First Nations and other non-territorial actors.

Since the 1965 amendment there have been various recommendations to change the length of senators' tenure. I will not detail those because I am sure you have heard these recommendations before and you know them.

I will cut to the chase and express my view on the matter. As to the appropriateness of the length of tenure, the question should be asked whether a change fundamentally will alter the nature of the Senate as a whole. Conceivably, shorter terms can serve to reinvigorate the Senate. There is also the potential to have more diverse senators and representation of non-territorial, not just territorial, identities. However, this still depends upon a prime minister's agenda. If a prime minister chooses to appoint more women, more racial and ethnic minorities and Aboriginal people, then shorter terms can produce a different Senate. However, the opposite can also be the case. Recent experiences in relation to Prime Minister Harper's judicial appointments are revealing. Here, ideological conformity rather than diversity has been a prime concern. Senators are akin to judges in that they are appointed, not elected, and senators play a role akin to that of judicial review as the Senate acts as a watchdog over the House of Commons and the government. This oversight might be compromised with eight-year term appointments because there is conceivably more power concentrated in the hands of one prime minister. This opens the door to more partisanship, less independence and, thus, a Senate that plays less of a watchdog role. Moreover, with higher turnover, senators might lack institutional memory and this might detract from the Senate's key role of being the chamber of sober second thought.

Therefore, I would not be in favour of a term shorter than eight years. There is some basis to the argument that a longer term is desirable, that a nine-year or 10-year non-renewable term is preferable because, if renewable, individuals might operate strategically to ensure their renewal. Above all, the goal in my view is to achieve better representation for marginalized groups.

Finally, with respect to the regional question, obviously the principle of regional equality was established in 1867. The Confederation compromise came with the Senate's main function to be that of regional representation. While this is the

1998, déclare que, à l'instar du fédéralisme, le respect des personnes et des minorités font partie des caractéristiques qui définissent le Canada. De plus, cela met en relief la nécessité d'ouvrir le processus non seulement à la participation territoriale, mais aussi à l'examen non territorial. En somme, la jurisprudence et les normes et pratiques constitutionnelles des dernières décennies donnent à penser qu'une consultation élargie s'impose. Cette consultation devrait supposer la participation non seulement des premiers ministres, mais aussi des Premières nations et d'autres intervenants non territoriaux.

Depuis la modification de 1965, on a formulé diverses recommandations visant à modifier la durée du mandat des sénateurs. Je vous fais grâce de la description de ces recommandations, car je suis certaine que vous les avez déjà entendues, et que vous les connaissez.

Je vais donc passer à l'essentiel et vous présenter mon point de vue sur la question. Lorsqu'il s'agit de déterminer si la durée du mandat est appropriée, il faut se demander si un changement modifierait de façon fondamentale la nature globale du Sénat. Il est fort possible que des mandats plus courts permettent de revigorer le Sénat. Cela pourrait également ouvrir la voie à une diversification accrue du Sénat et à la représentation de groupes identitaires non territoriaux. Par contre, cela dépend toujours des intentions du premier ministre. Si un premier ministre choisit de nommer un plus grand nombre de femmes et de représentants de minorités ethniques et raciales et de peuples autochtones, alors un mandat plus court peut produire un Sénat différent. Mais il est tout aussi possible que le contraire se produise. Il suffit de se pencher sur les récentes nominations à la magistrature du premier ministre Harper, qui sont très révélatrices. Dans ce cas, c'est non pas la diversité, mais bien la conformité idéologique qui l'emporte. Les sénateurs ressemblent aux juges dans la mesure où ils sont nommés — pas élus —, et les sénateurs jouent un rôle semblable à la fonction d'examen judiciaire, dans la mesure où le Sénat est chargé de surveiller la Chambre des communes et le gouvernement. Cette fonction de surveillance pourrait être affaiblie par le mandat de huit ans, car on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que cela confère un pouvoir accru au premier ministre. Cela ouvre la voie à un accroissement du favoritisme, à une réduction de l'indépendance et, par conséquent, à une baisse de l'efficacité du Sénat dans son rôle de surveillance. De plus, un roulement plus élevé pourrait mener à la perte de mémoire institutionnelle et miner les efforts du Sénat pour exercer sa fonction clé de second examen objectif.

Par conséquent, je ne suis pas en faveur de l'adoption d'un mandat inférieur à huit ans. Certaines preuves donnent à penser qu'un mandat plus long est souhaitable, qu'un mandat non renouvelable de neuf ou de dix ans est préférable, car, si le mandat est renouvelable, un sénateur voudra peut-être user de stratégies pour assurer le renouvellement de son mandat. D'abord et avant tout, selon moi, le but est de favoriser une représentation accrue des groupes marginalisés.

Enfin, pour ce qui est de la question régionale, évidemment, le principe de l'égalité régionale a été établi en 1867. Le compromis de la Confédération tenait au fait que l'une des principales fonctions du Sénat serait liée à la représentation régionale. C'est le

historical antecedent, the Senate has not really worked this way in practice. If the Senate were fulfilling this function, we would not have the rise of regional parties like the Social Credit and, more recently, the Reform Party and Bloc Québécois. In addition, we would not see the rise of executive federalism and the formalization of meetings between first ministers with first ministers' conferences. Rather, over the last couple of decades, prime ministers have been factoring in other representational considerations such as gender, racial and ethnic minorities and Aboriginal peoples, making the Senate more representative in these respects than even the House of Commons. It is my view that since the Senate has not really worked effectively as a voice of the regions, any reforms to the Senate should focus on linguistic and other minorities and majorities like women, who are still woefully under-represented in the institutions of Canadian government.

In contemporary Canada, national interests factoring in not only regional but also minority and public interest are significant. More robust representation of diverse, non-territorial identities will foster the examination of issues of country-wide concern that go beyond jurisdictional boundaries — for example, social inequalities, the environment, et cetera. The goal, then, is to transcend partisan and purely regional concerns and to represent a diverse citizenry. By truly representing Canadians' voices, the Senate can be a public body in which the citizenry has confidence.

**Richard Simeon, Visiting Professor of Canadian Studies, Harvard University:** Thank you, Mr. Chairman. I appreciate the opportunity to appear before the committee today. I have not prepared or circulated a brief for this committee but I did appear before the previous special committee last September. I believe you have had an opportunity to look at the brief I prepared for that session.

As you have mentioned, the most pressing questions facing this committee are whether it is constitutional for Parliament to unilaterally amend the Constitution with respect to providing shorter terms of Senate tenure under the bill. I have some views on that but I will defer to the many constitutional lawyers who know much more than I do about constitutional amending procedures. My sense is that the bulk of the advice you have received indicates that this particular change we are talking about — not moving towards an advisory or an elected Senate or any other more fundamental change — likely can be done by Parliament acting alone.

The other question is the length of term, which I will certainly address. With your permission, I will say a few words about the general framework within which I think about Senate reform. Any consideration of reform must begin with some clear ideas about the role and purpose of the second chamber. Is it to be fully coequal with the House of Commons or is it to be a more specialized, limited body with a more limited but clearly defined

fondement historique du Sénat, mais les choses ne se sont pas vraiment déroulées de cette façon dans la pratique. Si le Sénat exerçait efficacement cette fonction, nous n'aurions pas assisté à la naissance de partis régionaux comme le Crédit social et, plus récemment, le Parti réformiste et le Bloc québécois. De plus, nous n'aurions pas assisté à la montée du fédéralisme exécutif et à l'institutionnalisation des conférences des premiers ministres. Au cours des 20 dernières années, les premiers ministres se sont plutôt attachés à la représentation d'autres groupes, comme les femmes, les minorités ethniques et raciales et les peuples autochtones, de sorte que, à cet égard, le Sénat est plus représentatif que la Chambre des communes. Puisque le Sénat n'a pas vraiment réussi à permettre aux régions de se faire entendre, j'estime que toute réforme du Sénat devrait s'attacher aux groupes linguistiques et à d'autres groupes minoritaires et majoritaires, comme les femmes, qui, malheureusement, sont toujours gravement sous-représentées au sein des institutions gouvernementales canadiennes.

Dans le Canada d'aujourd'hui, les intérêts nationaux qui tiennent compte non seulement des intérêts régionaux, mais aussi des intérêts des minorités et du grand public, sont considérables. Une représentation plus robuste des diverses identités non territoriales va favoriser l'examen d'enjeux pancanadiens qui dépassent en portée les limites de compétence — par exemple, l'inégalité sociale, l'environnement, etc. L'objectif est donc de transcender les préoccupations partisans et purement régionales et de représenter une population diversifiée. S'il représente bien la population, le Sénat peut, en sa qualité d'organe public, gagner la confiance de la collectivité.

**Richard Simeon, professeur invité des études canadiennes, Université Harvard :** Merci, monsieur le président. Je vous suis reconnaissant de me donner l'occasion de témoigner devant le comité. Je n'ai pas préparé de mémoire à distribuer aux membres du comité, mais j'ai témoigné devant le comité spécial en septembre dernier. Je crois que vous avez eu l'occasion de parcourir le mémoire que j'avais préparé pour cette séance.

Comme vous l'avez mentionné, votre comité doit déterminer, d'abord et avant tout, s'il est constitutionnel pour le Parlement de modifier unilatéralement la Constitution dans le but de prévoir un mandat plus court pour les sénateurs en vertu du projet de loi. J'ai des opinions sur cette question, mais je vais m'en remettre aux nombreux avocats de droit constitutionnel, qui en savent beaucoup plus que moi sur la procédure de révision constitutionnelle. J'ai l'impression, à la lumière du gros des conseils que vous avez reçus, que le changement dont nous parlons — il ne s'agit pas du passage à un Sénat investi d'un rôle consultatif ou d'un Sénat élu ou de tout autre changement fondamental — peut probablement être apporté unilatéralement par le Parlement.

L'autre question concerne la durée du mandat, et j'ai certainement l'intention de l'aborder. Avec votre permission, je vais prononcer quelques mots sur le cadre général dans lequel s'inscrit ma réflexion sur la réforme du Sénat. Tout examen d'un projet de réforme doit être fondé sur une conception claire du rôle et du but de la seconde Chambre. Doit-elle être l'égal de la Chambre des communes, ou doit-il s'agir d'un organe plus



set of roles? That is the way I think about it. I do not want to create a second chamber along the lines of the U.S. Senate as it relates to the House of Representatives.

What are these roles? Again, my colleagues have mentioned them. First is the tried and true role which the current Senate does best as the chamber of sober second thought able to give detailed consideration to many bills that an overburdened and highly partisan House of Commons is not able to do well. To perform this role we need a Senate in which party affiliation and party discipline play a much smaller role than they play in the House. It requires, as has been mentioned, a high degree of independence of senators from the governing party and cabinet.

Second, we want the Senate to pay more attention to the longer term beyond the next election, studying and holding hearings and exploring issues that are emerging on the national agenda in order to bring them to the attention of the country. The current Senate plays this role very well. The implication of that is that senators should have longer terms because it will give them a longer time horizon than typically elected MPs will have. Of course, how long is the very question.

Third, the Senate should be an institution that represents the regions and provinces — the standard role for second chambers in federal systems. We know that the current Senate, because of its method of appointment, does not play that role well. That might be its greatest failure. It seems to me that, in a country as divided on regional and linguistic lines as ours is, it is critical that we combine what I call “building out,” which is empowering provinces, with “building in,” which is making sure that those interests are all represented at the central level. If there is one important need for Canada, it is that we need more bridges between national and provincial politics. The Senate is an obvious place to look for that.

Those are the familiar roles and themes. I agree with my colleagues that a fourth role in contemporary Canada is to make the Senate more representative. Indeed, it is already more representative of some differences such as gender, ethnicity and so on. As we all know, especially with our first past the post system for electing members to the House of Commons, we have a great many representational deficits. My wife has given me a new phrase to use today: the electorally disadvantaged in Canada, who do not have a voice through our existing process. We should think of the Senate as a tool that we could use to alleviate that.

A well-designed elected Senate — and people have talked about proportional representation and single transferable votes — could help make the Senate more representative in these ways. However, I am a bit sceptical about whether we could

spécialisé investi d'un ensemble de rôles plus limités, mais clairement définis? C'est de cette façon que j'envisage la question. Je ne veux pas d'une seconde Chambre qui jouerait un rôle analogue à celui du Sénat américain par rapport à la Chambre des représentants.

Quels sont ces rôles? Encore une fois, mes collègues les ont mentionnés. Il y a, tout d'abord, le rôle éprouvé du Sénat actuel à titre de Chambre de second examen objectif dans le cadre duquel il examine soigneusement de nombreux projets de loi, ce que la Chambre des communes, surchargée et fortement soumise à des considérations partisans, n'est pas en mesure de bien faire. À cette fin, nous avons besoin d'un Sénat au sein duquel l'affiliation politique et la discipline de parti jouent un rôle plus modeste qu'à la Chambre des communes. Cela exige, comme on l'a déjà mentionné, que les sénateurs jouissent d'une grande indépendance par rapport au parti au pouvoir et au Cabinet.

Ensuite, nous voulons que le Sénat s'intéresse davantage aux aspects à long terme qui vont au-delà de la prochaine élection, qu'il mène des études et tienne des séances et se penche sur des enjeux naissants sur la scène nationale, pour les porter à l'attention du pays. Le Sénat actuel joue très bien ce rôle. Cela suppose que les sénateurs soient investis d'un mandat plus long, car cela leur procure un horizon temporel plus long que celui des députés élus. Bien sûr, il reste à déterminer combien de temps devrait durer ce mandat.

Enfin, le Sénat est une institution qui devrait représenter les régions et les provinces — c'est le rôle habituel de la seconde Chambre dans un régime fédéral. Nous savons que le Sénat actuel, en raison du mode de nomination utilisé, ne joue pas bien ce rôle. C'est peut-être son plus grand échec. J'ai l'impression que, dans un pays où les divisions régionales et linguistiques sont aussi marquées que les nôtres, il est crucial de combiner l'habilitation des provinces et la prise de mesures visant à assurer la représentation de tous ces intérêts à l'échelon fédéral. Le Canada a besoin, d'abord et avant tout, de renforcer les liens entre la politique nationale et la politique provinciale. Or, le Sénat pourrait manifestement jouer un rôle à ce chapitre.

Ce sont là les rôles et les thèmes connus. Je suis d'accord avec mes collègues qui affirment que le Sénat, dans le Canada d'aujourd'hui, est investi d'un quatrième rôle qui consiste à être plus représentatif. En effet, il est déjà plus représentatif à l'égard de certaines différences, comme le sexe, l'ethnicité et ainsi de suite. Comme nous le savons tous, surtout avec notre système uninominal majoritaire à un tour pour l'élection de députés à la Chambre des communes, nous affichons de nombreuses lacunes au chapitre de la représentation. Mon épouse m'a suggéré d'utiliser une nouvelle expression aujourd'hui : les défavorisés électoraux du Canada, ceux qui n'ont pas voix au chapitre dans le cadre de notre processus existant. Nous devrions envisager le Sénat comme un outil nous permettant d'atténuer ce phénomène.

Un Sénat élu et bien conçu — et les gens ont parlé de représentation proportionnelle et de votes uniques transférables — pourrait contribuer à accroître la représentativité du Sénat de cette façon. Cependant, je suis un peu sceptique en ce qui

actually design an effective electoral system to do that. That is why in my earlier presentation to the other committee I surprised myself by coming down in favour of appointment.

I have been all over the map on this. I have been for a Bundesrat Senate and I have been for an elected Senate. However, it seems to me that some of the goals we have been talking about, both the federal role and the representational role, might be achieved with an appointment mechanism not in the Prime Minister's hands but in, to use an example, provincial nomination commissions made up of representatives of the parties from that province in the national Parliament and in the provincial legislatures. You would get a federal and a provincial dimension there. That is my current thought as to what we should do about appointment.

Let me turn briefly to Bill S-4 itself, the section on eight-year renewable terms. First, I agree with those who argue that, standing alone, this is an incremental improvement that we should endorse. I agree that we have to look at all of these issues of appointment and tenure together, but this one can, at least for the moment, be hived off and looked at individually.

In itself it is a good idea. It will mean a Senate more attuned to changing values and policy preferences in a rapidly evolving society, which is a clear advance over tenure until age 75. At the same time, it seems to me an eight-year term is still enough to provide the somewhat longer time frame, enough to ensure sober second thought.

I understand that the U.K. is now talking about something like a 15-year term. I believe that currently France has the longest term for a second chamber with nine years. Fifteen years does not seem to be much of an advance over tenure until age 75, certainly not much of an improvement. I think the term does need to be well short of that.

What is the right length? Eight years, 10 years, 12 years? I do not think there is a definitive answer, but I do think there are serious problems with eight years. It suggests, absent any change in the appointment method, that a prime minister who is in office for two terms would have the ability to appoint the entire Senate.

It seems to me that we have to go long enough to put some check on that, which is why I would suggest nine or 10 years in length, something like that, making sure it spills over three election cycles. However, I do not think it should be as long as 15 years, where the disengagement of senators from the life of the country would be too great.

concerne notre capacité de mettre au point un système électoral efficace pour faire cela. C'est pourquoi je me suis surpris, à l'occasion de mon témoignage précédent, devant l'autre comité, à finalement appuyer la nomination.

J'ai défendu toutes les positions sur cette question. J'étais en faveur d'un Sénat similaire au Bundesrat, et j'étais en faveur d'un Sénat élu. Toutefois, j'ai bien l'impression que certains des buts dont nous avons parlé, soit le rôle fédéral et le rôle lié à la représentation, pourraient être atteints au moyen d'un mécanisme de nomination relevant non pas du premier ministre, mais bien, par exemple, de commissions de nomination provinciales constituées de représentants des partis de cette province au Parlement national et au sein de l'assemblée législative provinciale. Ainsi, l'exercice aurait une dimension à la fois fédérale et provinciale. C'est ma position actuelle à l'égard de ce que nous devrions faire concernant la nomination.

Laissez-moi vous parler brièvement du projet de loi S-4, en particulier la disposition relative au mandat renouvelable de huit ans. Tout d'abord, je suis d'accord avec ceux qui font valoir que, lorsqu'on l'examine de façon isolée, il s'agit d'un changement supplémentaire que nous devrions appuyer. Je conviens du fait que nous devons envisager dans leur ensemble toutes ces questions liées à la nomination et au mandat, mais on peut, ne serait-ce que pour un moment, isoler cet aspect et l'examiner de façon isolée.

En soi, c'est une bonne idée. Cela veut dire que le Sénat sera davantage en harmonie avec les valeurs changeantes et les préférences en matière de politiques au sein d'une société qui évolue rapidement, ce qui constitue manifestement un progrès par rapport au mandat qui se termine à l'âge de 75 ans. Parallèlement, il me semble qu'un mandat de huit ans est toujours suffisant pour offrir un horizon temporel un peu plus long, suffisant pour permettre un second examen objectif.

Je crois savoir que le Royaume-Uni envisage maintenant un mandat d'environ 15 ans. Je crois que c'est la France qui offre actuellement le mandat le plus long aux membres d'une seconde Chambre, avec neuf ans. Un mandat de 15 ans ne semble pas changer grand-chose par rapport à un mandat qui dure jusqu'à l'âge de 75 ans, il ne s'agit certainement pas d'une grande amélioration. Je crois que le mandat doit être beaucoup plus court que ça.

Quelle durée est la bonne? Huit ans, 10 ans, 12 ans? Je ne crois pas qu'on puisse répondre à cette question avec certitude, mais je crois effectivement que le mandat de huit ans comporte de graves lacunes. Cela voudrait dire, dans la mesure où aucun changement n'est apporté au mode de nomination, qu'un premier ministre au pouvoir pendant deux mandats aurait la possibilité de nommer tous les membres du Sénat.

J'ai l'impression que nous devrions prévoir un mandat assez long pour prévenir une telle chose, et c'est pourquoi je suggère un mandat de neuf ou de dix ans, ou quelque chose comme ça, pour veiller à ce qu'il chevauche trois cycles électoraux. Cependant, je ne crois pas que nous devrions opter pour un mandat de 15 ans, car le désengagement des sénateurs de la vie du pays serait trop grand.

For the same reason, with respect to prime ministerial power, if we keep the current appointment method, then I would be strongly against renewability for the reasons I have mentioned. If we did go to some form of election, then it seems to me that the fear of being defeated is what brings about accountability and, therefore, I would be much more sympathetic to renewability if we went that route. As it stands, I am strongly against renewability.

In conclusion, I stress that we institutional designers know that each and every institutional reform has its pros and cons, and each and every one of them has all sorts of unanticipated consequences. I see this as just the beginning of a more extended dialogue about fundamental reform of the Senate, which I think is necessary but cannot be done quickly at all.

**The Chairman:** Thank you very much for your very thoughtful and most interesting and useful comments. You can be assured there will be many questions from honourable senators, particularly with respect to the tenure and the term. Finally, Dr. Cairns, we look forward to your views.

**Alan Cairns, Professor Emeritus, University of British Columbia:** Thank you, Mr. Chairman. I am a political scientist and not a law professor, and I am sure that as people appear before you, you will note that these disciplinary distinctions are very important.

I do not have a completed paper. I was brought into this only quite recently. Historically, I have not studied Senate issues with great care, so my observations may come possibly from a rather naive background.

I have read some of the earlier proceedings of the previous committee. Looking at them, I thought there were a number of questions that I could usefully address and they are different questions from those my three colleagues have commented upon.

I am intimidated by the short time period I have to discuss these comments, but I am reminded that Lincoln's Gettysburg Address had only about 300 words and it has gone down in history as one of the great orations of the 19th century, at least.

I had hoped to cover six subjects. I will reduce those to three. I will look at the three-stage process of Senate reform that I see unfolding. I will look at some of the complications that have arisen from the attempt to make a distinction between a consultative versus a regular election. Also, I will mention some weaknesses that I think are involved in the proposal to proceed via the proportional representation route, particularly in the transitional period. Assuming we have gone ahead with the first stage, we have new senators coming in on the eight-year term and other senators involved in the life term who are leaving.

Let me first look at the three-stage process. By the three-stage process, I simply mean that I understand that Bill S-4 is stage one. It deals with the limited term of senators, reducing it to eight

Pour la même raison, en ce qui concerne le pouvoir du premier ministre, si nous conservons le mode de nomination actuel, alors je serais vigoureusement contre la renouvelabilité, pour les raisons que j'ai mentionnées. Si nous devons opter pour un quelconque mode de scrutin, alors j'ai l'impression que, puisque c'est la peur de la défaite qui favorise la responsabilisation, je serais plus disposé à appuyer la renouvelabilité si nous nous aventurons dans cette voie. Sous la forme présentée, je suis vigoureusement contre la renouvelabilité.

Pour conclure, j'insiste sur le fait que nous, les artisans des institutions, savons que chaque réforme institutionnelle a ses avantages et ses désavantages, et que chacune d'elles peut mener à une foule de conséquences imprévues. Je vois cet exercice comme le point de départ d'un dialogue plus étendu sur la réforme fondamentale du Sénat, chose qui, selon moi, est nécessaire, mais qui ne saurait se faire à la hâte.

**Le président :** Merci beaucoup de vos commentaires très réfléchis, ils nous seront des plus intéressants et utiles. Soyez certain que les honorables sénateurs auront de nombreuses questions à vous poser, en particulier à l'égard du mandat et de sa durée. Enfin, monsieur Cairns, nous sommes impatients d'entendre votre point de vue.

**Alan Cairns, professeur émérite, Université de la Colombie-Britannique :** Merci, monsieur le président. Je suis non pas professeur de droit, mais bien politologue, et je suis certain que, au fil des témoignages, vous en viendrez à la conclusion que ces distinctions entre les disciplines sont très importantes.

Je n'ai pas préparé de mémoire, car ce n'est que tout récemment qu'on m'a invité. Je ne me suis jamais penché de façon approfondie sur les questions liées au Sénat, de sorte que mes observations vous sembleront peut-être un peu naïves.

J'ai pris connaissance du contenu des séances du comité précédent. À la lumière de cet examen, j'ai cru bon d'aborder un certain nombre de questions, et il s'agit de questions différentes de celles que mes trois collègues ont abordées.

Je suis intimidé par le peu de temps qui m'est accordé pour formuler ces commentaires, mais je me console en me disant que le discours prononcé par Lincoln à Gettysburg ne comptait qu'environ 300 mots et qu'il est considéré comme l'un des grands discours du XIX<sup>e</sup> siècle, au moins.

J'espérais couvrir six sujets, mais je vais m'en tenir à trois. Je vais me pencher sur le processus de réforme en trois étapes du Sénat qui commence à prendre forme. Ensuite, je vais m'intéresser aux problèmes soulevés par les efforts pour établir une distinction entre une élection consultative et une élection traditionnelle. Enfin, j'aborderai certaines faiblesses propres, selon moi, à la proposition relative à la représentation proportionnelle, en particulier pendant la période de transition. Dans la mesure où nous avons amorcé la première étape, nous avons de nouveaux sénateurs qui sont investis d'un mandat de huit ans et d'autres sénateurs à vie qui s'apprentent à partir.

Laissez-moi tout d'abord parler du processus en trois étapes. Par processus en trois étapes, j'entends tout simplement que, d'après ce que je comprends, le projet de loi S-4 est la première

years. The arguments are that this will bring in new viewpoints and that a more rapid turnover will make the Senate more attuned with elements in contemporary society.

Stage two is the consultative election proposal. The purpose there, seen from the perspective of its drafters, is to add a significant element of democratic legitimacy which they feel is lacking in the present Senate.

Stage three, the content of which we know virtually nothing about at the moment, I assume deals with representation, which requires formal amendment. Presumably, it would also try to update the electoral system from how it has survived from stage two, in which it would still be still an advisory set of recommendations to the Prime Minister.

The stages, as you will quickly understand, become progressively more difficult. Stage one is considered to be the easiest stage because, from the viewpoint of its drafters and from the viewpoint of most of those at the earlier committee, it does not involve constitutional amendment.

The fact that the stages get progressively more difficult has some serious consequences. It means that at any particular stage, we may never get to complete the next stage. In other words, we are more likely to get through stage one than stages one and two. We are more likely to get through stages one and two than to get through stages one, two and three.

This forces senators to make a very complicated judgment. They must decide, among other things, if stage one is an acceptable fallback position if stage two does not proceed because it gets defeated in one or the other House. There is, therefore, the complicated conundrum that it is intellectually possible to support stage one because you support it as a basis for succeeding with stage two but oppose it as a stand-alone provision.

The problem is that senators lack the choice simultaneously to oppose it as a stand-alone provision but to support it because they like stage one and stage two when they are bound together. Stage two obviously changes the role of the Prime Minister and changes the nature of those who get elected.

The report of the earlier committee argued that Bill S-4 is not linked to prospective advisory election legislation in a way that precludes its consideration as a stand-alone measure. However, the proceedings of the previous committee made it very clear that many witnesses argued that Bill S-4 by itself was unacceptable without an advisory election process.

As we decide how to vote on stage one, we have to ask ourselves whether we will have improved the system if there is no stage two implementation. By itself, I would argue that stage one not followed by some version of stage two has negative consequences because it would simply increase the power of the

étape. Ce projet de loi, qui porte sur le mandat limité des sénateurs, réduirait le mandat à huit ans. On fait valoir que cela va favoriser l'intégration de nouveaux points de vue, et qu'un roulement plus rapide permettra au Sénat d'être davantage en harmonie avec les divers éléments de la société d'aujourd'hui.

La proposition relative aux élections consultatives est la deuxième étape. Du point de vue des auteurs de cette proposition, on cherche à conférer au Sénat une légitimité démocratique importante qui, selon eux, fait défaut au Sénat actuel.

La troisième étape, dont la teneur est pratiquement inconnue pour l'instant, porte sur, je suppose, la représentation, ce qui exige une modification officielle. Je présume qu'elle viserait également à moderniser le système électoral, lequel, après la deuxième étape, prévoirait toujours un ensemble de recommandations à l'intention du premier ministre.

Vous constaterez assez rapidement que les étapes deviennent progressivement plus difficiles. La première étape est considérée comme la plus aisée, car, du point de vue des rédacteurs du projet de loi et du point de vue de la plupart des intervenants du comité précédent, elle ne suppose aucune modification constitutionnelle.

Or, le fait que les étapes deviennent progressivement plus difficiles n'est pas sans conséquences graves. Cela veut dire qu'à une étape donnée, on ne sera peut-être pas en mesure de terminer l'étape suivante. Autrement dit, nous sommes plus susceptibles de réussir l'étape un que de réussir les étapes un et deux. De même, nous sommes plus susceptibles de réussir les étapes un et deux que de réussir les étapes un, deux et trois.

Cela force les sénateurs à prendre une décision très compliquée. Ils doivent déterminer, entre autres, si l'étape un est une position de repli acceptable advenant l'échec de la deuxième étape devant l'une ou l'autre des deux Chambres. C'est paradoxal, car il est intellectuellement possible d'appuyer la première étape à titre d'entrée en matière pour passer à la deuxième, mais de s'y opposer dans un contexte où le processus s'arrête là.

Le problème, c'est que les sénateurs ne peuvent simultanément s'opposer à la première étape appliquée seule et l'appuyer parce qu'ils aiment la première et la deuxième étapes lorsqu'elles sont liées. L'étape deux, manifestement, change le rôle du premier ministre et la nature de ceux qui sont élus.

Dans son rapport, le comité précédent avançait que le projet de loi S-4 n'est pas à ce point lié au projet législatif relatif aux élections consultatives qu'on ne pourrait envisager sa mise en œuvre de façon isolée. Toutefois, dans le cadre des travaux du comité précédent, de nombreux témoins ont déclaré très clairement qu'il serait inacceptable de mettre de l'avant le projet de loi S-4 sans établir un processus électoral consultatif.

Au moment de nous prononcer sur la première étape, nous devons déterminer si, advenant l'échec de la deuxième étape, elle constitue tout de même une amélioration du système. J'avancerais que cette étape, si elle n'est pas accompagnée d'une version quelconque de la deuxième étape, aura des conséquences

Prime Minister in the appointing process by the rapid turnover that he would have completely under his control for successive eight-year periods.

The difficulty with the bill you are considering is that it is stand-alone, that is, we are dealing with it separately, but it is also at the same time intimately linked to what is to follow. We have to ask whether we support it as it stands alone or whether we support it only because we support the larger process, whilst we simultaneously understand that the larger process may never be completed because each process gets progressively more difficult to pursue. I am going over this more rapidly than I would like, because it is a complicated point I am trying to make.

I would propose that senators consider the possibility, assuming that Bill S-4 passes, to have it lapse after five years unless it is kept alive by majority votes in both Houses, and I do that as someone who is not a parliamentary or constitutional expert in this matter. I propose that suggestion because it will allow those whose support at this time was conditional on the premise that stage two was to be implemented to withdraw their support five years from now if their conditions, that is, that some version of stage two would be put into effect, had not happened. We all know that, with the passage of time, complications develop when we go through processes spread over a number of years. There may be a different government by the time we get to stage two, which is also the case with stage three.

The three-stage process, in other words, makes it extremely difficult to interpret the meaning of support for Bill S-4. Some people might be supporting Bill S-4 because they appreciate it, like it and are in favour of it even if no other process is followed, and others might support the bill only because they see it as part of a larger sequence. They accept it as part of that sequence but would be unhappy if that larger sequence was not followed because it got defeated in the House or whatever.

I will quickly move to a second point on consultative versus regular election. The report of the previous committee discussed this. The key question appeared to be whether a consultative process would fetter the Prime Minister's choice. The Oxford English dictionary defines a fetter as a restraint or check or anything that confines, impedes, restricts or hinders in any way.

The purpose of the consultative process — the advisory process, it could alternatively be called — is to provide public advice about the relative virtues of competing candidates by means of an election process conventionally understood as separating winners and losers. This creates very serious dilemmas. If the Prime Minister's discretion is not fettered, election loses much of its justification, as does the process. There will, in other words, be tremendous pressures on the Prime Minister to recommend the winners. If the Prime Minister recommends the winners automatically, then it seems to me by definition that his discretion is fettered. He lacks the freedom to roam that he would have prior to this process being put into effect.

négatives, car elle accroîtrait tout simplement le pouvoir du premier ministre dans le cadre du processus de nomination, grâce au contrôle que lui conférerait le roulement rapide découlant de mandats successifs de huit ans.

Le problème de ce projet de loi que vous examinez, c'est qu'il est à la fois isolé — c'est-à-dire que nous l'examinons séparément — et étroitement lié à ce qui va suivre. Nous devons déterminer si nous appuyons la première étape seule ou si nous ne l'appuyons que lorsqu'elle s'inscrit dans le processus d'ensemble, tout en convenant du fait que ce processus d'ensemble ne sera peut-être jamais mené à terme, car chaque étape devient progressivement plus difficile. Je présente la question un peu rapidement à mon goût, car c'est un argument complexe que je tente de formuler.

Je propose que les sénateurs envisagent la possibilité, advenant l'adoption du projet de loi S-4, de prévoir sa caducité après cinq ans s'il n'est pas maintenu par des votes majoritaires dans les deux Chambres, et je le fais à titre de personne qui n'est expert ni des affaires parlementaires ni des affaires constitutionnelles. Ainsi, ceux dont l'appui tient à la mise en œuvre de la deuxième étape, pourront retirer leur appui dans cinq ans si leurs conditions — c'est-à-dire la mise en œuvre d'une version quelconque de la deuxième étape — ne sont pas respectées. Nous savons tous que, avec le temps, des problèmes surgissent lorsque nous étalons un processus sur un certain nombre d'années. Un gouvernement différent sera peut-être au pouvoir lorsque nous en serons à la deuxième étape, et il en va de même de la troisième.

En d'autres mots, le processus en trois étapes fait en sorte qu'il est extrêmement difficile d'interpréter la portée de son appui à l'égard du projet de loi S-4. Certains appuieront le projet de loi S-4 parce qu'ils l'apprécient, parce qu'ils privilégient cette formule même si aucun autre processus n'est mis sur pied par la suite, et d'autres ne l'appuieront que s'il s'inscrit dans une démarche globale. Ils l'accepteront à titre de composante de cette démarche, mais ils seront mécontents si la démarche d'ensemble ne va pas de l'avant, en raison d'un échec dans la Chambre ou d'autres choses.

Je passe rapidement à la deuxième question sur l'élection consultative et l'élection régulière. Le comité précédent a analysé cette question dans son rapport. Il semble que la question clé consistait à déterminer si un processus consultatif entrave le choix du premier ministre. On entend par entrave quelque chose qui retient, gêne, assujettit.

L'objectif du processus de consultation est d'obtenir l'avis de la population au sujet des qualités de chacun des candidats en lice au moyen d'un processus électoral qui permet, selon la convention, de départager les gagnants et les perdants. Ce processus crée des dilemmes très importants. Si les pouvoirs discrétionnaires du premier ministre ne sont pas entravés, l'élection, comme le processus, est beaucoup moins justifiée. En d'autres termes, puisque c'est ainsi que nous envisageons les élections, le premier ministre est alors fortement incité à recommander les vainqueurs. S'il le fait de manière automatique, il me semble que ses pouvoirs discrétionnaires sont entravés. À ce moment-là, il n'a plus la liberté qu'il avait avant l'entrée en vigueur du processus en question.

The earlier report indicated that Professors Monahan and Hogg thought that if the process is viewed as creating a pool of candidates from which the winning candidate is selected, then this would not fetter the process sufficiently to justify a process of constitutional amendment under the 7-50 rule.

It seems to me that if we compare the position of the Prime Minister now to the position of the Prime Minister after such a process has been put into effect, his discretion, his possibility of choosing, is drastically fettered. Even assuming that it is just a pool of candidates, it is fettered in the sense that after a consultative election, any would-be senator who did not run, anyone in a larger population who, in the absence of such a process, might have been considered by the Prime Minister as a possible candidate, will not be considered because that individual did not appear throughout the election process and will therefore be politically ineligible, in practical, real terms, for appointment. In other words, this process means that many dozens of individuals who prior to the installation of a consultative process would have been clearly eligible are in fact excluded. That seems to me to be an obvious indication that the discretion of the Prime Minister is fettered.

What could be the purpose of having this process of election if it was not intended, to some significant extent, to fetter the Prime Minister's capacity of choosing those whom he nominates to the Governor General? The advisory election process, therefore, it seems to me, changes the method of selection and hence resort to the 7-50 procedure is absolutely necessary.

Let me quickly, since I am probably going beyond my allotted time, talk about some of the difficulties of proportional representation. I think I can sum this up in a very short moment or two.

The purpose of proportional representation, in this case and in many others, is to get more diversity in those who pass through the system. In this case, the idea is to avoid mirroring the House of Commons and that a different set of distribution of party supporters would be advantageous for the sober second thought and other functions. The problem of applying proportional representation to the issue of Senate reform is that serious problems occur, especially in the transition stage. Proportional representation requires multiple member constituencies, usually at least three to five. In a transition period while significant numbers of existing senators are still in place, the possibilities of proportional representation will be very limited. Hence, the virtues of proportional representation, meaning minority representation, a fairer allocation of seats and votes ratio, will be absent. In other words, proportional representation will not work. It will not be available as an election instrument in many of the cases when vacancies occur across the country until the change in membership, assuming that stage one has been gone through. It will not be available until that process of transfer in

Le rapport en question indique que MM. Monahan et Hogg pensent que, si l'on voit le processus comme créant un bassin de candidats dans lequel est choisi le vainqueur, cela n'entrave pas suffisamment le processus pour justifier un processus de révision constitutionnelle dans le cadre de la règle de sept provinces et de 50 p. 100 de la population.

À mon avis, si nous comparons la situation actuelle du premier ministre à sa situation après l'entrée en vigueur d'un tel processus, ses pouvoirs discrétionnaires, la possibilité pour lui de choisir, sont entravés de façon draconienne. Même si l'on présume que le processus ne tient qu'à la création d'un bassin de candidats, les pouvoirs discrétionnaires du premier ministre sont entravés, en ce sens que, après une élection consultative, il devient impossible d'envisager la nomination de toute personne qui aurait pu devenir sénateur, mais qui n'a pas posé sa candidature, de tout membre de la population en général qui, en l'absence d'un tel processus, aurait pu être choisi par le premier ministre pour faire partie des candidats, parce que ces personnes n'ont pas participé au processus électoral et ne peuvent donc pas être nommées sénateurs dans le contexte politique, pratique et réel. En d'autres termes, ce processus a pour effet que des dizaines de personnes qui auraient été clairement admissibles avant la mise en place d'un processus consultatif sont exclues. À mon avis, cela indique de façon évidente que les pouvoirs discrétionnaires du premier ministre sont entravés.

Pourquoi adopter ce processus électoral si l'objectif n'était pas d'entraver dans une mesure importante la capacité du premier ministre de choisir les personnes qu'il recommande à la gouverneure générale de nommer sénateurs? Il me semble donc que le processus électoral consultatif modifie le mode de sélection et rend absolument nécessaire le recours à la procédure de sept provinces et de 50 p. 100 de la population.

Permettez-moi de parler rapidement, puisque j'ai probablement dépassé le temps qui m'était alloué, de certains des problèmes que pose la représentation proportionnelle. Je pense que je peux les résumer et vous les présenter très rapidement.

L'objectif de la représentation proportionnelle, dans le cas présent comme dans de nombreux autres, est de favoriser la diversité au chapitre des gens qui interviennent dans le système. Dans le cas du Sénat, l'idée est d'éviter d'avoir la même représentation qu'à la Chambre des communes et qu'une répartition différente des partis serait avantageuse sur le plan du second regard objectif et des autres fonctions du Sénat. La difficulté liée à l'application de la représentation proportionnelle à la réforme du Sénat est que des problèmes graves s'opposent, surtout à l'étape de la transition. La représentation proportionnelle exige des circonscriptions à plusieurs sénateurs, habituellement de trois à cinq, au moins. Au cours d'une période de transition pendant laquelle un nombre important de sénateurs continueront de siéger, les possibilités de représentation proportionnelle seront très limitées. Ainsi, on ne profitera pas des avantages de la représentation proportionnelle, c'est-à-dire une meilleure représentation des minorités et une répartition plus équitable des sièges en fonction des nombres de votes. Autrement dit, la représentation proportionnelle ne fonctionnera pas. Dans

which existing senators retire and new senators appear is well advanced. For considerable periods of time, in some parts of the country, first past the post will continue to be necessary.

We could remind ourselves that proportional representation will not work in our three Northern territories where there is only one senator from each territory. A considerable wait will be required before we can institute its widespread use elsewhere. I would advocate that this committee undertake research on the electoral procedures that are possible in the transition period as existing senators are phased out and replaced by newly elected senators, because proportional representation will not be available for a considerable period of time. Although the bill now before the House of Commons presupposes that proportional representation is available, it simply is not.

**The Chairman:** Thank you very much. That is food for thought.

Professor Smith, I know you have to leave. You made comments on renewability and the short tenure. You were critical of both concepts. If the bill were amended so that there were longer, non-renewable terms, what would your position be then?

**Ms. Smith:** You had an excellent paper before you written by Andrew Heard, and he discussed the business of length of term. He used some indicators that had to do with trying to measure how long it takes for someone appointed to be integrated into the Senate's procedures and then be very active in committees and so on. I understood from reading his paper that he thought a 12-year term was suitable and allowed for a sufficient amount of time so that someone could take up an active role and make a good contribution to the Senate. I believe that Professor David Smith agreed with Professor Heard on that. I think that is roughly where I stand.

I think the eight-year term is too short for the reasons that Professor Simeon provided and for the reasons that Professor Heard provides in his paper. That is that point.

As you know, I strongly disapprove of the renewability feature of the bill. I feel that Senate reform is a multi-variant problem; it is not a single-factor problem. It cannot be dealt with by picking one variable, changing it and then expecting that somehow willy-nilly all good things will happen. That is not a good way to proceed.

You can also only deal with what you have. I do not think it is a good idea to make a change assuming that other things will happen that you have no control over and you are not sure will happen. Therefore, I look at renewability within the confines of

de nombreux cas, ce ne sera pas un outil électoral utilisable lorsque des postes deviennent vacants à l'échelle du pays, jusqu'à ce que le Sénat soit renouvelé, en présumant que l'on a franchi la première étape. L'outil ne sera pas utilisable avant que le processus de retraite des sénateurs actuels et de nomination de nouveaux sénateurs soit très avancé. Pendant longtemps, dans certaines parties du pays, le scrutin uninominal majoritaire continuera d'être nécessaire.

Nous pourrions nous rappeler que la représentation proportionnelle ne fonctionnera pas dans nos trois territoires du Nord, où il n'y a qu'un sénateur par territoire. Il faudra beaucoup de temps avant que nous puissions faire de la représentation proportionnelle chose courante ailleurs. À mon avis, le comité devrait entreprendre des recherches sur les procédures électorales qu'on pourrait suivre pendant la période de transition au cours de laquelle les sénateurs actuels vont prendre leur retraite et seront remplacés par des sénateurs élus, puisqu'il ne pourra pas y avoir représentation proportionnelle pendant une longue période. Le projet de loi qui est devant la Chambre des communes à l'heure actuelle part du principe que la représentation proportionnelle est possible immédiatement, mais ce n'est tout simplement pas le cas.

**Le président :** Merci beaucoup. Vous nous avez donné matière à réflexion.

Madame Smith, je sais que vous devez partir. Vous avez fait des observations au sujet de la renouvelabilité et des mandats courts. Vous avez critiqué ces deux idées. Si le projet de loi était modifié de façon à prévoir des mandats plus longs et non renouvelables, quelle serait votre position?

**Mme Smith :** On vous a présenté un excellent texte rédigé par Andrew Heard, dans lequel il analyse la question de la durée du mandat. M. Heard a eu recours à certains indicateurs ayant trait au fait d'essayer d'évaluer combien de temps il faut à une personne nommée sénateur pour s'intégrer, dans le cadre des procédures du Sénat, puis pour participer très activement aux comités et ainsi de suite. D'après ce que j'ai lu dans le texte de M. Heard, celui-ci pense qu'un mandat de 12 ans serait approprié et suffisamment long pour permettre à une personne de jouer un rôle actif auprès du Sénat et de faire une bonne contribution. Je crois que M. David Smith était d'accord avec M. Heard là-dessus. Je pense que, grosso modo, c'est ma position.

Je pense qu'un mandat de huit ans serait trop court pour les raisons évoquées par M. Simeon, ainsi que celles que donne M. Heard dans son texte. Voilà donc pour cette question.

Comme vous le savez, je suis tout à fait en désaccord avec l'aspect renouvelabilité du projet de loi. À mon avis, la réforme du Sénat est un problème à plusieurs variables; il ne s'agit pas d'un problème qui tient à un seul facteur. Ce n'est pas un problème qu'on peut régler en choisissant une variable, en la modifiant et en s'attendant à ce que, d'une manière ou d'une autre, il ne se produise que des bonnes choses. Ce n'est pas une bonne façon de faire.

On ne peut que faire ce qu'on peut avec ce qu'on a. Je ne pense pas que ce soit une bonne idée de procéder à un changement en présumant que certaines choses vont se produire lorsqu'on n'a aucune emprise sur celles-ci et qu'on ne sait pas si elles vont se

Bill S-4, and, for the reasons I have given here, I believe it compromises the individual of the appointee. I believe it is absolutely a bad idea.

**Senator Stratton:** With respect to Professor Smith, we tried Meech Lake, and you must be familiar with that. I think all of us here lived with that, whereby it ended up with the provinces supplying a list of five names from which the Prime Minister could choose. That, of course, failed.

Then we tried Charlottetown, and we all lived through that. It dealt with the election of senators. Those attempts were fairly comprehensive, especially Charlottetown. Therefore, the country has tried twice and failed to do comprehensive change.

The attitude of the Prime Minister and the current government now is that you must try or attempt to accomplish this through incremental change, which I think you realize is indeed the case.

The problem I have with trying to go back and do a broad consultation with the provinces and the citizens of the country is that it is doomed to failure. As soon as you take that step you doom it to failure because it becomes a matter of how many seats there will be for each province. That whole argument fell apart during Charlottetown. Although Ontario gave in the end, the accord was killed largely in that province because of that argument.

If we cannot accomplish this through a broad overview in changing the entire system, which has twice been proven could not occur, would you not accept the fact that there should be a term? Let us try it with the first step of appointment to a definitive term. Do a compromise. If it will not be eight years, then what will it be? What should it be? That is what I would like to hear from you. If that first step is feasible, what should that term be? If you do not agree with renewing, fine, but should this first step be feasible?

**Ms. Smith:** I revert back to what I said initially in response to your question. I do think eight years is too short, and I think the points were made for the reason that those points are telling. I referred to the Heard paper, so I think you should be looking at something closer to 10 or 12 years.

**Senator Stratton:** Would you agree that an incremental step is feasible?

**Ms. Smith:** I would agree with an incremental step only if the argument can be made that it does not negatively engage the functions of the Senate as they were understood, the sober second thought and the federal function. If that argument holds water, then this change can be made.

produire. J'envisage donc la renouvelabilité dans le seul contexte du projet de loi S-4, et, pour les raisons que je vous ai données, je crois que ce projet de loi compromet l'indépendance de la personne nommée. Je crois qu'il s'agit d'une idée totalement mauvaise.

**Le sénateur Stratton :** Avec tout le respect que je dois à Mme Smith, nous avons tenté quelque chose avec l'Accord du Lac Meech, et c'est quelque chose que vous connaissez certainement. Je pense que nous tous, ici, avons appris à vivre avec cet accord, selon lequel les provinces ont fini par fournir une liste de cinq noms au premier ministre pour qu'il choisisse. Évidemment, ça a été un échec.

Nous avons ensuite tenté autre chose avec l'Entente de Charlottetown, et nous avons tous survécu. Cet accord traitait de l'élection des sénateurs. Ces tentatives ont été assez exhaustives, surtout celles de Charlottetown. Ainsi, le pays a essayé à deux reprises de procéder à un changement profond, et cela s'est soldé par deux échecs.

L'idée du premier ministre et du gouvernement actuel est qu'il faut essayer d'accomplir cela de façon progressive, et je pense que vous vous rendez compte que c'est bel et bien le cas.

Ce qui m'embête dans l'idée d'effectuer de vastes consultations auprès des provinces et des citoyens du pays, c'est que cette démarche est vouée à l'échec. Elle l'est aussitôt qu'on franchit cette étape, parce que l'objet du débat devient le nombre de sièges qui seront accordés à chacune des provinces. Cette idée est tombée en morceaux pendant les négociations de Charlottetown. L'Ontario a fini par céder, mais l'accord a été réduit à néant surtout dans cette province et en raison de cette idée.

Si nous ne pouvons pas accomplir cela en faisant un survol général en vue de modifier l'ensemble du système, ce qui s'est révélé impossible à deux reprises, n'accepteriez-vous pas le fait qu'il devrait y avoir un mandat d'une durée définie? Essayons cela pour la première étape du processus de nomination pour une durée définie. Faisons un compromis. Si ce n'est pas huit ans, combien de temps est-ce que ce sera? Combien de temps le mandat devrait-il durer? C'est ce que j'aimerais que vous me disiez. Si cette première étape est possible, combien de temps devrait durer le mandat? Si vous n'êtes pas d'accord avec l'idée d'un mandat renouvelable, ce n'est pas grave, mais est-ce que cette première étape devrait être possible?

**Mme Smith :** Je répète ce que j'ai dit au départ en réponse à votre question. Je pense que huit ans, c'est trop court, et je pense que les points soulevés l'ont été parce qu'ils sont révélateurs. J'ai parlé du texte de M. Heard, et je pense donc que vous devriez envisager un mandat d'une durée de 10 ou 12 ans, plutôt que 8 ans.

**Le sénateur Stratton :** Seriez-vous d'accord pour dire qu'une étape progressive est possible?

**Mme Smith :** Je ne serai d'accord avec cette idée que si l'on peut soutenir que ce changement ne modifie pas de façon négative les fonctions conventionnelles du Sénat, le second regard objectif et la fonction fédérale. Si cet argument tient, alors on peut procéder à ce changement.



I am not certain about whether it is constitutionally valid under section 44 for the Parliament of Canada to make this change. The reason I say that is simply because I can imagine the argument on the other side. I can imagine the argument that might be presented to a court and how they might come to the conclusion that an eight-year renewable term has enough of an impact on the functioning of the Senate that it gets to the power of the Senate and, therefore, you are arbitrarily changing what is, after all, a foundational institution of Confederation. That is like pulling a rug out from under the people of Canada. That is an issue.

**Senator Stratton:** If you cannot accept the eight years, what about 12 years?

**Ms. Smith:** Andrew Heard came forward with some empirical arguments for the 12-year term. That was better than any argument I heard when this thing was initially proposed.

**Senator Stratton:** Would you accept the 12 years, then?

**Ms. Smith:** I think an argument could be made that if it is non-renewable in 12 years it does not go to the diminishment of the function of sober second thought and would not go to the diminishment of the federal representation function.

**Senator Milne:** Before I begin, I point out that it is really not the fault of the witnesses that the government has brought a bill forward that might be unconstitutional. I do not think we should be in the business of arguing with them.

Dr. Smith, you feel very strongly. I must say that I agree with almost everything you have said here, so I will not grill you much on anything.

However, do you feel that the obvious option is to refer the proposed legislation to the Supreme Court of Canada to discover whether it is constitutional or not?

**Ms. Smith:** Yes.

**Senator Milne:** Dr. Dobrowolsky, you say that the absence of public consultation guarantees failure on this. This is something that should have been taken publicly to the people. Therefore, this is a constitutional change important enough that, again, perhaps public consultation could be in the form of referring it to the Supreme Court. Would that be public consultation to you?

**Ms. Dobrowolsky:** I think there must be broader dialogue. I am not a constitutional lawyer. From what I have researched, it seems to me this could probably be passed in terms of legal precedent given some of the decisions that have been made in the past.

Je ne suis pas certaine que le Parlement du Canada puisse procéder à cette modification tout en respectant l'article 44 de la Constitution. Je dis cela tout simplement parce que je peux imaginer l'argument qu'on pourrait donner pour affirmer que cette modification est anticonstitutionnelle. Je peux imaginer l'argument qu'on pourrait formuler devant un tribunal, et je peux entrevoir comment ce tribunal pourrait conclure qu'un mandat renouvelable d'une durée de huit ans aurait des répercussions suffisantes sur le fonctionnement du Sénat pour toucher ses pouvoirs, et qu'on modifie donc arbitrairement ce qui, après tout, est une institution fondamentale de la Confédération. C'est comme couper l'herbe sous le pied des Canadiens. Cela pose problème.

**Le sénateur Stratton :** Vous n'êtes pas en faveur d'un mandat de huit ans, mais que pensez-vous d'un mandat de douze ans?

**Mme Smith :** Andrew Heard a présenté des arguments empiriques en faveur du mandat de 12 ans. Ce sont de meilleurs arguments que tous ceux que j'ai entendus lorsqu'on a proposé cette idée.

**Le sénateur Stratton :** Accepteriez-vous le mandat de 12 ans, dans ce cas?

**Mme Smith :** Je pense qu'on peut affirmer que s'il s'agit d'un mandat non renouvelable d'une durée de 12 ans, cela n'altère pas la fonction de second examen objectif ni celle de représentation fédérale.

**Le sénateur Milne :** Avant de commencer, je tiens à signaler que ce n'est vraiment pas la faute des témoins si le gouvernement a présenté un projet de loi qui est peut-être anticonstitutionnel. Je ne pense pas que nous devrions nous disputer avec eux.

Madame Smith, la question vous passionne beaucoup. Je dois dire que je suis d'accord avec pratiquement tout ce que vous avez dit ici, alors je ne vais pas vraiment vous mettre sur la sellette sur quelque sujet que ce soit.

Cependant, croyez-vous que le choix qui s'impose est celui de renvoyer le projet de loi devant la Cour suprême du Canada pour trancher la question de la constitutionnalité?

**Mme Smith :** Oui.

**Le sénateur Milne :** Madame Dobrowolsky, vous dites que l'absence de consultations publiques voue ce projet de loi à l'échec. C'est un projet de loi qu'on aurait dû présenter à la population. C'est donc une révision constitutionnelle suffisamment importante pour que, encore une fois, peut-être, cette consultation publique puisse prendre la forme d'un renvoi à la Cour suprême. Selon vous, est-ce que cette mesure pourrait tenir lieu de consultation publique?

**Mme Dobrowolsky :** Je crois qu'il faut qu'il y ait un débat élargi. Je ne suis pas une avocate spécialiste du droit constitutionnel. D'après mes recherches, il me semble que, au chapitre de la jurisprudence, ce projet de loi pourrait probablement être adopté, vu certaines décisions qui ont été prises dans le passé.

In terms of political process, I think it is problematic given the history of constitutional struggles in the 1980s and 1990s. Therefore, this more unilateral approach on the part of the government would be seen as problematic.

It is an incremental change but one to a fundamental institution. I agree with Dr. Smith there. I think it needs to be open to broader discussion.

Not to denigrate all of your fine work, but in terms of legitimacy, the public is skeptical of the Senate. If you want to reform it and not leave it open to public input, that will not reinforce the sensitive democratic questionability of the role of the Senate.

**Senator Milne:** Dr. Simeon, I read with interest your presentation to the special committee, particularly when you say:

Once again, we are debating Senate reform. It is not exactly clear why: it is hard to see citizens clamouring for reform in the streets; and Senate reform is arguably much less important than other elements of paying down the democratic deficit, such as electoral system reform, or reform of the House of Commons.

Do you think that reform of the role of the Senate — which, as Professor Cairns has pointed out, this is the first step toward — should be discussed in the light of the fact that there are further steps to come? It is very difficult to make a decision on the first step when you are sort of hanging in limbo for the last step; you do not really know what or when it will be.

Perhaps you could also comment on retaining the current retirement age of 75, which this bill also does.

**Mr. Simeon:** On your first question, it seems we have a genuine dilemma here. You know that all of these issues are interrelated; therefore, you want a comprehensive process. Indeed, if we are thinking of reform of Parliament, you might want to put reform of the Commons alongside reform of the Senate.

The other side of the dilemma is that we know how unbelievably difficult it is. We have problems both ways. If we compare Meech Lake and Charlottetown, Meech Lake tried to say, “Here is one important thing we need to do; we will not look at all the rest.” It failed, partly because of that. People said, “What about all these other issues?”

Therefore, we did Charlottetown and we said, “Let us put all the issues in there and consult much more widely.” That, too, failed. So what is a constitutional reformer to do, given that kind of history?

Au chapitre du processus politique, je crois que le projet de loi pose problème, vu les luttes constitutionnelles des années 80 et 90. Ainsi, cette démarche davantage unilatérale du gouvernement serait vue comme posant problème.

Il s’agit d’un changement progressif, mais qui touche une institution fondamentale. Là-dessus, je suis d’accord avec Mme Smith. Je pense que cela doit faire l’objet d’un débat élargi.

Loin de moi l’idée de dénigrer tout votre excellent travail, mais au chapitre de la légitimité, la population est sceptique face au Sénat. En réformant le Sénat sans tenir compte de l’avis de la population, on ne va pas renforcer, aux yeux de la population, le rôle du Sénat dans le cadre du processus démocratique, qui est une question délicate.

**Le sénateur Milne :** Monsieur Simeon, j’ai lu avec intérêt le texte de l’exposé que vous avez présenté devant le comité spécial, surtout le passage où vous dites :

Une fois de plus, nous discutons de la réforme du Sénat. Pourquoi? Ce n’est pas tout à fait clair. On ne peut pas dire que les citoyens descendent dans la rue pour réclamer cette réforme, et on peut soutenir que celle-ci est bien moins importante que d’autres éléments, par exemple, une réduction du déficit démocratique au moyen d’une réforme du système électoral ou encore de la Chambre des communes.

Croyez-vous que l’on devrait discuter de la réforme du rôle du Sénat — dont le projet de loi à l’étude, comme l’a signalé M. Cairns, est la première étape — à la lumière du fait qu’il y aura ensuite d’autres étapes? Il est très difficile de prendre une décision concernant la première étape lorsqu’on se trouve en quelque sorte dans les limbes en ce qui concerne la dernière étape; on ne sait pas vraiment de quoi elle sera faite et quand on la franchira.

Vous pourrez peut-être aussi nous dire ce que vous pensez du maintien de l’âge de la retraite à 75 ans, comme à l’heure actuelle, ce que le projet de loi prévoit aussi.

**M. Simeon :** En ce qui concerne votre première question, il semble que nous faisons face à un vrai dilemme ici. Vous savez que toutes ces questions sont interreliées; vous voulez donc un processus complet. En effet, si nous envisageons la réforme du Parlement, nous voudrions peut-être réformer la Chambre des communes en même temps que le Sénat.

L’autre aspect de ce dilemme est que nous savons à quel point la tâche est extraordinairement difficile. Il y a des problèmes dans les deux sens. Si nous comparons l’Accord du Lac Meech et celui de Charlottetown, l’Accord du Lac Meech était une tentative de dire « Voici une chose importante que nous devons faire; nous n’allons pas envisager tout le reste. » Ça a été un échec en partie à cause de cela. Les gens ont dit : « Qu’en est-il de toutes ces autres questions? »

Nous avons donc négocié à Charlottetown et dit : « Intégrons toutes ces questions au débat et effectuons des consultations beaucoup plus vastes ». Encore une fois, ça a été un échec. Que doivent donc faire les artisans de la réforme constitutionnelle, dans ce contexte historique?

I must say I really like the corrective mechanism that Professor Cairns suggested. I ended my introductory remarks by pointing out that constitutional institutional changes almost always have unanticipated consequences, and they are often very hard to undo once made.

Setting up some kind of review mechanism or sunset clause seems to me to be a very good idea. However, I think we have a huge dilemma on the question of whether we can do it comprehensively. Is it okay to do it step by step and can we even get that done?

On the retirement age of 75, I confess I have not thought about it very much; although I have to say I now benefit from the fact that we do not have mandatory retirement at age 65 anymore in the universities. Since I am about to have my 61st birthday, I am delighted by that.

I do understand that people are living longer and healthier lives. Any number for mandatory retirement is inevitably arbitrary, but I have not thought about whether we are now all living long enough that it could be bumped to 80 years. I do not have a view on that.

**Senator Milne:** Personally I am in favour of term limits for senators, but they should not be renewable and they should be long enough to guarantee independence of thought. We heard very clearly from some members of the British House of Lords at noon today that independence of the second chamber was absolutely essential, as much as we can be independent when the Prime Minister appoints us.

This brings me back to something that Dr. Dobrowolsky said: Given the clearly stated intention of the present government to appoint partisan people, what would shorter terms do to independence of thought in a second chamber?

**Ms. Dobrowolsky:** I had not really thought of a time frame in any systemic way until I was asked to do this. Then I thought more about it and concluded that nine to 10 years is probably better than eight years, just because of the independence issue. It gives senators the longer view.

Senators can still draw on their experience, so you have the aspect of continuity, but also change. I do think we need to have a term longer than eight years, but I am wondering if 12 years is too long. I think the average now is about 12 years, so would it be enough of a change to say we are going to 12 years? I came to the compromise position of nine to 10 years for those reasons — and, again, definitely non-renewable.

Je dois dire que j'aime beaucoup le mécanisme correctif que propose M. Cairns. J'ai terminé mes remarques préliminaires en signalant que les modifications constitutionnelles liées aux institutions ont pratiquement toujours des conséquences imprévues, et qu'il est souvent très difficile de revenir en arrière une fois qu'on les a apportées.

À mon avis, l'adoption d'un mécanisme de révision ou d'une disposition de temporarisation est une très bonne idée. Cependant, je pense que nous faisons face à un dilemme très important quant à la question de savoir si nous pouvons effectuer une réforme complète. Est-ce une bonne idée de faire les choses étape par étape, et pouvons-nous seulement faire cela?

En ce qui concerne la retraite obligatoire à 75 ans, j'admets ne pas y avoir beaucoup réfléchi; même si je dois dire que je profite maintenant du fait que la retraite obligatoire à 65 ans n'existe plus dans les universités. Comme je vais bientôt avoir 61 ans, je m'en réjouis.

Je comprends que les gens vivent plus vieux et plus en santé qu'auparavant. L'âge de la retraite obligatoire est inévitablement arbitraire, mais je ne me suis pas attardé au fait d'établir si nous vivons tous suffisamment longtemps pour faire passer cet âge à 80 ans ou non. Je n'ai pas d'opinion à ce sujet.

**Le sénateur Milne :** Personnellement, je suis en faveur d'un mandat de durée limitée pour les sénateurs, mais je pense que le mandat ne devrait pas être renouvelable et suffisamment long pour garantir une certaine indépendance de pensée. Certains membres de la Chambre des Lords du Royaume-Uni nous ont dit très clairement, à midi, aujourd'hui, que l'indépendance de la seconde Chambre est absolument essentielle, dans la mesure où nous pouvons être indépendants lorsque notre nomination dépend du premier ministre.

Cela me ramène à quelque chose que Mme Dobrowolsky a dit : compte tenu de l'intention clairement déclarée du gouvernement actuel de nommer des membres de son parti, quel serait l'effet d'un mandat plus court sur l'indépendance de pensée de la seconde Chambre?

**Mme Dobrowolsky :** Je n'avais pas vraiment réfléchi de quelque façon systémique que ce soit à la durée du mandat jusqu'à ce qu'on me demande de venir témoigner. J'y ai réfléchi davantage, pour en arriver à la conclusion qu'un mandat de neuf ou dix ans serait probablement mieux qu'un mandat de huit ans, simplement en raison de la question de l'indépendance. Cela permettrait aux sénateurs de voir plus loin.

Les sénateurs peuvent toujours tirer parti de leur expérience, et il y a donc l'aspect continuité, mais aussi le changement. Je pense que le mandat doit durer plus longtemps que huit ans, mais je me demande si 12 ans serait trop long. Je pense que la moyenne des mandats, à l'heure actuelle, est d'environ 12 ans, alors est-ce que ce serait un changement suffisant de dire que les mandats vont durer 12 ans à partir de maintenant? J'ai fini par adopter la position intermédiaire pour ces raisons : un mandat de neuf ou dix ans — et, encore une fois, je suis absolument convaincue qu'il devrait être non renouvelable.

**Mr. Simeon:** It seems to me that the length of term is an important issue, but a trivial one compared to the method of appointment. If there is a fundamental problem with respect to the legitimacy the Senate, it would become worse, I agree, if we had eight-year renewable terms.

**The Chairman:** Baroness Deech said the same to this committee this morning.

**Mr. Simeon:** I think it is a holdover from our past that we have this prime ministerial nomination body. Taking that unilateral power away from the Prime Minister, or making him share it with other political actors — perhaps the electorate, but if not the electorate, then some broader set of political actors — is by far the most important single reform that one could do.

**The Chairman:** I think you will find a number of people here have a similar view.

**Senator Milne:** Professor Cairns, would you care to respond to any of that?

**Mr. Cairns:** In part, I think the issue of Senate terms is linked to the method of how senators get to be senators. If it is an appointive process, I might give one answer; if it is an electoral process, I might give a different one.

With an electoral process, I think you would probably give time periods that are somewhat shorter than if it is an appointive process. In that case, we want to avoid the possibility that a prime minister who gets elected for two terms — and we have had some very long-serving prime ministers — could, if he or she were so motivated, produce almost a monopoly for one party in the Senate, with say an eight-year turnover period. That would clearly gravely diminish the reputation of the Senate.

**Senator Stratton:** That happens right now, sir.

**Senator Bryden:** Professor Simeon, you expressed concern about the disengagement of senators — those of us who are tenured to age 75 — from the life of the country. In many ways, there is a very close parallel between our tenure — and our independence and our ability to say what we want — and our academia. Do you find yourself becoming disengaged from the life of the country now that you are moving into our grey area, no pun intended?

**Mr. Simeon:** That is a tough one. I read recently that at Harvard University something like 10 per cent of the faculty is over age 70 — the highest of any American academic institution. There is some debate — not a lot, but some — as to whether it would be better if there were somewhat more turnover. It is not necessarily that these older people are not engaged in research and the life of the country, but it would open up spaces for newer, younger people coming through. I did not mean to insult senators as a group on this point.

**M. Simeon :** Il me semble que la durée du mandat est une question importante, mais futile lorsqu'on la compare à celle du mode de nomination. Si la légitimité du Sénat pose un problème fondamental, je suis d'accord pour dire que ce problème serait encore plus grave avec des mandats renouvelables d'une durée de huit ans.

**Le président :** La baronne Deech a dit la même chose devant le comité ce matin.

**M. Simeon :** Je pense que l'organe de nomination lié à la fonction de premier ministre est un vestige de notre passé. Retirer ce pouvoir unilatéral au premier ministre, ou encore faire en sorte qu'il le partage avec d'autres acteurs politiques — peut-être avec les électeurs, mais si ce n'est pas avec les électeurs, alors ce serait avec un ensemble élargi d'acteurs politiques — serait de loin la réforme la plus importante qu'il soit possible de réaliser.

**Le président :** Je pense que vous avez constaté que beaucoup de gens ici ont un point de vue semblable.

**Le sénateur Milne :** Monsieur Cairns, voudriez-vous dire quelque chose là-dessus?

**M. Cairns :** Je pense que la question du mandat des sénateurs est en partie liée au mode selon lequel les sénateurs entrent en fonction. Si le processus est un processus de nomination, je pourrais donner une réponse; s'il s'agit d'un processus électoral, je pourrais donner une réponse différente.

Dans le cas d'un processus électoral, je pense que le temps accordé serait un peu plus court que dans le cas d'un processus de nomination. Dans ce cas, nous souhaitons éviter la possibilité qu'un premier ministre élu à deux reprises — et nous avons connu des premiers ministres qui sont demeurés longtemps en poste — puisse, si c'est ce qu'il souhaite, assurer le monopole de l'un des partis au Sénat, pour, disons, une durée de huit ans. Il est clair que cela nuirait gravement à la réputation du Sénat.

**Le sénateur Stratton :** C'est ce qui se produit à l'heure actuelle, monsieur.

**Le sénateur Bryden :** Monsieur Simeon, vous avez exprimé une préoccupation au sujet du désengagement des sénateurs — ceux d'entre nous dont le mandat se terminera à 75 ans — face à la vie du pays. À beaucoup d'égards, il y a des liens très étroits entre notre mandat — et notre indépendance et notre capacité de dire ce que nous voulons — et la carrière des universitaires. Constatez-vous que vous vous désengagez de la vie du pays, maintenant que vous entrez dans notre zone grise, sans mauvais jeu de mots?

**M. Simeon :** C'est une question difficile. J'ai lu récemment que, à l'Université Harvard, quelque chose comme 10 p. 100 des membres du corps enseignant sont âgés de plus de 70 ans — c'est le taux le plus élevé de tous les établissements universitaires américains. Il y a un certain débat — pas très important, mais qui existe tout de même — sur la question de savoir si ce serait mieux qu'il y ait un peu plus de roulement. Ce n'est pas nécessairement que les gens âgés ne sont pas engagés dans la recherche et dans la vie du pays, mais cela ferait de la place pour de nouvelles personnes, des jeunes. Je n'avais pas l'intention d'insulter les sénateurs en général à ce sujet.

**Senator Bryden:** I understand that, but can I go forward with that? I believe you all are or have been tenured professors. How long is your tenure now that they are starting to remove retirement at age 65? Would you prefer to have a 10-year term? Could you do better, would your university be better off if you churned it every eight or 10 years?

**Ms. Smith:** The Brookings Institution has such a system whereby you are there for only so many years, after which you might be asked to stay on for another segment of time. In some disciplines, you might get a different answer. The scientists might give you a different answer than the humanists or the social scientists might give. Sometimes on the humanist side older does mean wiser.

**Senator Bryden:** Sometimes it happens that way in the Senate.

**Ms. Smith:** Sometimes on the science side, that does not necessarily happen and the best work happens at a younger age. These things have to be kept in mind. The whole purpose of tenure in academia comes down to the capacity for independence.

**Senator Bryden:** I almost rest my case. That is why it is so difficult to amend the Senate. Once we are appointed for whatever motives, we have our independence immediately. No one, except the Senate or God, can take us out of it. I do not understand the difference in kind between your search and the search of your colleagues' in academia for tenure that will give you independence to express your opinions and the security of knowing that you can only be fired for cause. Senators can be fired for bankruptcy or moral turpitude or some such thing.

Some say that the Senate would be so much better off if it had a term whereas a university is better off if its professors have tenure for 30 years. Why is there a difference?

**Ms. Smith:** You make a perfectly good point, and it could be applied to the bench as well. As you know, in some European countries, such as Germany, judges are appointed for a ten-year or a 12-year non-renewable term. These decisions are made in various countries. We come from a British tradition that has been followed in some of these respects.

You are talking about the principle and your point is well taken.

**Senator Bryden:** Dr. Simeon, you indicated that in respect of the constitutional amendment for Bill S-4, in your opinion it can be done by Parliament alone.

**Le sénateur Bryden :** Je comprends, mais puis-je poursuivre là-dessus? Je crois que vous êtes tous ou que vous avez tous été des professeurs permanents. Combien de temps dure votre mandat, maintenant qu'on commence à supprimer la retraite obligatoire à 65 ans? Préférez-vous avoir un mandat de 10 ans? Pourriez-vous faire mieux, est-ce que votre université serait une meilleure université s'il y avait un brassage tous les huit ou dix ans?

**Mme Smith :** La Brookings Institution a un système du genre, selon lequel une personne n'y occupe un poste que pendant un nombre précis d'années, après quoi on peut lui demander de demeurer en fonction pour une nouvelle période. Dans certains domaines, vous pourriez obtenir une réponse différente. Les chercheurs scientifiques vous donneraient peut-être une réponse différente de celle des chercheurs des sciences humaines ou des sciences sociales. En sciences humaines, plus vieux veut parfois dire plus sages.

**Le sénateur Bryden :** C'est comme ça parfois au Sénat.

**Mme Smith :** Parfois, en sciences, ce n'est pas nécessairement ce qui se produit, et les chercheurs effectuent leurs meilleurs travaux lorsqu'ils sont jeunes. Il faut garder ces choses en tête. Toute l'idée d'un mandat dans le monde universitaire se résume à la capacité d'être indépendant.

**Le sénateur Bryden :** J'ai presque terminé. C'est la raison pour laquelle il est si difficile de réformer le Sénat. Une fois que nous sommes nommés pour des motifs quelconques, nous sommes immédiatement indépendants. Personne, mis à part le Sénat ou Dieu, ne peut nous démettre de nos fonctions. Je ne comprends pas la différence qu'il y a en tant que tel entre votre quête et celle de vos collègues universitaires, la quête d'un mandat qui vous offrira une indépendance suffisante pour exprimer vos opinions et l'assurance que vous ne serez jamais mis à la porte sans raison. Les sénateurs peuvent être démis de leurs fonctions pour cause de faillite ou de turpitude morale ou d'autres choses du genre.

Il y a des gens qui disent que cela fonctionnerait beaucoup mieux si le mandat des sénateurs était d'une durée définie, tandis que les universités fonctionnent beaucoup mieux lorsque les professeurs ont un mandat de 30 ans. Pourquoi y a-t-il une différence entre les deux?

**Mme Smith :** Vous soulevez un point tout à fait pertinent, et cette idée pourrait s'appliquer aussi à la magistrature. Comme vous le savez, dans certains pays d'Europe, l'Allemagne, par exemple, les juges sont nommés pour un mandat non renouvelable de dix ou de 12 ans. On prend ce genre de décision dans différents pays. Nos habitudes sont issues de la tradition britannique, que nous avons suivie à certains de ces égards.

Vous parlez du principe, et votre idée est bien reçue.

**Le sénateur Bryden :** Monsieur Simeon, vous avez indiqué que, en ce qui concerne la révision constitutionnelle relative au projet de loi S-4, à votre avis, seul le Parlement peut s'en charger.

**Mr. Simeon:** Yes, although I defer to the constitutional lawyers on this. I would not be definitive. I reviewed the testimony of a number of earlier witnesses and it seemed that the majority of them were of the opinion that it could be done under section 44. I would not claim the expertise to challenge that.

**Senator Bryden:** I asked that because when you appeared before the other committee, you said the same thing but before your panel mate, Mr. Whyte, responded to Senator Fraser. He provided a careful analysis as to why it could not be done and cited the Senate reference. He spoke to the fact that you cannot effect the essential characteristics or the fundamentals because it is basically a negotiated deal that was made between the provinces in order to form our federation. The courts took a clear position that the Senate can do housekeeping but cannot change the fundamental aspect.

There are three paragraphs to his argument. When Senator Fraser asked you for your comments on what was said, you replied, "I would not dare to challenge Professor Whyte on constitutional law, not being a constitutional lawyer."

**Mr. Simeon:** I have enormous respect for Professor Whyte and he was most eloquent in that session. However, I do not think it changed my mind.

This goes back to the length of term and whether one is changing the essential character and functions of the Senate. In considering the longer term, keep in mind that the longer the term the less danger there is of altering the basic characteristics of the Senate. My general argument in keeping with the traditional role of chamber of sober second thought is that the longer the term then the more ably those essential functions can be performed.

**Senator Joyal:** Professor Smith and distinguished guests, we are faced with a conundrum. We have before us Bill S-4 as is, which provides for an eight-year renewable term with no age limit. We have heard from many witnesses, and the special committee heard from some witnesses, and we began this process three weeks ago. Certainly, a reasonable person can entertain some doubt about the impact of the bill on the functioning of the current Senate — maintain the same independence, the same continuity of views, the same gradual regular change of its membership, et cetera.

On the other hand, we are faced with the other choice. If we doubt the bill's constitutionality, then we need to cure the doubt. Let us reduce those doubts to the point that they are reasonable and can be dealt with in fundamental changes to this bill in the areas of length of tenure, renewability and retirement age. Under the terms of this bill, if a senator were appointed at the age

**M. Simeon :** Oui, mais je renverrais la question aux avocats spécialistes du droit constitutionnel. Je ne suis pas en mesure de vous donner une réponse définitive. J'ai examiné les témoignages d'un certain nombre de personnes qui ont comparu devant le comité, et il semble que la majorité est d'avis que le Parlement ne peut faire cela dans le cadre de l'article 44. Je ne prétends pas avoir l'expertise qui me permettrait de contester cette affirmation.

**Le sénateur Bryden :** Je vous ai posé cette question parce que vous avez dit la même chose lorsque vous avez témoigné devant l'autre comité, mais avant qu'un autre témoin, M. Whyte, réponde à une question du sénateur Fraser. M. Whyte a fait une analyse prudente des raisons pour lesquelles cela est impossible, et il a cité le renvoi relatif au Sénat. Il a parlé du fait qu'il est impossible de modifier les caractéristiques essentielles ou les éléments fondamentaux de ce qui constitue, au fond, une entente conclue entre les provinces à l'issue de négociations dont l'objectif était la création de notre fédération. Les tribunaux ont adopté une position claire selon laquelle le Sénat peut prendre des mesures d'ordre administratif mais ne peut modifier cet aspect fondamental.

Son argument fait trois paragraphes. Lorsque le sénateur Fraser vous a demandé de commenter ce qui avait été dit, vous avez répondu : « Je n'oserais pas contredire M. Whyte dans le domaine du droit constitutionnel, puisque je ne suis pas spécialiste du droit constitutionnel. »

**M. Simeon :** J'ai énormément de respect pour M. Whyte, et il a été très éloquent durant cette séance. Cependant, je ne crois pas que ce qu'il a dit m'a fait changer d'idée.

Cela nous ramène à la durée du mandat et à la question de savoir si l'on modifie les caractéristiques essentielles et les fonctions du Sénat. Pour ce qui est d'un mandat de longue durée, il faut garder en tête que, plus le mandat dure longtemps, moins il y a de danger de modifier les caractéristiques fondamentales du Sénat. Selon le rôle traditionnel du Sénat, qui est chargé du second examen objectif, mon argument général est le suivant : plus le mandat des sénateurs dure longtemps, plus ils sont en mesure d'assumer ces fonctions essentielles avec compétence.

**Le sénateur Joyal :** Madame Smith, distingués invités, nous sommes placés devant un dilemme. Nous sommes chargés d'étudier le projet de loi S-4 actuel, qui prévoit un mandat renouvelable de huit ans sans aucune limite d'âge. Nous avons entendu de nombreux témoins, et le comité spécial a entendu un certain nombre de témoins, et nous avons entamé ce processus il y a trois semaines. Assurément, une personne raisonnable peut avoir certains doutes au sujet des répercussions du projet de loi sur le fonctionnement actuel du Sénat — le maintien de l'indépendance actuelle, des points de vue, du remplacement graduel et régulier des sénateurs, etc.

Cependant, nous avons aussi un autre choix. Si nous doutons de la constitutionnalité du projet de loi, alors nous devons faire quelque chose. Ramenons ces doutes à quelques éléments raisonnables dont on puisse s'occuper en apportant des modifications fondamentales au projet de loi dans les domaines de la durée du mandat, de la renouvelabilité et de l'âge de la

of 72, he or she would stay well beyond the current mandatory retirement age of 75. Professor Heard appeared before the committee and spoke to that aspect and we have some statistics. If we want to improve the participation and the reliability of the work of the Senate, we should retain mandatory retirement at age 75.

If we were to make those changes, we would still maintain the essential characteristics and the functions of the Senate, even though tenure would be changed from a theoretical 45 years to 15 years. We have our doubts about the bill so we should either say that it is unconstitutional and invite the government to refer it to the Supreme Court or we should say that, on the basis of everything we have heard, we will try to make it a reasonable and constitutionally sound bill.

What would you do, Professor Smith?

**Ms. Smith:** You are in a difficult position. I remember when this bill was first tabled in the Senate. One of the premiers, whom I will not name, was asked if he supported the bill and he said yes. The press asked why, and he said that he was in favour of an elected Senate. There is a definite optics problem that puts you in an extremely difficult position on the one hand and, on the other hand, you have laid out the options — you can throw the bill out, amend it or somehow take it before the court.

I am not sure that between amendment and getting it to the court, it is necessarily one or the other. For example, you could amend it, lengthen the term, excise the non-renewability, and I presume that could bring on a reaction of some kind, and who knows what would happen then.

**The Chairman:** The Prime Minister invited the committee to look at what the committee thought would be an appropriate term.

**Ms. Smith:** That means that that is a more interesting option than I might have been led to think.

**Mr. Simeon:** On that point, it seems to me that it is partly a technical issue whether section 44 or section 42 is operative. More fundamentally, it is a political judgment that you have to make. I am not totally sympathetic to saying, “We cannot make the political judgment, so let us hand it to a court to do it for us.” It could still end up in the Supreme Court, but would it not be better for the Senate, for Parliament, to make a decision and then see if anyone in the country, any of the premiers, would say, “No, you cannot do that, and we will take you to court”? You would still end up with a traditional resolution, but there would not be the politicians handing off a difficult football to the court.

retraite. D’après les dispositions du projet de loi, si un sénateur était nommé à l’âge de 72 ans, il demeurerait en fonction longtemps après avoir atteint l’âge actuel de la retraite obligatoire : 75 ans. M. Heard a comparu devant le comité, il a parlé de cela, et nous avons des chiffres. Si nous souhaitons améliorer la participation et la fiabilité des travaux du Sénat, nous devrions maintenir la retraite obligatoire à 75 ans.

Si nous devons effectuer ces changements, nous maintiendrions quand même les caractéristiques essentielles et les fonctions du Sénat, même si le mandat passerait d’une durée possible de 45 ans à 15 ans. Nous avons des doutes au sujet du projet de loi, alors nous devrions soit le déclarer anticonstitutionnel et inviter le gouvernement à le renvoyer à la Cour suprême, soit dire que, à la lumière de tout ce que nous avons entendu, nous allons essayer d’en faire un projet de loi raisonnable et constitutionnel.

Que feriez-vous, madame Smith?

**Mme Smith :** Vous vous trouvez dans une situation difficile. Je me souviens du moment où le projet de loi a été déposé pour la première fois devant le Sénat. On a demandé à l’un des premiers ministres, que je ne nommerai pas, s’il était en faveur du projet de loi, et il a répondu par l’affirmative. Les journalistes lui ont demandé pourquoi, et il a dit qu’il était en faveur d’un Sénat élu. D’une part, il y a un problème d’optique précis qui vous place dans une situation extrêmement difficile, et, d’autre part, vous avez énuméré les options — vous pouvez rejeter le projet de loi, le modifier ou le renvoyer, d’une manière ou d’une autre, devant la Cour suprême.

Je ne sais pas si la bonne solution consiste à choisir entre le fait de modifier le projet de loi ou de le renvoyer devant la Cour suprême. Vous pourriez, par exemple, le modifier en prolongeant le mandat et en excisant la non-renouvelabilité, et je suppose que cela engendrerait une réaction quelconque, et qui sait ce qui se produirait ensuite.

**Le président :** Le premier ministre a invité le comité à se pencher sur la question de la durée appropriée du mandat.

**Mme Smith :** Cela signifie qu’il s’agit d’une option plus intéressante que ce que j’ai été portée à croire.

**M. Simeon :** À ce sujet, il me semble qu’il s’agit en partie d’une question technique consistant à déterminer si l’article 44 ou l’article 42 sont applicables. Plus profondément, c’est un jugement politique qu’il faut porter. Je ne suis pas tout à fait en faveur de l’idée de dire : « Nous ne pouvons pas porter ce jugement politique, alors demandons à un tribunal de le faire pour nous. » Le projet de loi pourrait toujours aboutir devant la Cour suprême, mais ne serait-il pas mieux, pour le Sénat, pour le Parlement, de prendre une décision pour voir ensuite si quiconque au pays, n’importe lequel des premiers ministres, dira : « Non, vous ne pouvez faire cela, et nous allons porter l’affaire devant la Cour suprême »? L’affaire aurait quand même un dénouement normal, mais les politiciens ne refilerait pas la patate chaude au tribunal.

**Senator Joyal:** Our committee is the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. When we come to a conclusion, after studying a bill and hearing witnesses, hearing experts, learned distinguished professors like you this afternoon, that a bill violates a section of the Charter, it is our duty to amend it. That is why we are here. The court expects us to do that. We cannot just say, "This bill pleases us, and we will adopt it, and if someone sometime contests it in the court, so be it."

We are dealing here with the legislative structure of the country. We are not dealing with a transportation bill that changes the rates of passengers on ferries, and if people do not like it, we can change it. We are dealing here with the essential structure of the country that has to maintain its credibility in the eyes of all Canadians. That is why we have to satisfy ourselves, on the very substance of its constitutionality, that we are doing the right thing in terms of the Constitution. The Constitution has some parameters and some limits to government actions. If we want to do things that are outside Constitution, we have to change the Constitution. We cannot just say, "The Constitution is there but we will not bother with it because, on a policy level, it makes sense." We have to make sure that what we do satisfies the spirit and the objective of the Constitution the way it has been drafted and amended through the years.

The question I am posing to you has a dimension that for us, the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, is fundamental. We cannot recommend that Parliament adopt something about which we feel there is a doubt.

**Ms. Dobrowolsky:** I want to reinforce what Dr. Simeon said in relation to passing off difficult issues to the Supreme Court. There is a precedent of doing that. I agree with him that it is a political issue that needs to be decided in a political manner rather than passing it off to the Supreme Court.

Perhaps to try to deal with some of the legitimacy issues involved, could this Senate committee travel across the country and hear from different people and get broader feedback rather than asking experts and specialists and political scientists to speak to you? If you heard from a wider array of people, you might get more political legitimacy. Rather than making it into a legal question, you could look at the political process and open up the process to more Canadians.

**Mr. Cairns:** If a majority of the committee has reasonable doubts about the constitutionality of proceeding without resorting to the 7-50 formula, then they should recommend that the court pass judgement on it. If it is only an idiosyncratic position on the committee, they should not do so. It depends on what the committee decides. Do you, as a whole, decide by a

**Le sénateur Joyal :** Notre comité est le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Lorsque nous concluons, après avoir étudié un projet de loi, entendu des témoins, des spécialistes, des professeurs distingués et érudits comme vous, qu'un projet de loi viole un article de la Charte, il est de notre devoir de modifier ce projet de loi. C'est la raison pour laquelle nous sommes ici. C'est ce que la Cour suprême attend de nous. Nous ne pouvons nous contenter de dire : « Le projet de loi nous plaît, et nous allons l'adopter, et si quelqu'un le conteste à un moment donné devant la Cour suprême, alors soit. »

Nous sommes devant un problème touchant la structure législative du pays. Nous ne nous occupons pas d'un projet de loi concernant les transports et modifiant les tarifs des traversiers, que nous pourrions modifier si les gens n'étaient pas d'accord. La question qui nous occupe touche la structure essentielle du pays, dont la crédibilité doit être maintenue aux yeux de l'ensemble des Canadiens. C'est la raison pour laquelle nous devons être convaincus, en ce qui concerne la constitutionnalité même du projet de loi, que nous faisons ce qu'il faut faire par rapport à la Constitution. La Constitution définit certains paramètres et certaines limites au chapitre des mesures prises par le gouvernement. Si nous voulons faire des choses qui ne peuvent être faites dans le cadre de la Constitution, alors nous devons la modifier. Nous ne pouvons nous contenter de dire : « La Constitution existe, mais nous n'allons pas nous en soucier, parce que, sur le plan des politiques, le projet de loi a du sens. » Nous devons nous assurer que ce que nous faisons est conforme à l'esprit et à l'objectif de la Constitution, telle qu'elle a été rédigée et modifiée au fil du temps.

La question que je vous pose a une dimension fondamentale pour nous, les membres du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Nous ne pouvons recommander au Parlement d'adopter un projet de loi au sujet duquel nous pensons avoir des doutes.

**Mme Dobrowolsky :** Je veux insister sur ce que M. Simeon a dit au sujet du fait de refiler les dossiers difficiles à la Cour suprême. Cela a déjà été fait. Je suis d'accord avec lui lorsqu'il dit qu'il s'agit d'un problème politique qu'il faut régler par des moyens politiques plutôt que de le renvoyer à la Cour suprême.

Pour s'occuper de certains des problèmes de légitimité qui se posent, le comité sénatorial pourrait peut-être visiter le pays, entendre différentes personnes et obtenir davantage de rétroaction, plutôt que de demander l'avis d'experts, de spécialistes et de chercheurs en sciences politiques? Si vous entendiez le témoignage d'un groupe élargi, vous obtiendriez peut-être davantage de légitimité politique. Plutôt que d'en faire une question juridique, vous pourriez vous pencher sur le processus politique et faire participer davantage de Canadiens à ce processus.

**M. Cairns :** Si la majorité des membres du comité a des doutes raisonnables quant à la constitutionnalité de l'adoption du projet de loi sans recourir à la règle de sept provinces et de 50 p. 100 de la population, alors le comité devrait recommander qu'on demande à la Cour suprême de trancher la question. S'il ne s'agit que d'une position propre au comité, alors il ne devrait pas



majority that it is a constitutional problem? If so, send it to the courts. If one or two senators out of the 15 or so of you here think that but the rest of you do not, then do not send it. You consult. What is the informed opinion of the senators here? If by significant numbers you feel it is a problem, then you have an obligation, but if only a very few of you think it is a significant problem, then you go with the opinion that it is okay to proceed.

**Mr. Simeon:** Even if you did have a general consensus that it was legal, that does not decide the substance of the issue. You could conclude, "There is a perfect right for Parliament to do this, but we will still change the bill or reject it or whatever."

**Senator Joyal:** Absolutely. There are two levels. There is the constitutionality, and then there is the impact of the bill on the functioning of the institution, that is, the public interest involved in the changes that will be brought, and the end result of it, as you said, professor, on the law of unintended consequences. We try to circumscribe the impact as much as we can, but we can never be sure of the end results. Those are the two levels to the judgment we have to make. When we make one, it has an impact on the other to a certain degree because, to evaluate the impact and legality of the bill, we have to measure the impact on the policy aspect of the Senate as a parliamentary institution and the role it has to bring in the legislative process.

**The Chairman:** Professor Smith has to go. Thank you very much for coming. We appreciate your input.

**Ms. Smith:** I wish I could stay.

**The Chairman:** Have a safe trip. Senator Joyal, are you finished?

**Senator Joyal:** No, I have another question for Professor Simeon, if I have time.

**The Chairman:** We have 24 minutes, and I have three senators on the list

**Senator Joyal:** Put me on a second round.

**Senator Fraser:** I am very sorry that Professor Smith had to leave, because you are all such fantastic witnesses, including her.

On the matter of constitutionality, Professor Simeon, I would commend to your attention, if you have not already seen it, the testimony here last week by Professor Magnet. It is extremely interesting, whether or not you end up agreeing with him.

I have one question that I will direct to all of you, but before I do that I will put one question to Professor Cairns. I thank you, sir, for drawing such a beautiful description of how difficult it is to have one bill that would be truly appropriate for the

le faire. Tout dépend de la décision du comité. Est-ce que vous décidez par une majorité qu'il y a un problème constitutionnel? Le cas échéant, il faut en saisir les tribunaux. De la quinzaine de sénateurs, s'il y en a un ou deux qui sont de cet avis, mais que les autres n'y croient pas, à ce moment-là, il ne faut pas renvoyer l'affaire devant les tribunaux. On consulte. Quelle est l'opinion éclairée des sénateurs à ce sujet? Si, en nombres significatifs, vous estimez qu'il y a un problème, à ce moment-là, vous avez une obligation d'agir, mais s'il y en a très peu parmi vous qui y voient un problème important, alors, on décide qu'il convient d'aller de l'avant.

**M. Simeon :** Même si les sénateurs s'entendent généralement pour dire que c'est légal, cela ne tranche pas la question sur le fond. On pourrait conclure : « Il est tout à fait légitime que le Parlement agisse, mais nous allons quand même modifier le projet de loi ou le rejeter ou je ne sais quoi ».

**Le sénateur Joyal :** Tout à fait. La question comporte deux aspects. Il y a la constitutionnalité, puis il y a l'impact du projet de loi sur le fonctionnement d'une institution, c'est-à-dire qu'il faut songer à l'intérêt public en songeant aux modifications qui seront apportées et au résultat final de la chose, comme vous le dites, monsieur Simeon, à la loi des conséquences imprévues. Nous essaierons d'en circonscrire l'impact autant que possible, mais nous ne pouvons jamais être certains du résultat final. Ce sont les deux aspects de la décision dont nous devons tenir compte. En jugeant un aspect des choses, il faut penser au fait que cela a un certain effet sur l'autre aspect, car, pour évaluer l'impact et la légalité du projet de loi, il faut jauger l'impact de la mesure, pour ce qui touche les orientations, du Sénat en tant qu'institution parlementaire et du rôle que joue le Sénat dans la filière législative.

**Le président :** Mme Smith doit s'en aller. Merci beaucoup d'être venue. Nous apprécions votre contribution.

**Mme Smith :** J'aimerais pouvoir rester.

**Le président :** Bon voyage de retour. Monsieur Joyal, avez-vous terminé?

**Le sénateur Joyal :** Non j'ai une autre question à l'intention de M. Simeon, si j'ai le temps de la poser.

**Le président :** Nous disposons de 24 minutes, et j'ai trois noms de sénateurs sur la liste.

**Le sénateur Joyal :** Inscrivez-moi au deuxième tour.

**Le sénateur Fraser :** Je suis très peinée que Mme Smith doive partir. Vous êtes tous d'extraordinaires témoins, elle-même y compris.

Quant à la question de la constitutionnalité, monsieur Simeon, je signalerais à votre attention, si vous n'êtes pas déjà au courant, le témoignage fait ici la semaine dernière par M. Magnet. Il sera extrêmement intéressant de savoir si vous êtes d'accord avec lui ou non.

J'ai une question que je vais poser à tous, mais avant de faire cela, je poserai une question à M. Cairns. Merci, monsieur, d'avoir décrit avec tant d'art à quel point il est difficile d'en arriver à un projet de loi qui conviendrait tout à fait au Parlement

Parliament of Canada, whether it is an appointed or elected Senate. We have been grappling with this. I will ask you about the prospect of the consultative elections because I was interested in your remarks about fetters on the Prime Minister's discretion. I am asking you not for a legal opinion, necessarily, but certainly for a political one.

I remember the testimony from one or two witnesses who said that we would only be getting a pool of candidates from among whom the Prime Minister can continue to choose. I immediately tried to imagine what the public reaction would be after we had gone through an elaborate electoral process. The process set out in the bill now before the House of Commons is very elaborate, with rules for financing and the Chief Electoral Officer doing his thing. It is the real deal, in many ways, for an election.

What, then, would be the public reaction if the Prime Minister did not appoint the person who got the greatest number of votes but appointed, let us say, the person who got the fifth greatest number of votes? Is that actually politically feasible in a democratic country?

**Mr. Cairns:** Even appointing someone who did not compete in the election is another possibility. I think, senator, we take for granted that an election is a process of determining winners and losers. This is called a consultative or advisory election. People will judge it in that way. They will say, "This person came first, and Mr. Prime Minister, what on earth are you doing? You are appointing someone who got very few votes in this process." That would not only de-legitimate that candidate, it would de-legitimate the whole process of throwing it open to the public via this consultative, advisory role. I argue that even the Monahan-Hogg position that the Prime Minister could go to the larger pool of candidates, including both winners and losers, is politically a naive approach. It would be savaged in the editorials all across the country. Therefore, I argue that the discretion of the Prime Minister is almost totally undermined. I do not say that negatively. The purpose of it is to formalize his role so that the results of election dictate who gets appointed.

I do not think Mr. Harper has ever said that. I do not think it has cropped up in committees. However, I think that until maybe in stage three when we remove consultative advisory and say this is the final process, the reality would be that politically he could not get away with doing anything other than appointing the winner.

**Senator Fraser:** This question is for all of you, sparked by the interesting testimony that we heard earlier this day from members of the House of Lords. I think Lord Howe said that in all the various proposals for reform or change, he had not seen anything that would improve the performance of the House of Lords.

du Canada, qu'il s'agisse d'un Sénat nommé ou élu. Nous nous débattons avec cette question. Je vais vous demander comment vous voyez les élections consultatives : c'est que je m'intéresse à ce que vous dites des limites imposées au pouvoir discrétionnaire du premier ministre. Je vous demande non pas tant un avis juridique, forcément, mais, certainement, un avis politique.

Je me souviens d'un ou de deux témoins qui disaient que nous allions seulement obtenir un bassin de candidats parmi lesquels le premier ministre peut continuer à choisir. J'ai essayé d'imaginer tout de suite quelle serait la réaction du public après un processus électoral complexe. Le processus énoncé dans le projet de loi qui est actuellement à l'étude à la Chambre des communes est très complexe avec des règles de financement et le directeur général des élections qui s'attelle à sa tâche. C'est du vrai, à bien des égards, du point de vue électoral.

Quelle serait donc la réaction du public si le premier ministre nommait non pas la personne qui a obtenu le plus grand nombre de voix, mais, disons, celle qui est arrivée au cinquième rang à ce chapitre? Est-ce politiquement viable de procéder ainsi dans un pays démocratique?

**M. Cairns :** Il serait même possible de nommer une personne qui n'était pas candidate aux élections. Madame, je crois que nous tenons pour acquis le fait qu'une élection est un processus qui départage les gagnants des perdants. Il s'agit ici d'une élection consultative. Les gens la verront dans cette optique. Ils diront : « Cette personne-là est arrivée en premier. Monsieur le premier ministre : que diable faites-vous? Vous nommez quelqu'un qui a obtenu très peu de voix. » Cela aurait pour effet non seulement de délégitimer le candidat en question, mais aussi de délégitimer toute la démarche d'ouverture au public que représente cette élection consultative. Je ferai valoir que même la position de Monahan et de Hogg, soit que le premier ministre pourrait choisir parmi un bassin de candidats plus large, qui comprendrait les gagnants et les perdants, constitue une approche politiquement naïve. La décision serait taillée en pièces par les éditorialistes de tout le pays. Par conséquent, je dirais que le pouvoir discrétionnaire du premier ministre est presque entièrement miné. Je ne dis pas cela dans le sens négatif. Il s'agit d'officialiser son rôle pour que les résultats de l'élection déterminent qui sera nommé.

Je ne crois pas que M. Harper n'ait jamais dit cela. Je ne crois pas que la question n'ait jamais été soulevée en comité. Cependant, d'ici la troisième étape, peut-être à mon avis, au moment où nous allons éliminer le rôle consultatif et dire qu'il s'agit d'un processus final, la réalité, c'est que, d'un point de vue politique, il ne pourrait s'en tirer autrement qu'en nommant le gagnant.

**Le sénateur Fraser :** La question s'adresse à tous. Elle est née du témoignage intéressant que nous avons recueilli cette semaine auprès des membres de la Chambre des lords. C'est Lord Howe qui a dit, je crois, que dans toutes les propositions de réforme ou de changement qu'il a vues, il n'y en avait pas une seule qui servirait à améliorer le rendement de la Chambre des lords.

As learned observers of this institution, what do you think might improve the performance of the Senate? I think the performance of the Senate is better than most people think, but what I think is not at issue. It is what you think that counts.

**Ms. Dobrowolsky:** Given my shtick about representation, I think the Senate is doing a fine job as well. If you read the committee reports and the investigative hearings that have taken place in the Senate, there is a lot of fine work.

However, if you are asking me how to improve the Senate, I would focus on issues of representation, having more diversity in the Senate and having a wider range of voices.

This comes back to the earlier question regarding the age of retirement, whether or not it should stay at 75 years. I am in favour of mandatory retirement in order to have more of a diversity of viewpoints and have more of a turnover. I would be supportive of the age of 75 with respect to the turnover.

Again, to improve the Senate, I would try to focus on issues of representation and respond to the fact that the House of Commons has been very unrepresentative and under-representative of so many groups. That would be my recommendation.

**Mr. Simeon:** I want to agree with Professor Cairns. There is no such thing as an advisory election. If you go in that direction, of course it is a full constitutional amendment.

With respect to performance, that is a great question, and I agree with Professor Dobrowolsky. I would add two things. First, it depends a little bit on the nature of the role you expect the Senate to play. I see it as playing a limited role. That does not mean it is not important, but it is not a competitor to the House of Commons.

On the federal dimension, I have argued for a while now that instead of our total emphasis on executive federalism I wish we had more of what I call legislative federalism. Bodies like the Senate could do many things to build bridges between national and regional politics and national and regional legislatures.

No legislature, as far as I know, has had a standing committee on intergovernmental relations, for example. Why not? It is such an important issue. I have thought of this in terms of the House of Commons, but perhaps the Senate could do it. It seems to me that we need regular meetings not at the executive level but exchanges among legislatures from the provinces and the federal Parliament; for example, the British Columbia provincial and federal

Vous, qui êtes de savants observateurs de notre institution, sauriez-vous dire ce qui servirait à améliorer le rendement du Sénat? Je crois que le rendement du Sénat est meilleur que ce que la plupart des gens croient, mais ce que j'en pense n'est pas important. C'est ce que vous en pensez qui compte.

**Mme Dobrowolsky :** Compte tenu de ce que j'ai dit dans mon laïus sur la représentation, je crois aussi que le Sénat fait un très bon travail. Si vous lisez les rapports des comités et prenez connaissance des études qui ont eu lieu au Sénat, vous constatez qu'il s'y fait beaucoup de bon travail.

Cependant, si vous me demandez comment on ferait pour améliorer le Sénat, je dirais qu'il faut se concentrer sur les questions relatives à la représentation, sur l'idée d'avoir une plus grande diversité au Sénat et sur l'idée d'y faire une place à un plus grand nombre de voix.

Cela nous ramène à la question posée plus tôt à propos de l'âge de la retraite, à savoir s'il faut que cela demeure 75 ans. Je suis favorable à un âge de retraite obligatoire, pour que nous ayons une pluralité de points de vue et un taux de roulement plus élevé. Pour ce qui est du roulement en question, je serais favorable à l'idée de fixer la limite à 75 ans.

Encore une fois, pour améliorer le Sénat, j'essaierais de me concentrer sur les questions relatives à la représentation et de réagir au fait que la Chambre des communes représente très mal, sous-représente beaucoup un si grand nombre de groupes. Ce serait là ma recommandation.

**M. Simeon :** Je voudrais dire que je suis d'accord avec M. Cairns. Un scrutin n'est jamais consultatif. Si vous vous engagez dans cette voie, bien entendu, il faut penser à un amendement constitutionnel en bonne et due forme.

Pour ce qui est du rendement, voilà une grande question, et je suis d'accord avec Mme Dobrowolsky. J'ajouterais deux choses. Premièrement, cela tient un peu à la nature du rôle que vous souhaitez confier au Sénat. J'entrevois moi-même un rôle limité. Cela ne veut pas dire que ce n'est pas important, mais le Sénat ne serait pas le rival de la Chambre des communes.

Pour ce qui est de la dimension fédérale, je fais valoir depuis un moment déjà que, plutôt que d'insister exclusivement sur le fédéralisme exécutif, je souhaiterais que nous recourions davantage à ce que j'appelle le fédéralisme législatif. Des organismes comme le Sénat pourraient faire bien des choses pour jeter les ponts entre le monde politique national et le monde politique régional ainsi qu'entre les assemblées législatives nationales et régionales.

À ma connaissance, aucune assemblée législative n'a de comité permanent des relations intergouvernementales, par exemple. Pourquoi? C'est une question qui a tant d'importance. J'y ai pensé en lien avec la Chambre des communes, mais peut-être que le Sénat pourrait faire cela. Il me semble qu'il nous faut des réunions périodiques, mais pas à l'échelle de l'exécutif. Ce serait plutôt des échanges entre les assemblées législatives des provinces

legislators getting together and discussing their common problems and that sort of thing.

I would think that, with some imagination, the Senate could actually become more proactive in finding ways to build bridges and communications across levels of government. I think if we could do that, it would be an enormous achievement and could get us away from some of the fractious nature of turf protection that always occurs when the First Ministers get together.

**Mr. Cairns:** Presupposing we are still dealing with an appointed Senate as distinct from an elected Senate, David Smith in his good book on the Senate proposes that there should be a conventional understanding that the government majority in the Senate will never go above 70 to 30. Once you get close to that figure, then there is a kind of conventional obligation to appoint members of opposition parties or individuals linked to opposition parties.

Second, I think the Senate should try to develop a public rationale for its existence that undermines the argument that it is weak because it is not elected and therefore argue there are lots of positions in contemporary society where we defer to people who are appointed to key positions, particularly courts, because we assume they bring expertise to their performance and we would not particularly want them to be elected, such as, for example, judges. Try to develop a public rationale to undermine the argument that non-election itself confirms illegitimacy. There are other methods aside from elections that can confirm legitimacy for people making important decisions in our society, and the Senate should latch itself onto that; that is, if it does not go the elected route.

**Senator Milne:** Very quickly, Professor Dobrowolsky, you have mentioned elections and how we should have the Senate represent more diverse groups. However, elections do not do that.

**Ms. Dobrowolsky:** No, I did not call for elections.

**Senator Milne:** Traditionally, in Canada, women seem to have topped out at 20 per cent in almost every legislature across the country, and we are 34 per cent in the Senate.

**Ms. Dobrowolsky:** Yes, I am aware of that. I am very attracted to some of the research and writing and some of the points that are coming out of Britain in terms of more of a hybrid model, a combination of appointed and elected. You try to get the best of both worlds in that respect.

As you say, there is a glass ceiling in the House of Commons, and it is over 30 per cent in Senate representation. I am fully aware of that. I was not calling for an elected Senate. I was suggesting in terms of performance to build on what is already there.

et le Parlement fédéral; par exemple, les législateurs de la Colombie-Britannique et du Parlement fédéral pourraient se réunir et discuter des problèmes qu'ils ont en commun, ce genre de chose.

Je pense que, en ayant un peu d'imagination, le Sénat pourrait être davantage proactif et trouver des façons de jeter des ponts et d'ouvrir les voies de communication entre les ordres de gouvernement. Si nous arrivons à faire cela, à mon avis, ce serait tout un exploit. De même, cela nous éloignerait des querelles d'un territoire qui caractérisent toujours les réunions des premiers ministres des provinces.

**M. Cairns :** En présumant que nous avons toujours affaire à un Sénat nommé par opposition à un Sénat élu, dans le bon livre qu'il a écrit sur le Sénat, David Smith propose qu'il soit entendu, par convention, que la majorité gouvernementale au Sénat ne dépasse jamais les 70 p. 100. Dans les cas où on s'approche de ce nombre, entre alors en jeu, par convention, l'obligation de nommer des membres des partis de l'opposition ou des personnes liées aux partis de l'opposition.

Deuxièmement, je crois que le Sénat devrait concevoir une défense publique de son existence pour miner l'argument selon lequel il est faible car il n'est pas élu et, par conséquent, faire valoir que, dans la société moderne, nous nous en remettons souvent à des gens qui sont nommés à des postes clés, et c'est le cas particulièrement des tribunaux : c'est parce que nous présumons qu'ils possèdent une expertise utile. Nous ne tenons pas particulièrement à ce qu'ils soient élus comme, par exemple, les juges. Essayez de concevoir une défense publique qui permet de miner l'argument selon lequel non élu égale non légitime. Outre les scrutins, il existe des méthodes qui permettent de confirmer la légitimité des gens appelés à prendre des décisions importantes au sein de notre société. Le Sénat devrait s'accrocher à cette façon de faire valoir la question; enfin, s'il ne devient pas élu.

**Le sénateur Milne :** Très rapidement, madame Dobrowolsky, vous avez parlé d'élections et du fait que le Sénat devrait représenter des groupes plus diversifiés. Par contre, les élections n'assurent pas cela.

**Mme Dobrowolsky :** Non, je n'ai pas demandé d'élections.

**Le sénateur Milne :** De tradition, au Canada, les femmes semblent plafonner à 20 p. 100 dans presque toutes les assemblées législatives du pays, et nous en sommes à 34 p. 100 au Sénat.

**Mme Dobrowolsky :** Oui, je suis consciente de ce fait. Je porte un grand intérêt à certaines des recherches et à certaines des questions qui sortent de Grande-Bretagne en ce qui concerne un modèle hybride, qui combinerait le mode nommé et le mode élu. On essaie ainsi de jouer sur les deux tableaux.

Comme vous le dites, il y a un plafond de verre à la Chambre des communes, et le taux de représentation est supérieur à 30 p. 100 au Sénat. J'en suis tout à fait consciente. Je ne préconisais pas que le Sénat soit élu. Je proposais que, pour le rendement, on mise sur les acquis.

**Senator Hays:** I wanted to touch on some matters that are crossing my mind as I listen to your comments in response to the senators' questions as they relate to your presentations.

The issue of fixed terms for senators, renewable or not, has drawn from you comment regarding relevancy because of the potential for election. It touches on the powers of the Senate and, of course, the other question would be the method of appointment, which is clearly under section 42.

I raise this in the absence of my former colleague, Senator Austin. With respect to regional representation, none of you has mentioned the issue that this initiative I believe drew to the Senate floor, and that is that some provinces, in particular British Columbia and Alberta, feel that they are seriously under-represented in the Senate. If we are to address Senate reform on an incremental basis, this is an important issue to have in mind.

In other words, there is an argument for a condition precedent of setting mandates, particularly ones short and renewable, that we should first address how they are to be elected. There are other things involved, powers and so on of. If you do not want to comment on it, that is fine, but I would like to give you an opportunity to do so.

I have another question, which I will put on the table at the same time. I am from Alberta, and we now have for the third time — it has varied each time — provincial legislation that provides for Senate selection.

I like your comment very much, Professor Simeon. I agree with you that no matter what you call it, an election is an election. If a prime minister agreed to be bound by provincial legislation of that nature, there may be constitutional issues there.

**Mr. Simeon:** I am glad you raised that, senator. I assumed that issue was not on the agenda for today, but I am a big fan of the Murray-Austin suggestion. It seems to me it is a more obviously right thing to do than changing the terms. The problem is that this clearly requires the full amending procedure; and, as was pointed out earlier, people tend to feel very strongly about their number of Senate seats and appeal to tradition and that sort of thing.

On the substance of it, I have never been a believer in equal numbers. I have always been a believer that you need to give greater weight to the smaller regions, so it should not be purely proportional either. However, the distortions are so large now, and the under-representation of Western Canada is so huge, that if it were at all possible, I would love to.

**Le sénateur Hays :** Je voulais parler un peu de certaines des questions qui me traversent l'esprit tandis que je vous écoute répondre aux questions des sénateurs en ce qui concerne votre exposé.

La question des mandats fixes au Sénat, qu'ils soient renouvelables ou non, évoque chez vous la question de la pertinence, étant donné les possibilités d'élections. Cela fait intervenir les pouvoirs du Sénat et, bien entendu, l'autre question touche la méthode de nomination, qui est clairement énoncée à l'article 42.

Je soulève la question en l'absence de mon ex-collègue, le sénateur Austin. Pour ce qui touche la représentation régionale, aucun d'entre vous n'a mentionné la question que cela a soulevée au Sénat, soit que certaines des provinces, et en particulier la Colombie-Britannique et l'Alberta, s'estiment gravement sous-représentées au Sénat. S'il faut réformer le Sénat progressivement, c'est une question importante qu'il faut avoir à l'esprit.

Autrement dit, l'établissement de mandats, particulièrement de mandats courts et renouvelables, comporterait des conditions préalables auxquelles il faudrait d'abord s'attacher avant de voir ce que serait le mode d'élection. D'autres facteurs entrent en jeu, notamment celui des pouvoirs. Si vous ne souhaitez pas commenter la question, c'est votre droit, mais j'aimerais bien avoir l'occasion de le faire, moi.

J'ai une autre question que je poserai au même moment. Je suis originaire de l'Alberta, et, maintenant, pour la troisième fois — ça a varié à chaque coup —, nous avons une loi prévoyant la sélection des sénateurs.

Je vous serais très reconnaissant de commenter la question, monsieur Simeon. Je suis d'accord avec vous : quel que soit le nom choisi, une élection demeure une élection. Si un premier ministre accepte d'être lié par une loi provinciale de cette nature, il y a peut-être des questions constitutionnelles qui entrent en jeu.

**M. Simeon :** Je suis heureux que vous ayez soulevé la question, sénateur. Je présumais que cette question n'était pas à l'ordre du jour, mais j'appuie sans réserve la proposition Murray-Austin. Cela me paraît être une mesure plus judicieuse que la modification des mandats. Le hic, c'est qu'il faut, cela ne fait aucun doute, enclencher la procédure d'amendement dans son intégralité; et, comme on l'a dit plus tôt, les gens ont tendance à tenir beaucoup au nombre de sièges qu'ils ont au Sénat et, à ce moment-là, ils évoquent la tradition et ainsi de suite.

Essentiellement, je n'ai jamais cru à l'égalité numérique. J'ai toujours été d'avis qu'il fallait donner un plus grand poids aux petites régions, pour que ce ne soit pas purement proportionnel non plus. Tout de même, en ce moment, les distorsions sont si grandes, et la sous-représentation de l'Ouest du Canada, si énorme, que si c'était possible d'une façon ou d'une autre, j'aimerais bien m'y attaquer.

Of course, your bill does not at all rectify the whole problem; there are still enormous distortions. Again, it seems kind of an incremental, modest, moderate attempt to address some aspect of the problem, and I have supported it all along.

**Mr. Cairns:** I would be in favour of the modification suggested in that other proposal going through the Senate. We would have to realize, however, that probably the Prime Minister and the government would view this as contaminating the process they are focusing on, in that it would raise very controversial issues among the provinces at a time when they want to proceed stage by stage. They have said nothing in public about what they will do when they get to stage three, but the presumption is that that will be when they come up with their recommendations for modifying the regional distribution. I am in favour; but, politically, I think the government — and you could consider this a good or bad point — would find this very unhelpful.

**Ms. Dobrowolsky:** In part, coming from Nova Scotia, I feel I should be representing Atlantic Canada, the Maritimes. At the same time, we are hugely over-represented vis-à-vis the West; it is seriously an issue.

However, what comes to mind is that, even though we are hugely represented, when it comes to policies that are being promoted now — equalization issues, for example — our representation has not really had an impact on legislation. Now the West is well represented in the House of Commons but not well represented in the Senate, and Nova Scotia is well represented in the Senate, yet —

**The Chairman:** We have three vacancies.

**Ms. Dobrowolsky:** Yes, theoretically, that is how many positions are to be filled. I find it interesting that we are over-represented in the Senate, yet when it comes to policy, we do not have much impact in terms of priorities; that is another consideration.

**Senator Hays:** Do you have any comment on this interesting Alberta law that would mesh very nicely with the Prime Minister's government, which the government of the day has proposed? I am in total agreement with my colleagues in terms of where they seem to be coming from — we are not judges, we are legislators and I am on the record as indicating I would not favour less than a 12-year, non-renewable term.

In any event, it has never been challenged or really used, although there is an argument it may have been used once, but I think that was more part of a deal on Charlottetown. What do you think of the Alberta initiative to get elected senators?

**Mr. Simeon:** I think it is good provincial politics, a good way of stirring the pot a little bit. I have no problem with it. There is no obligation on the part of the Prime Minister to follow whatever

Bien entendu, votre projet de loi ne règle pas le problème entier; il reste d'énormes distorsions. Encore une fois, ça semble être une sorte de tentative modérée, modeste, progressive pour régler un aspect du problème, et c'est une mesure que j'ai toujours appuyée.

**M. Cairns :** J'appuierais la modification énoncée dans l'autre proposition dont il est question au Sénat. Nous devrions tout de même être conscients du fait que le premier ministre et le gouvernement y verraient probablement une mesure qui contamine le processus auquel ils travaillent, au sens où cela fait intervenir des questions très controversées parmi les provinces, à un moment où elles veulent y aller étape par étape. Les responsables n'ont rien dit en public à propos de ce qu'on fera une fois arrivée l'étape trois, mais il est à présumer qu'ils formuleront alors des recommandations visant la modification de la répartition régionale. J'y suis favorable; par contre, politiquement, je crois que le gouvernement — et vous pouvez y voir quelque chose de bon ou de mauvais — y verrait une grande nuisance.

**Mme Dobrowolsky :** En partie, comme je suis originaire de la Nouvelle-Écosse, je crois que je devrais représenter la région de l'Atlantique, les Maritimes. En même temps, nous sommes énormément surreprésentés par rapport à l'Ouest; c'est un grave problème.

Tout de même, ce qui me vient à l'esprit, c'est que, même si nous sommes énormément surreprésentés, si on songe aux politiques qui sont défendues en ce moment — pour la péréquation, par exemple —, je constate que notre taux de représentation n'a pas vraiment eu d'effet sur le législateur. Puis, l'Ouest est bien représenté à la Chambre des communes, mais pas au Sénat, et la Nouvelle-Écosse est bien représentée au Sénat; néanmoins...

**Le président :** Nous avons trois places à pourvoir.

**Mme Dobrowolsky :** Oui, théoriquement, c'est le nombre de postes qu'il faut pourvoir. Je trouve cela intéressant de savoir que nous sommes représentés à l'excès au Sénat, mais, du point de vue des orientations adoptées, nous n'exerçons pas une grande influence sur les priorités; voilà une autre considération.

**Le sénateur Hays :** Avez-vous quelque chose à dire à propos de cette loi intéressante adoptée en Alberta et qui cadrerait très bien avec les desseins du gouvernement du premier ministre, que le gouvernement a proposée? Je suis tout à fait d'accord avec mes collègues pour dire que ce serait là les intentions — nous ne sommes pas des juges, nous sommes des législateurs, et j'ai déjà dit que je préconiserais tout au moins un mandat non renouvelable de 12 ans.

De toute manière, on ne l'a jamais contestée ou vraiment utilisée, quoiqu'on puisse faire valoir qu'elle a servi une fois, mais je crois que cela avait davantage trait à la question de Charlottetown. Que pensez-vous de la mesure albertaine visant à faire élire les sénateurs?

**M. Simeon :** Je crois que c'est de bonne guerre d'agir ainsi en politique provinciale; c'est une bonne façon de mettre de la pression. Je ne m'oppose pas du tout à cela. Le premier ministre

they decide; if they want to have a vote on that, I cannot see it as a problem at all. If we want to stir up the debate, it is not a bad way to do it.

**Mr. Cairns:** The bill, which has had only first reading in the House of Commons, discusses the process of election. The bill is somewhat unclear, from my perspective. It indicates that the Prime Minister could decide to have the election of senators from a particular province coincide with a provincial election, or they could have it coincide with a federal election.

I am actually opposed to it coinciding with any election, because to do so injects the bias of the politics that are occurring at the time. That the senatorial elections are being considered probably influences the outcome, which is why provinces would like to control the process by which individuals from the provincial level get selected to appear in Ottawa. I will leave it at that.

Where the process gets put is extremely important. I cannot understand how the federal government in its proposal would indicate it could be either at the provincial level at the same time as provincial election or at the federal level, with no indication that it understands the consequences that flow from where these occur. Also, I cannot see how you fit in eight-year time periods if you allow the determination of when an election occurs to depend upon when British Columbia calls a provincial election. It is unworkable.

**Senator Hays:** I have a last question for Professor Cairns regarding his comments about the Prime Minister's discretion in appointments of senators being fettered. Our understanding is pretty straightforward. The prerogative of making the recommendation to the Governor General is the Prime Minister's by convention, and that has been reinforced by Orders-in-Council reflecting that.

This is a question about changing the way in which that prerogative is exercised, leaving the Governor General with the power but going behind the Governor General to the Prime Minister — under section 44, in some way formally changing the way in which the Prime Minister's prerogative is exercised, either by giving it to an independent appointments commission or doing something with it of that nature. Would you comment on that and whether that would involve a section 42 amendment, which would mean the provinces would be involved?

**Mr. Cairns:** I am not sure I can answer the constitutional aspect of your question, Senator Hays. I think I have to agree with my colleague, Professor Simeon, that I leave that to the lawyers; I would rather not put my foot in my mouth on that.

**Senator Hays:** That is probably wise, but I would have enjoyed your answer.

n'est nullement obligé de se plier à ce que décident les autorités albertaines; si elles décident de mettre cela aux voix, je n'y vois moi-même aucun problème. Si nous voulons provoquer un débat, ce n'est pas une mauvaise façon de procéder.

**M. Cairns :** Le projet de loi, qui n'a été adopté qu'en première lecture à la Chambre des communes, traite du processus d'élection. Il comporte certaines ambiguïtés, à mon avis. Il est dit que le premier ministre pourrait décider de faire coïncider l'élection des sénateurs dans une province en particulier avec une élection provinciale, ou encore avec une élection fédérale.

De fait, je m'oppose à ce que cela puisse coïncider avec quelque élection que ce soit, car cela ferait intervenir le préjugé politique qui prévaut à ce moment-là. Le fait que des élections sénatoriales soient envisagées a probablement une influence sur les résultats, ce qui explique pourquoi les provinces essaient de contrôler le processus par lequel une personne est choisie, à l'échelle de la province, pour aller siéger à Ottawa. Je n'en dirai pas plus.

L'ordre de gouvernement choisi est extrêmement important. Je n'arrive pas à comprendre comment le gouvernement fédéral peut faire valoir qu'il peut s'agir d'un scrutin provincial qui coïncide soit avec une élection provinciale, soit avec une élection fédérale, sans laisser entrevoir qu'il comprend les conséquences qui en découleraient. De même, je ne comprends pas en quoi on peut prévoir des mandats de huit ans si on permet que le moment choisi pour un scrutin dépend du moment choisi pour déclencher des élections provinciales en Colombie-Britannique. Ce n'est pas viable.

**Le sénateur Hays :** Je poserais une dernière question à M. Cairns au sujet des propos qu'il a tenus quant aux limites touchant le pouvoir discrétionnaire de nomination du premier ministre. Notre façon de voir la chose est assez simple. C'est par convention que le premier ministre a la prérogative de formuler la documentation au gouverneur général, ce que les décrets sont venus confirmer.

Il s'agit de voir comment modifier la façon dont la prérogative en question s'exerce, en laissant au gouverneur général le pouvoir, mais en allant derrière lui jusqu'au premier ministre — avant l'application de l'article 44, d'une façon ou d'une autre, pour modifier la façon dont le premier ministre exerce cette prérogative, soit en confiant la question à une commission indépendante de nominations, soit en adoptant une autre mesure semblable. Pourriez-vous nous dire ce que vous pensez de cette question et dire si, selon vous, il faudrait modifier l'article 42, ce qui veut dire que les provinces entreraient en jeu?

**M. Cairns :** Je ne suis pas sûr de pouvoir traiter de la dimension constitutionnelle de votre question, sénateur Hays. Je dois exprimer mon accord avec mon collègue, M. Simeon, soit que c'est là une question qui appartient aux avocats; j'aimerais mieux ne pas me mettre le pied dans ce plat-là.

**Le sénateur Hays :** C'est probablement une réaction sage de votre part, mais j'aurais bien aimé entendre votre réponse.

**Senator Baker:** I enjoyed the witnesses immensely; it was very interesting testimony. I would like to ask your opinion — I suppose it is an academic question, but you have referenced it several times: Do you think the Senate should have a standard of review?

You referenced the appellate courts, I presume, in each one of your statements, likening that function, in varying degrees, to the Senate. Of course, if you go to any appellate court, there are very strict rules on what they can and cannot do to things referred to them.

I can imagine your problem in a classroom, if you were teaching the functions of the Senate and the only reference you can make is the sober second thought on legislation, which is usually the reference given as to what the function of the Senate is.

The Supreme Court of Canada cannot retry a case, except in exceptional circumstances. Discretion is given to the trier of fact in the first instance, the trial judge. Deference is given to the House of Commons. Do you think there should be a written definition of the standard of review on legislation that the Senate would be in some way confined to, just as judges are? Have you ever considered that? Has anyone ever written a paper on that?

**Mr. Simeon:** I would not know if anyone has. I would be nervous about overdoing the analogy between the Senate and the high court. It is a political body and, under the Constitution, except for money bills, it has equal powers to the House of Commons. Its deference to the House of Commons is political, not constitutional.

Yes, there should be standards. For the Senate to stand up against the clearly expressed will of the House of Commons is not legitimate in the long run and so on. As I explained earlier, my sense of the Senate is that it has some important but quite limited roles. I do not think I would be in favour of writing those down in a kind of new rubric that could then be used to deny something as simple as the right to raise a question because it is outside the Senate's purview. It would be much better to rely on the restraint of the members of the body.

**Mr. Cairns:** I agree with Professor Simeon. The attempt to develop an official standard of review would be a terrible mistake. The best thing is to appeal to history and what the Senate has done in past and determine whether this precedent should be followed or modified. The idea of writing it all down for unforeseen future circumstances is an impossible objective.

**The Chairman:** There are more as well, such as regional and minority representation.

**Le sénateur Baker :** J'ai apprécié énormément les propos des témoins; c'était des témoignages très intéressants. J'aimerais vous sonder sur un point — je présume que c'est une question purement théorique, mais vous y avez fait allusion plusieurs fois : croyez-vous que le Sénat devrait s'astreindre à un critère d'examen?

Vous avez fait allusion aux cours d'appel, je présume, dans chacune de vos déclarations, en comparant leurs rôles, à divers degrés, à celui du Sénat. Bien entendu, tout tribunal d'appel qui se respecte assujettit à des règles très strictes ce qu'il peut faire et ne peut pas faire des questions qui lui sont confiées.

Je peux imaginer le problème que vous auriez en classe, si vous deviez enseigner le rôle du Sénat et que la seule notion à laquelle vous pouviez faire allusion, c'est celle du second examen objectif porté sur les projets de loi, c'est-à-dire la notion à laquelle on se reporte habituellement pour expliquer le rôle du Sénat.

La Cour suprême du Canada ne peut réentendre une cause, sauf de façon exceptionnelle. En premier lieu, c'est le juge des faits, le juge d'instance, qui a le pouvoir d'apprécier l'affaire. Il y a déférence à l'égard de la Chambre des communes. Croyez-vous que le Sénat devrait être assujéti d'une manière ou d'une autre, à l'exemple des juges, à une définition écrite du critère d'examen des textes de loi? Avez-vous déjà envisagé une telle chose? Quelqu'un a-t-il déjà écrit là-dessus?

**M. Simeon :** Je ne saurais vous le dire. Je m'inquiérais de trop insister sur l'analogie entre le Sénat et le tribunal supérieur. Le Sénat est un organisme politique qui, selon la Constitution, exception faite des projets de loi de finances, dispose de pouvoirs égaux à ceux de la Chambre des communes. Sa déférence à l'égard de la Chambre des communes est de nature politique et non pas constitutionnelle.

Oui, il devrait y avoir des critères. Que le Sénat se prononce clairement contre la volonté expresse de la Chambre des communes n'est pas légitime à long terme. Comme je l'ai expliqué plus tôt, d'après moi, le Sénat est chargé de tâches importantes, mais limitées. Je ne crois pas être en faveur de l'idée de coucher par écrit de telles règles, sous une nouvelle rubrique qui pourrait alors servir à poser un acte aussi simple que celui qui consiste à soulever une question parce que cela se situerait en dehors du champ d'action du Sénat. Il vaudrait nettement mieux se fier à la retenue des membres de l'organisme.

**M. Cairns :** Je suis d'accord avec M. Simeon. La tentative faite pour élaborer un critère d'examen en bonne et due forme représenterait une erreur terrible. La meilleure chose, c'est de faire appel à l'histoire et de se demander ce que le Sénat a fait dans le passé, et déterminer si c'est là un précédent qu'il faudrait suivre ou modifier. Noter tout par écrit pour un avenir quelconque représente un objectif impossible à atteindre.

**Le président :** Il y a d'autres éléments encore, par exemple la représentation régionale et la représentation des minorités.



**Senator Stratton:** Professor Cairns, I have heard from the other three professors with respect to tenure. I want to focus on that issue. I am not sure that I heard you speak to that. Do you accept the eight-year tenure or do you think it should be longer? If so, what length of time should it be?

**Mr. Cairns:** Most of those who argued it should be longer have two criteria: first, you need a lot of experience before you are socialized formally into the understanding of how the Senate works; second, assuming the existing legislation of prime ministerial appointment takes place, you want the time period to be long enough that a prime minister will have considerable difficulty if he tries to pack the Senate overwhelmingly with his own supports. Therefore eight years seems too short. Once we consider 10 or 11 years, you need three successive terms, which is not too likely to happen frequently.

**Senator Stratton:** I appreciate that. If we were to determine whether there should be consultation with the provinces with respect to the nomination of senators, could we not do that, in effect, by making it an election issue? In other words, could we not go to the public? Some witnesses have said that we must consult with the public. Would saying to the electorate that we would like to have a consultative process not be seen as a consultation? It would be as it is described in the bill currently and, having a positive response to that, we could go ahead with the consultative process. Would that not be a measure of consulting with the public? To do otherwise has already been tried and has failed. Could I have your response to that?

**Mr. Simeon:** Consulting is consulting and electing is electing, and they are not the same thing. You could think of many ways to do consultation and doing elections but there is a clear distinction between what each means. Putting those two terms together as the bill does is not feasible.

**Ms. Dobrowsky:** I recall former Prime Minister Kim Campbell's comments that elections are not the time to deal with policy. This issue is important, and in an election it would be grouped with many other issues and might be overshadowed.

**Mr. Cairns:** If the constitutional amendment requires the seven provinces with 50 per cent of the population, there is now something approaching a convention that that has to be ratified in a public referendum. Therefore, there would be a very expensive and complicated process of consultation. We have left behind us the possibility that a major constitutional amendment can be undertaken by governments alone. This is a long-run impact of the Charter on the public consciousness of Canadians.

**Senator Stratton:** Given Charlottetown, the 7-50 formula and actual referendums in provinces now, the likelihood of that ever occurring is pretty remote. That is why I believe there has to be

**Le sénateur Stratton :** Monsieur Cairns, j'ai entendu le point de vue de trois autres professeurs en ce qui concerne le mandat des sénateurs. Je veux m'en tenir à cette question. Je ne suis pas sûr de vous avoir entendu en parler. Acceptez-vous qu'il y ait un mandat de huit ans ou croyez-vous que ce devrait être plus long? Le cas échéant, quelle devrait être la durée?

**M. Cairns :** La plupart des tenants d'un mandat de longue durée évoquent deux critères : premièrement, il faut beaucoup de temps pour s'insérer dans le corps social du Sénat et en saisir les rouages; deuxièmement, en présumant que l'actuel projet de loi sur la nomination par le premier ministre est adopté, il faut que les mandats soient d'une durée suffisante pour entraver les desseins d'un premier ministre qui voudrait ne nommer que ses partisans au Sénat. Le mandat de huit ans paraît donc trop court. S'il faut penser que ce serait dix ou onze ans, il faut alors penser qu'il y aurait trois mandats successifs, ce qui ne se produira vraisemblablement pas très souvent.

**Le sénateur Stratton :** Je comprends. Si nous décidions qu'il faut consulter les provinces au sujet de la nomination des sénateurs, ne pourrions-nous le faire, dans les faits, en en faisant une question électorale? Autrement dit, ne pourrions-nous pas nous adresser au public? Certains témoins ont affirmé que nous devons consulter le public. Dire à l'électorat que nous souhaitons adopter un processus consultatif n'équivaut-il pas en somme à une consultation? La démarche s'apparenterait à ce qui est actuellement décrit dans le projet de loi et, moyennant une réaction favorable, nous pourrions aller de l'avant avec le processus de consultation. Est-ce que ce ne serait pas une façon de consulter le public? On a déjà essayé de procéder autrement, mais en vain. Qu'en pensez-vous?

**M. Simeon :** Consulter, c'est consulter; élire c'est élire. Ce sont deux choses différentes. On pourrait imaginer de nombreuses façons de consulter et d'organiser des scrutins, mais il y a une distinction claire entre les deux notions. Mettre les deux termes ensemble comme on le fait dans le projet de loi n'est pas viable.

**Mme Dobrowsky :** Je me rappelle la fois où la première ministre Kim Campbell a dit que les élections, ce n'était pas le temps de discuter des grandes questions gouvernementales. Cette question est importante et, pendant une élection, elle serait associée à de nombreuses autres questions, qui pourraient lui faire de l'ombre.

**M. Cairns :** Pour amender la Constitution, il faut l'accord de sept provinces comptant 50 p. 100 de la population. Si tel est le cas, il y a maintenant un usage qui s'approche d'une convention et qui doit être ratifié au moyen d'un référendum. Ce serait peut-être donc un processus de consultation très coûteux et très compliqué. Nous avons laissé derrière nous la possibilité qu'un amendement constitutionnel d'envergure puisse être l'affaire des seuls gouvernements. Voilà un effet à long terme de la Charte sur la conscience publique au Canada.

**Le sénateur Stratton :** Compte tenu de Charlottetown, de la formule d'amendement 7-50 et des référendums dans les provinces maintenant, les probabilités que ça ne se produise jamais sont

some method of doing this in a step-by-step process, because the other process, in my view, will never work.

With respect to representation in this chamber, it gets interesting when you look at the new democracies evolving, such as Iraq, where there is a floor for the number of women to be represented in their houses. In Iraq, it is stated that 30 per cent shall be women. It could be 50 per cent elsewhere but in Iraq it is 30 per cent. If you consulted with the provinces, why would you not put the floor at 30 per cent women? Why would you not go to proportional representation? The House of Commons has four parties, and at one time they had five parties. The Senate has two parties. That is not what you would call an appropriate way of dealing with representation in this chamber. How would you correct that? That is the real issue in respect of electing senators. You have to force the change so that you have better representation from the cross-section of the public, including the Green Party and the NDP, who are not represented in the Senate.

**Mr. Simeon:** First, the attempts to discuss electoral reform show us that electoral systems are truly complicated. The political interests involved in deciding elections are highly complicated. That makes me pessimistic about our ability, given the level of consensus that amendment requires, to devise an electoral system that would be politically feasible for an elected Senate and have it produce the results that we want in respect of representation. This is why I have come back around to the appointment process, as long as a legitimate one involving both orders of government and having certain rules in its decision making with respect to representation were developed.

**Ms. Dobrowolsky:** Some research from the political party system tells us that it is not good enough to have good intentions only and say that there should be more women and more diversity. Concrete measures have to be in place. For example, in Britain in the 1997 election, Labour said that they would have all females short-listed in certain ridings. They described it as positive action. These kinds of concrete steps have to be taken or it will not happen. That has to be kept in mind. It is fine to have good intentions but you need to take some positive measures to reflect that diversity.

**Mr. Cairns:** In general, we know that the proportional representation systems are better at picking up minorities than are the first past the post systems. The difficulty in categorizing at any time what minorities deserve the special places or in defining electoral systems to facilitate their selection is simply that the relevant minorities change over time. Someone doing this in the year 1950 would have had a very different list of minorities than they would have today, and someone doing it 25 years from now will have a different list too. You can never pin down for eternity

assez minces. C'est pourquoi, à mon avis, il faut trouver une façon d'instaurer cela progressivement, car l'autre façon, à mon avis, ne marchera jamais.

Pour ce qui est de la représentation au sein de la Chambre haute, il est intéressant de noter l'évolution des nouvelles démocraties, par exemple en Irak, où il y a un minimum de sièges réservés aux femmes dans les Chambres. En Irak, il est prévu que 30 p. 100 des sièges vont aux femmes. Ce pourrait être 50 p. 100 ailleurs, mais en Irak, c'est 30 p. 100. Si vous consultez les provinces, pourquoi alors ne pas fixer le minimum à 30 p. 100 dans le cas des femmes? Pourquoi ne pas opter pour une représentation proportionnelle? Quatre partis sont représentés à la Chambre des communes; à une certaine époque, il y en avait cinq. Deux partis sont représentés au Sénat. Ce n'est pas une façon convenable d'en arriver à une représentation digne de ce nom au sein de la Chambre haute. Que feriez-vous pour corriger cela? Voilà la véritable question en ce qui concerne l'élection de sénateurs. Vous devez forcer la main au changement pour en arriver à une meilleure représentation de tous les segments du grand public, y compris le Parti vert et le NPD, qui ne sont pas représentés au Sénat.

**M. Simeon :** Premièrement, les tentatives faites pour discuter de la réforme électorale nous le montrent : les régimes électoraux sont vraiment compliqués. Les intérêts politiques qui déterminent l'issue des élections sont extrêmement compliqués. De sorte que je suis pessimiste à l'idée que nous puissions, étant donné le degré de consensus qu'exige un amendement, concevoir un régime électoral qui serait politiquement viable, qui aboutirait à un Sénat élu et qui produirait les résultats que nous souhaitons obtenir du point de vue de la représentation. C'est pourquoi je reviens à la question du mode de nomination, en posant pour condition qu'une façon légitime de procéder ferait appel aux deux ordres de gouvernement et reposerait sur certaines règles décisionnelles en matière de représentation.

**Mme Dobrowolsky :** Certaines des recherches faites sur le système des partis politiques nous font voir qu'il ne suffit pas d'avoir de bonnes intentions, de se dire qu'il faudrait plus de femmes et plus de diversité. Il faut mettre en place des mesures concrètes. Par exemple, en Grande-Bretagne, pendant la campagne électorale en 1997, le Parti travailliste a affirmé que toutes les femmes seraient prénominées dans certaines circonscriptions. Ils ont parlé d'une mesure de discrimination positive. Il faut adopter des mesures concrètes de ce genre, sinon rien ne se fera. Il faut garder cela à l'esprit. Il est très bien d'avoir de telles intentions, mais il faut prendre certaines mesures positives pour refléter la diversité voulue.

**M. Cairns :** De manière générale, nous savons que les minorités se trouvent mieux une place dans le cadre des régimes de représentation proportionnelle que dans les scrutins uninominaux à un tour. S'il est difficile de catégoriser à quelque moment la place qui revient aux minorités, toute place particulière, de fait, ou à définir les régimes électoraux en vue de faciliter la sélection à cet égard, c'est simplement que les minorités en question évoluent au fil du temps. Si nous avions fait ceci en l'an 1950, la liste des minorités aurait été très différente de

what groups are currently excluded that we have to make special efforts to include. It is a shifting panorama, which we have to accept as a social fact.

**Senator Stratton:** We could add to the bill before the house now that 30 per cent of those elected shall be women. That is a start to an evolving process. Why would not you do that?

**The Chairman:** We have had four excellent presentations and, on behalf of the committee, I thank you for appearing today on the two main issues of tenure and constitutionality.

The committee adjourned.

---

OTTAWA, Thursday, March 29, 2007

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-4, to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure), met this day at 10:50 a.m. to give consideration to the bill.

**Senator Lorna Milne** (*Deputy Chairman*) in the chair.

[*English*]

**The Deputy Chairman:** Honourable senators, I see a quorum. I welcome our audience to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. Today, we are continuing our study of Bill S 4, to amend the Constitution Act, 1867, on Senate tenure. Bill S-4 consists of one substantive clause that would amend section 29 of the Constitution Act. The amendment would replace the existing term of appointments for senators, which is until retirement at age 75, with a new term of appointment for eight years. These terms could be renewed. Appointments would continue to be made by the Prime Minister as they are today.

Bill S-4 was introduced in the Senate on May 30, 2006. A Special Senate Committee was created by the Senate on June 21, 2006, to study the subject matter of the bill along with other issues of Senate reform. That committee heard the testimony of 26 witnesses, among whom was the Prime Minister of Canada, who appeared on September 7, 2006, and described this bill as proposing a «modest but positive reform for the Senate.»

This committee begins its work with several notable advantages, which should help us to proceed expeditiously. It has been able to review the expert evidence given to that Special Senate Committee on Senate Reform, the transcripts of which have been circulated. This committee has the benefit of the report of the Special Committee also, which provides excellent background discussion and analysis relating to the reform issues raised by Bill S-4. For those who may be interested, that report is

ce qu'elle est aujourd'hui. Quelqu'un qui le fera dans 25 ans aboutira lui aussi à une liste différente. On ne saurait figer pour l'éternité les groupes qui sont actuellement exclus, pour lesquels nous devons déployer des efforts particuliers aujourd'hui. C'est un tableau évolutif que nous devons accepter en tant que fait social.

**Le sénateur Stratton :** Nous pourrions inclure dans le projet de loi qui est actuellement à l'étude que 30 p. 100 des personnes élues sont des femmes. Voilà la première étape d'un processus évolutif. Pourquoi ne faites-vous pas cela?

**Le président :** Nous avons eu droit à quatre excellents exposés et, au nom du comité, je tiens à vous remercier d'être venus comparaître aujourd'hui sur les deux grandes questions que représentent le mandat des sénateurs et la constitutionnalité du projet de loi.

La séance est levée.

---

OTTAWA, le jeudi 29 mars 2007

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, saisi du projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs), se réunit aujourd'hui 10 h 50 pour étudier ledit projet de loi.

**Le sénateur Lorna Milne** (*vice-présidente*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**La vice-présidente :** Honorables sénateurs, nous avons quorum. Je tiens à saluer ceux et celles qui suivent ainsi les travaux du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Nous poursuivons aujourd'hui notre examen du projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs). Ce projet de loi comporte une seule disposition prégnante qui modifierait l'article 29 de la Loi constitutionnelle. Cet amendement limiterait à huit ans la durée du mandat des sénateurs qui, actuellement, occupent leurs fonctions jusqu'à leur retraite à 75 ans. Le mandat pourrait être reconduit. Comme c'est le cas actuellement, les sénateurs continueraient à être nommés par le premier ministre.

Le projet de loi S-4 a été introduit au Sénat le 30 mai 2006. Un comité sénatorial permanent a été institué par le Sénat le 21 juin 2006 pour en étudier l'objet ainsi que d'autres questions intéressant la réforme du Sénat. Le comité spécial a entendu 26 témoins, parmi lesquels le premier ministre du Canada, qui est venu déposer devant lui le 7 septembre et qui a déclaré à l'occasion que ce projet de loi représentait « une réforme modeste mais positive pour le Sénat ».

Notre comité commence donc ses travaux fort de certains atouts notables qui devraient l'aider à faire diligence. Nous avons en effet pu prendre connaissance du témoignage des experts qui ont comparu devant le comité spécial dont le compte rendu des séances a été distribué aux membres. Le comité a également pu profiter du rapport du comité spécial qui offre un excellent examen général ainsi qu'une analyse pointue des questions de réformes que sous-tend le projet de loi S-4. Pour ceux et celles que

available on the Senate website at the link to the Special Senate Committee on Senate Reform. Finally, this committee has the benefit of extensive debate in the chamber on both this bill and the report of the Special Senate Committee on Senate Reform.

This bill has been before the Senate for 110 possible sitting days stretching over nearly 11 months. A great deal of useful work has been done in this time. This committee has decided to use that work rather than duplicate it, so with the exception of a few individuals, we will rely on the evidence provided by experts before the special committee rather than hearing them again.

We have relied on that evidence and other work that has been done to narrow our scope of inquiry to two essential issues still outstanding. The first issue is the constitutionality of the bill. Can Parliament amend the Constitution to create Senate terms without involving the provinces? The second is the eight-year term. Are renewable eight-year terms the best option available for the Senate?

We have focused our consideration of this bill, and we have been granted leave for extended time to hear witnesses so that we can do our work well. This should allow us to give this important bill the rigorous attention that the public requires. We will be able to proceed efficiently and to move forward in a timely way to address other government legislation now before this committee.

I turn to the business before the committee and the first in a series of witnesses who have agreed to appear. I welcome Professor Errol Mendes from the Faculty of Law at the University of Ottawa. He has taught, researched, consulted and published extensively in the area of international business law, ethics, constitutional law and human rights law. He is the editor-in-chief of Canada's leading constitutional law journal, the *National Journal of Constitutional Law*. He is the author or co-editor of five books, including the landmark constitutional law text co-edited with Senator Beaudoin, past chairman of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. The law text is entitled, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Third Edition, Carswell, 1996. Professor Mendes is a frequent speaker and a media commentator on international business ethics and constitutional and human rights topics across Canada and around the world. He has been invited to present numerous briefs to the Parliament of Canada and has acted as adviser to the government in these areas.

Welcome once again, Professor Mendes. You have been here several times before. Please proceed.

cela intéresserait, le rapport peut être consulté sur le site Web du Sénat en passant par le lien qui donne accès au Comité spécial du Sénat sur la réforme du Sénat. Enfin, notre comité peut s'appuyer sur les débats approfondis auxquels la Chambre haute s'est livrée à la fois au sujet du projet de loi et du rapport du comité spécial.

Le projet de loi S-4 a été à l'ordre du jour du Sénat pendant 110 jours de séance étalés sur près de 11 mois. Pendant ce laps de temps, un travail très utile a été abattu. Notre comité a donc décidé de servir de ce travail au lieu de le reprendre, de sorte que, exception faite de quelques témoins qu'il va entendre, il va plutôt utiliser les témoignages qui ont été donnés par les experts qui ont comparu devant le comité spécial, sans reconvoquer ceux-ci.

Nous avons tablé sur ces témoignages ainsi que sur d'autres travaux qui ont déjà été effectués afin de resserrer notre champ d'étude et le limiter à deux contentieux toujours en suspend. Le premier est la constitutionnalité du projet de loi. Le Parlement peut-il en effet modifier la constitution pour donner un nouveau mandat aux sénateurs sans faire intervenir les provinces? Le second contentieux est la durée du mandat, huit ans. Un mandat de huit ans reconductible serait-il le meilleur choix possible pour le Sénat?

Nous avons donc ciblé ainsi l'examen que nous faisons du projet de loi, et nous avons obtenu un délai plus long pour entendre des témoins et nous permettre ainsi de bien faire notre travail. Cela devrait nous permettre de donner à cet important projet de loi toute l'attention rigoureuse que les citoyens attendent de nous. Nous allons pouvoir travailler efficacement et avancer promptement afin de pouvoir nous saisir d'autres projets de loi dont le comité est également saisi.

Je vais maintenant passer à l'ordre du jour du comité, en l'occurrence l'audition du premier d'une série de témoins qui ont accepté de comparaître devant nous. Je salue donc le professeur Errol Mendes de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Le professeur Mendes a enseigné, il a fait de la recherche, il a agi comme consultant et il a énormément publié dans le domaine du droit commercial international, de l'éthique, du droit constitutionnel et de la législation sur les droits humains. Il est le rédacteur en chef de la plus importante revue canadienne consacrée au droit constitutionnel, la *Revue Nationale de Droit constitutionnel*. Il a signé ou cosigné cinq ouvrages dont le texte de référence en matière de droit constitutionnel qu'il a copublié avec le sénateur Beaudoin, lui-même ancien président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Ce texte a pour titre *La Charte canadienne des droits et libertés*, troisième édition, Carswell, 1996. Le professeur Mendes est souvent invité comme conférencier et chroniqueur en matière d'équipe commerciale internationale, de droit constitutionnel et de droits humains aussi bien au Canada qu'ailleurs dans le monde. Il a plusieurs fois été invité à soumettre des mémoires au Parlement du Canada, et il a fait fonction de conseiller en la matière auprès du gouvernement canadien.

Professeur, vous êtes encore une fois le bienvenu. Cela fait déjà plusieurs fois que vous comparez devant nous. Allez-y, je vous prie.

**Errol P. Mendes, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa, as an individual:** Thank you. I express my great honour to appear before this committee on this important topic.

Bill S-4 is essentially an ordinary proposed act of Parliament or an attempted birth of an ordinary act of Parliament. Fundamental to our constitutional framework is that these kinds of bills conform to the written and, equally as important, the unwritten parts of our constitutional framework. An important part of the unwritten part of our Constitution is the entrenchment by the Supreme Court of Canada of the notion of parliamentary privilege.

The seminal case that occurred in this area in 1993 was *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia*, where the Supreme Court held that the parliamentary privilege of the House of Commons and the Senate, as a set of powers and privileges, were essential and necessary to the capacity to function as legislative bodies and, indeed, are an integral part of the supreme law of Canada, the Constitution of Canada.

It is therefore clear that any Senate reform by ordinary statute must ensure that it does not breach any of the Senate's parliamentary privileges. If any ordinary statute were to do so, it would be subject to being declared null and void under the supremacy clause, section 52, of the Canadian Constitution.

It is my view that because of the *New Brunswick Broadcasting Co.* decision, it might well be the result of the majority's decision in that case, written by then Justice Beverly McLachlin and concurred in by five other justices, that we might need to use the general amending formula in section 42 of the Constitution Act, 1982, for any Senate reforms that affect the parliamentary privileges of the Senate.

I suggest that this result is reinforced by the express wording of section 42, which includes in section 42(1)(b) that the powers of the Senate and the method of selecting senators must be done by the general amending formula. I suggest that the reference to powers includes the parliamentary privileges of this esteemed body.

It then becomes critical to decide whether, after the *New Brunswick Broadcasting Co.* case, the powers of the Senate include parliamentary privileges that may or may not be affected by Bill S-4.

A more recent decision of the Supreme Court of Canada offers some guidance as to the parameters of such parliamentary privileges in the context of our Parliament. The *Vaid* decision in 2005 was unanimous. The Supreme Court of Canada took the view that the core of parliamentary privilege is those powers that are necessary for the proper functioning of the House of Commons as a deliberative body.

**Errol P. Mendes, professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa, à titre personnel :** Je vous remercie. C'est pour moi un grand honneur de pouvoir ainsi comparaître devant votre comité pour l'entretenir de cet important sujet.

Le projet de loi S-4 est essentiellement un projet de loi comme les autres, ou encore une tentative de genèse d'une loi du Parlement comme les autres. L'assise de notre cadre constitutionnel est que ce genre de projets de loi doit être conforme aux éléments écrits, mais également, ce qui est tout aussi important, aux éléments non écrits de notre cadre constitutionnel. Un volet important de cette partie non écrite de notre constitution est l'affirmation, par la Cour suprême du Canada, de la notion de privilège parlementaire.

En la matière, l'arrêt faisant autorité date de 1993. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans la cause *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, dans laquelle la Cour suprême a soutenu que le privilège parlementaire de la Chambre des communes et du Sénat, qui font partie d'un ensemble de pouvoirs et de privilèges, était essentiel et nécessaire au bon fonctionnement des organismes législatifs et faisait partie intégrante de la plus haute loi du Canada, la Constitution.

Il est donc clair que toute tentative de réformer le Sénat au moyen d'une loi ordinaire doit veiller à n'enfreindre aucun des privilèges parlementaires du Sénat. En effet, une telle infraction exposerait ladite loi ordinaire à l'annulation pure et simple en vertu de la clause de suprématie contenue dans la Constitution, en l'occurrence l'article 52.

Pour moi, il se pourrait en effet que le résultat de la décision majoritaire rendue par Mme le juge Beverly McLachlin avec l'appui de cinq de ses pairs, dans la cause en question, soit de rendre nécessaire le recours à la formule générale de modification prévue par l'article 42 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour effectuer une réforme qui toucherait aux privilèges parlementaires du Sénat.

Je soutiendrai que cette résultante possible se trouve encore renforcée par le libellé explicite de l'article 42 qui précise, à l'alinéa 42(1)(b), que les pouvoirs du Sénat et la méthode de sélection des sénateurs doivent relever de la formule générale d'amendement. J'ajouterais à ce titre que la mention qui y est faite des pouvoirs s'entend des privilèges parlementaires de cet éminent corps législatif.

Il devient donc essentiel de décider si, dans l'esprit de l'arrêt rendu dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co.*, les pouvoirs du Sénat s'entendent également des privilèges parlementaires qui pourraient peut-être se trouver affectés par le projet de loi S-4.

Une décision plus récente de la Cour suprême nous aide à mieux comprendre quels sont les paramètres de ces privilèges parlementaires dans le contexte du Parlement qui est le nôtre. Dans l'arrêt *Vaid* rendu en 2005, la Cour suprême a été unanime. Elle a pris pour principe que l'essence du privilège parlementaire est précisément représentée par les pouvoirs nécessaires pour le bon fonctionnement de la Chambre des communes en tant qu'assemblée délibérante.

I would suggest that that applies equally to the Senate and that the essential nature of the privileges of the Senate are those powers that are necessary for the proper functioning of the Senate as a deliberative body.

It then becomes absolutely crucial to examine whether any aspect of Bill S-4 attempts to affect the powers of the Senate that are necessary for the proper functioning of the Senate as a deliberative body. If the bill does affect such powers, then it is suggested that recourse must be made to the general amending formula in section 42 of the Constitution Act, 1982.

The supporters of Bill S-4, who claim that it is constitutional, say that on its face, the bill attempts only to limit the tenure of newly appointed senators after the bill comes into effect. However, the question has to be asked: Does the existence of newly appointed eight-year-term senators, working and sitting beside previously appointed senators with tenure until age 75, affect the proper functioning of the Senate as a deliberative body?

I have done some empirical work in this area. I have tested this question informally with a limited number of informed lawyers and one retired senator. The majority, including the retired senator, answered that having the mixed-term senators would most definitely affect the ability of the Senate to act as a deliberative body. One pointed out that it might be inevitable that an eight-year senator coming to the end of his term would be more likely to be less independent than the others, leading to a more fractious Senate and a less functioning Senate as a deliberative body capable of sober second thought. As one person consulted stated, the eight-year senator may have lots of time left in his or her career and his or her independent sober second thought may be affected by seeking either a renewal of the term or a senior public office appointment after the end of the term.

At minimum, this would suggest that an eight-year term is too short and could be constitutionally suspect. This conclusion could be reinforced by the possibility that in the future, with all senators having an eight-year term, a two-term prime minister could appoint the entire Senate. At minimum, serious consideration should be given to a much longer term in the region of 12 years and perhaps even longer.

If the *Vaid* decision of the Supreme Court of Canada would contemplate that the management of senior House of Commons officials comes within the scope of parliamentary privilege, would not the proper management of the very essential individuals constituting the Senate also come within the inherent powers of the Senate?

Keep in mind that the preamble to Bill S-4 expressly states that Parliament wishes to maintain the essential characteristics of the Senate within Canada's parliamentary democracy as a chamber of independent sober second thought. I suggest that not enough attention has been paid to the possibility of the independence of the Senate being affected by the introduction of the eight-year

Je dirais que cela vaut également pour le Sénat et que la nature profonde des privilèges de ce dernier est précisément représentée par les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour qu'il puisse fonctionner en tant qu'assemblée délibérante.

Il devient donc essentiel d'examiner si un quelconque aspect du projet de loi S-4 ne risquerait pas de compromettre des pouvoirs du Sénat jugés nécessaires à l'exercice de ces fonctions d'assemblée délibérante. Si le projet de loi pose un tel risque, il serait conseillé de recourir à la formule générale d'amendement prévue à l'article 42 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Les défenseurs du projet de loi S-4, qui se réclament de sa constitutionnalité, affirment que de prime abord, le projet de loi vise simplement à limiter la durée des fonctions des sénateurs qui seront nommés après l'entrée en vigueur du projet de loi en question. Or, il faut se demander si ceci : la présence de sénateurs nommés pour huit ans appelés à côtoyer des sénateurs nommés avant eux et pouvant siéger jusqu'à l'âge de 75 ans nuirait-elle au bon fonctionnement du Sénat en sa qualité d'assemblée délibérante?

J'ai fait quelques recherches empiriques à ce sujet. J'ai posé la question, de façon officieuse, à quelques avocats bien informés ainsi qu'à un sénateur à la retraite. La plupart, y compris le sénateur en question, m'ont répondu que ce mélange de sénateurs ayant des mandats de durée variable nuirait très certainement à la capacité du Sénat d'agir en qualité d'assemblée délibérante. L'un d'entre eux a même dit qu'un sénateur nommé pour huit ans qui arrive à la fin de son mandat risquait d'être moins indépendant que les autres, ce qui pourrait conduire à un Sénat moins serein et moins capable, en sa qualité d'assemblée délibérante, de réflexion calme et attentive. Comme l'a signalé l'une des personnes ainsi consultées, un sénateur nommé pour huit ans pourrait encore avoir quelques bonnes années de carrière devant lui et sa capacité de réflexion indépendante et sereine pourrait être influencée par le désir d'obtenir un second mandat ou d'être nommé à une autre charge publique de haut niveau.

À tout le moins, on pourrait se dire qu'un mandat de huit ans est trop court et risque de faire problème du point de vue constitutionnel. Il pourrait en effet se produire un jour, lorsque tous les sénateurs auraient été nommés pour huit ans, qu'un premier ministre élu pour deux mandats consécutifs en arrive à nommer la totalité des membres du Sénat. Il semble qu'au minimum, on devrait envisager un mandat de plus longue durée, environ 12 ans, voire plus.

Si la décision de la Cour suprême dans la cause *Vaid* admet que la gestion des hauts fonctionnaires de la Chambre des communes entre dans le cadre du privilège parlementaire, ne pourrait-on déduire que la gestion des sénateurs et leur capacité de fonctionner adéquatement tombent également sous le coup des pouvoirs inhérents au privilège du Sénat?

Gardons en effet à l'esprit que dans son préambule, le projet de loi S-4 dit expressément que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie parlementaire canadienne. Je pense qu'on n'a pas accordé une attention suffisante au fait que l'indépendance du Sénat risque

term senators. Indeed, too short a term may buy a patina of democratic legitimacy at the expense of the long-cherished independence in the Canadian parliamentary privilege of the Senate.

However, I suggest that there is an even more major cause for concern regarding the constitutionality of Bill S-4, because it is the first stage in a multi-stage process for future potential infractions of the Constitution of Canada. It is generally known that Bill S-4 is only a precursor to a larger attempt to have future appointments to the Senate come under a federally regulated advisory elections framework. In my view, if the two statutes or two attempts are linked, it is profoundly unconstitutional.

I believe this is an attempt to do what cannot be done directly without the clear instructions of section 42 and the general amending formula. Keep in mind that the *Patriation Reference* decision in 1981 informed Prime Minister Trudeau that he would breach constitutional conventions if he repatriated the Constitution without the substantial consent of the provinces. He backed down, the Supreme Court of Canada halted that attempt, and the rest is history.

In the development of a federal advisory election for senators, we have a much more serious attempt linked to Bill S-4. This does indirectly what cannot be done directly, both under constitutional conventions and under the Constitution Acts, 1867 and 1982, without the involvement of provinces and provincial consent.

There is a question as to whether the federal government has jurisdiction under section 91 of the Constitution Act, 1867, to give it the power to legislate an advisory federal election framework that is intended to do indirectly what it cannot do directly. The only thing that I can think of that would even permit such a jurisdiction is the general peace, order and good government clause. One could argue that it is hardly good government to undermine the existing provisions of the Canadian Constitution.

You have heard legal opinions from the academy and from the justice department stating that as long as the Prime Minister retains his discretion under the existing Constitution to recommend to the Governor General who should be appointed, the advisory federal elections framework would be constitutional. I would like to ask those experts the following questions: What would happen the first time a prime minister refused to recommend appointment of a duly elected person under the so-called advisory election framework, if all the others had been appointed? What would the Supreme Court of Canada say about such a refusal if they were ever asked to determine the

d'être compromise par l'introduction d'un mandat sénatorial de huit ans. En effet, un mandat trop court créerait peut-être une impression de légitimité démocratique, mais au détriment toutefois d'une longue tradition d'indépendance, chère aux institutions parlementaires canadiennes.

Cependant, il existe selon moi une autre raison majeure de s'inquiéter pour la constitutionnalité du projet de loi S-4, en ce sens qu'il ne s'agit que de la première d'une série d'actions risquant de déboucher sur de graves infractions à la Constitution du Canada. Il est généralement reconnu que le projet de loi n'est que le précurseur d'une entreprise beaucoup plus vaste visant à inscrire les nominations au Sénat dans le cadre d'une élection fédérale consultative. À mon avis, si deux textes de loi ou les deux tentatives sont ainsi reliés, ce serait profondément inconstitutionnel.

Il me semble que cela représente une tentative de faire indirectement ce qu'il n'est pas possible de faire directement sans les instructions claires de l'article 42 et de la formule générale d'amendements. N'oublions pas en effet que la Cour suprême, dans le célèbre *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, avisait en 1981 le premier ministre Trudeau qu'il agirait en contravention des conventions constitutionnelles s'il rapatriait la Constitution sans le consentement substantiel des provinces. Il a donc renoncé, la Cour suprême du Canada a fait obstacle à cette tentative, et le reste est passé à l'histoire.

Dans l'élaboration d'un cadre d'élections fédérales consultatives des sénateurs, nous risquons d'avoir affaire à une tentative encore plus grave dans le droit fil du projet de loi S-4. Il s'agirait en effet de faire indirectement ce qu'il serait impossible de faire directement, aussi bien en vertu des conventions constitutionnelles que dans le cadre des lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, et cela sans la participation ni le consentement des provinces.

On peut se demander aussi si le gouvernement fédéral est habilité par l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867, à établir un cadre d'élections fédérales consultatives permettant de faire indirectement ce qu'il n'est pas possible de faire directement. La seule possibilité qui me viendrait à l'esprit et qui lui permettrait d'agir ainsi serait l'argument de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement. Mais d'aucuns pourraient dire que ce n'est pas bien gouverné que de saper les dispositions actuelles des lois constitutionnelles.

Vous avez entendu les universitaires et les experts du ministère de la Justice vous affirmer que si le premier ministre conserve le pouvoir discrétionnaire que lui confère actuellement la Constitution de recommander au gouverneur général les personnes qui peuvent être nommées au Sénat, un cadre d'élections fédérales consultatives des sénateurs serait constitutionnel. Mais je voudrais moi demander à ces experts ce qui se produira la première fois que le premier ministre refusera de recommander la nomination d'une personne dûment élue par le cadre consultatif d'élections, si tant est que toutes les autres auraient été nommées? Que dirait la Cour suprême du Canada en

constitutionality of this process? What if the court declared the whole process unconstitutional so that those who were appointed were in limbo as to whether they could continue sitting?

The enormity of these potential consequences requires, at minimum, a broad consultation with all the partners in Canadian federation and preferably a reference to the Supreme Court of Canada regarding the constitutionality not only of this bill but of the bill that has been introduced in the House of Commons to provide for a fundamental assessment of whether what is being attempted is potentially undermining the constitutional framework of this country.

In conclusion, with all the arguments I have presented, there is good reason to suggest that Bill S-4 should be withdrawn until further study is undertaken to understand what is really at stake in this piecemeal and dubious attempt to reform the Senate so that it is consistent with the principles of modern democracy.

Indeed, any attempt at reform may also be profoundly undermining the preambular sentiment that the reform should respond to the needs of Canada's regions. If the reforms that this bill is linked to are carried out without the reform of the under-representation of Western Canada and the overrepresentation of Atlantic Canada, it would have the effect of entrenching these disparities and further exacerbating the needs of Canada's regions and national unity.

Reforms of our vital democratic institutions done in haste and intended to circumvent the existing provisions of the Constitution could well further undermine the principles of modern democracy, the democratic values of Canadians and ultimately the expectations of Canadians as regards the proper functioning of responsible government.

**The Deputy Chairman:** Thank you, Dr. Mendes. I have no one on the list, so I will take the opportunity to ask the first question.

You say that if the court declared the whole process unconstitutional, those who were appointed might be in limbo as to whether they could continue sitting. What would be your opinion, then, of legislation that had been passed with those eight-year-term senators voting on that legislation?

**Mr. Mendes:** That is precisely my point. There would be constitutional chaos. For that reason, this bill has to be linked into what is happening in the other House and for serious study to be undertaken as to the potentiality for its unconstitutionality.

pareil cas, si elle est appelée à juger de la constitutionnalité de la démarche? Et qu'arrivera-t-il si la Cour suprême déclare inconstitutionnelle l'ensemble de la démarche et que les sénateurs déjà nommés par celle-ci en soient réduits à se demander s'il leur est encore possible de siéger?

L'énormité des conséquences possibles exige à tout le moins que tous les partenaires de l'État fédéral canadien soient consultés et, de préférence, qu'il y ait renvoi à la Cour suprême sur la question de la constitutionnalité non seulement de ce projet de loi-ci, mais de celui qui a été déposé à la Chambre des communes, et cela afin qu'elle détermine sur le fond si cette tentative ne risque pas de saper le cadre constitutionnel de notre pays.

En conclusion, les arguments que je vous ai livrés sont autant de raisons sérieuses qui justifient amplement le retrait du projet de loi S-4 jusqu'à ce qu'une étude sérieuse ait pu être réalisée afin de mieux comprendre les enjeux véritables de cette curieuse tentative faite à l'emporte-pièce pour réformer le Sénat afin de rendre celui-ci conciliable avec les principes d'une démocratie moderne.

En réalité, toute tentative de réforme risque également d'aller résolument à l'encontre du sentiment formulé en préambule, en l'occurrence que la réforme devrait répondre aux besoins des régions du Canada. Si les réformes envisagées dans le cadre du projet de loi sont mises en oeuvre sans que ne soient d'abord corrigées la sous-représentation des provinces de l'Ouest et la sous-représentation de celles de l'Atlantique, elles pourraient avoir pour effet de confirmer ces disparités et d'exacerber encore davantage les besoins des régions dont il a été question ainsi que l'unité nationale elle-même.

La réforme de nos institutions démocratiques fondamentales faite à la hâte et dans le mépris des dispositions actuelles de notre Constitution pourrait fort bien avoir pour effet de saper les principes mêmes de la démocratie moderne, les valeurs démocratiques des Canadiens et, au bout du compte, les attentes de la population à l'endroit du bon fonctionnement d'un gouvernement responsable.

**La vice-présidente :** Merci, professeur. Je n'ai personne sur ma liste, de sorte que je vais en profiter pour poser la première question.

Vous nous dites que si la Cour suprême déclarait que toute la démarche est inconstitutionnelle, ceux qui auraient été ainsi nommés se trouveraient en quelque sorte dans l'expectative, ne sachant pas au juste s'ils peuvent continuer à siéger comme sénateurs. Mais à votre avis, qu'advierait-il également des lois qui auraient été adoptées par ces mêmes sénateurs nommés pour huit ans?

**M. Mendes :** Précisément. Ce serait le chaos sur le plan constitutionnel. Et c'est pour cette raison que le projet de loi doit absolument être mis en adéquation avec le déroulement des choses à la Chambre des communes et qu'il faut étudier sérieusement l'éventualité que cette loi soit inconstitutionnelle.



[Translation]

**Senator Nolin:** Thank you for accepting our invitation. If I understand your argument correctly, you have consulted counsel, including one of our former colleagues, whose identity is known to all of us. What they feel, and you agree, could affect the proper functioning of the House as a deliberative body, to use the words of the court in the *Vaid* ruling, is the possibility that at the end of his or her term that term may be renewed by an authority other than his or her own request. That could affect the proper functioning of the deliberative body. Do I understand you correctly?

**Mr. Mendes:** Yes.

**Senator Nolin:** If we added a measure in the bill preventing a senator appointed for a 10 or 12-year term from being reappointed, that argument would have less weight.

**Mr. Mendes:** It is not really an obstacle with respect to the constitutionality of all legislation.

[English]

One has to link this bill with what is being introduced in the other House. When you put the two together, that is my major concern.

[Translation]

**Senator Nolin:** I understand. We are dealing here with Bill S-4.

**Mr. Mendes:** Yes.

**Senator Nolin:** We need to focus on this legislation and limit our analysis to the bill in question, which has as its sole objective to reduce the length of Senate terms. If we focus on the length of the term, if we add a prohibition on renewing the term, will term limits affect the effectiveness of the deliberative body?

[English]

**Mr. Mendes:** I will repeat my answer in English. Preventing renewal would help to ensure the fundamental parliamentary privilege of the Senate as a deliberative body capable of sober second thought. On the other hand, with an eight-year term that was not increased, there is a good chance that the person would still have a fair number of years left in his or her career. That could still affect their independence if they are hoping for some other type of public office appointment.

**Senator Nolin:** A longer term without renewability would be preferable.

**Mr. Mendes:** That is correct.

**Senator Joyal:** I would like to get your reaction to two points with respect to the question that we must address as a committee. The first has to do with the preamble of the bill. The second last "whereas" in the preamble states that "by virtue of section 44 of the Constitution Act, 1982, Parliament may make laws to amend

[Français]

**Le sénateur Nolin :** Merci d'avoir accepté notre invitation. Si je comprends bien votre argument, vous avez consulté des avocats, dont un de nos ex-collègues, dont on connaît tous l'identité. Ce qui risque d'affecter, selon eux, et vous appuyez cet argument, pour utiliser les mots de la cour dans la décision de *Vaid*, le bon fonctionnement de la Chambre en sa qualité d'assemblée délibérante, c'est la possibilité pour un sénateur qui arrive près du terme de la durée de son mandat, d'être renouvelé par une autorité autre que son bon vouloir. Cela peut affecter le bon fonctionnement de cette assemblée délibérante. C'est ce que je comprends?

**M. Mendes :** C'est cela.

**Le sénateur Nolin :** Si on ajoutait dans le projet de loi une mesure qui empêcherait un sénateur nommé pour un terme de 10 ans ou 12 ans d'être renommé, on réduirait cet argument.

**M. Mendes :** Ce n'est pas vraiment un obstacle pour ce qui est de la question de la constitutionnalité de tous les projets de loi.

[Traduction]

Il faut mettre ce projet de loi en adéquation avec celui qui va être déposé devant l'autre Chambre. Lorsqu'on juxtapose les deux, c'est cela précisément qui m'inquiète le plus.

[Français]

**Le sénateur Nolin :** Je comprends. On a devant nous le projet de loi S-4.

**M. Mendes :** Oui.

**Le sénateur Nolin :** On doit faire l'effort d'isoler ce projet de loi et de faire une analyse restreinte du texte qui vise une chose : réduire la durée du mandat d'un sénateur. Si on isole la question de la durée du mandat, si on ajoute un empêchement au renouvellement du mandat, est-ce que la limitation de la durée affecte l'efficacité de la Chambre délibérante ?

[Traduction]

**M. Mendes :** Je vais répéter en anglais ce que je viens de dire. Empêcher le renouveau garantirait le privilège parlementaire fondamental du Sénat en tant qu'organisme délibérant capable d'une réflexion sereine. Par contre, avec un mandat de huit ans qui ne serait pas allongé, il y a de fortes chances que le sénateur ainsi nommé ait encore devant lui un bon nombre d'années de carrière possible. Cela risquerait toujours de nuire à son indépendance s'il espère obtenir une autre charge publique.

**Le sénateur Nolin :** Il serait donc préférable d'avoir un mandat plus long mais qui ne pourrait pas être reconduit.

**M. Mendes :** C'est cela.

**Le sénateur Joyal :** Je voudrais savoir ce que vous pensez de deux choses qui concernent la question qui nous interpelle ici au comité. La première concerne le préambule du projet de loi. L'avant-dernier « attendu que » du préambule dit que « en vertu de l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982, le Parlement a

the Constitution of Canada in relation to the Senate.” My first question centres on the meaning of section 44 of the Constitution Act, 1982, which states:

Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

Some experts that were heard at the special legislative committee last fall contended that we have to read section 44 literally, that is, to give to its meaning the substantive conclusion that you draw from the reading of it. Since section 44 says “subject to sections 41 and 42,” those experts conclude that anything that is not in sections 41 or 42 is under the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada in relation to the Senate.

My problem with that conclusion stems from the fact that the court has already had an opportunity to interpret or give meaning to the words “the Constitution of Canada,” including section 44 on amending, which it did in 1998 in *Reference re Secession of Quebec*. Of course, the first gesture of the court in that case was to read section 52, which defines the Constitution of Canada. Section 52(2) states:

The Constitution of Canada includes

- (a) the *Canada Act 1982*, including this Act;
- (b) the Acts and orders referred to in the schedule; and
- (c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

The court, when it had to interpret the Constitution of Canada, looked into the definition, but the court said that that was not enough, that there is more than what is stated in section 52(2). There are also the four underlying principles: federalism, democracy, the rule of law and protection of minority rights.

In other words, even though there was a definition of the Constitution of Canada, in the eight-year sessions later in the same patriation initiative, the court did not feel it was bound essentially by a textual reading of section 44.

My reasoning is the following: If the Supreme Court of Canada came to the conclusion that a textual reading of section 44 is not enough to define its scope, it would adopt a similar approach in defining what it means that the Parliament of Canada has power to make exclusive law in relation to the Parliament. In other words, the court might not feel totally bound by sections 41 and 42. The court might give to the power included in section 44 a different scope than a literal textual reading of it would give you as a conclusion.

Do you think this reasoning is legally sound, if I have to make a decision on what section 44 means, or is that not a reasonable interpretation of section 44?

compétence pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au Sénat ». Ma première question est axée sur la signification même de l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982 qui dit ceci :

Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

Certains des experts que nous avons entendus l'automne dernier au comité spécial ont soutenu qu'il fallait donner à l'article 44 une interprétation littérale, en l'occurrence donner à sa signification la conclusion même de la lecture que vous en faites. Comme l'article 44 dit « sous réserve des articles 41 et 42 », ces experts ont conclu que tout ce qui ne figure pas aux articles 41 ou 42 relève de la compétence exclusive du Parlement canadien en ce qui concerne le Sénat.

Le problème que cette conclusion me pose découle du fait que la Cour suprême a déjà eu l'occasion d'interpréter les termes « la Constitution du Canada », ce qui comprend l'article 44, qui concerne sa modification, ce qu'elle a d'ailleurs fait en 1998 dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Certes, en l'occurrence, le premier acte de la Cour suprême a été de lire l'article 52, qui définit la Constitution du Canada. Le paragraphe 52(2) de la Constitution dit ceci :

La Constitution du Canada comprend :

- a) Loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi;
- b) Les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
- c) Les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

Lorsqu'elle a été appelée à interpréter la Constitution, la Cour suprême a examiné la définition, tout en déclarant que cela ne suffisait pas, qu'il n'y avait pas que ce qu'on pouvait trouver au paragraphe 52(2). Il y avait également les quatre principes sous-jacents que sont le fédéralisme, la démocratie, l'état de droit et la protection des droits des minorités.

En d'autres termes, même s'il y avait une définition de la Constitution du Canada, pendant les huit années qui ont suivi cette même initiative de rapatriement, la Cour suprême n'a pas jugé qu'elle était liée exclusivement par une interprétation textuelle de l'article 44.

Mon raisonnement est donc le suivant : Si la Cour suprême du Canada venait à conclure qu'une interprétation textuelle de l'article 44 ne suffit pas pour en définir la portée, elle agirait de la même façon pour définir la signification du fait que le Parlement du Canada a compétence exclusive pour légiférer en ce qui concerne le Parlement. En d'autres termes, la Cour suprême pourrait ne pas se sentir totalement liée par les articles 41 et 42. Elle pourrait accorder au pouvoir dont fait état l'article 44 une portée différente de celle qu'en donnerait une interprétation textuelle littérale.

Pensez-vous qu'un tel raisonnement soit juridiquement fondé, si je devais décider de ce que signifie l'article 44, ou cette interprétation de l'article 44 n'est-elle pas raisonnable?

**Mr. Mendes:** It is legally sound for a much simpler reason. Section 52 has the word “includes.” That clearly indicates that the views of those so-called experts were wrong. In addition, the failure to address the Supreme Court of Canada’s decisions in terms of parliamentary privilege having equal standing with the rest of the Constitution also negates those sorts of views. Therefore, my view is that a simplistic reading of section 44 is actually totally contrary, not only to the interpretation you have given including the simple inclusion of the word “includes,” but also to decisions of the Supreme Court of Canada like *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia* and the *Vaid* decision. It is clear that that word in section 52 includes not only the Supreme Court of Canada decisions but also the four principles you mentioned from the *Quebec Secession Reference* case, which is directly involved not only in this bill but also in the other bill that was introduced in the other House, which includes democracy and federalism. If this is a precursor to the other attempted introduction of the bill, it is potentially a major violation of the principle of federalism, too.

In addition to the reasons you state, senator, I think the combination of the fact that section 52 contains the word “includes” plus the Supreme Court of Canada decisions and the *Quebec Secession Reference* case indicates that that simplistic interpretation is wrong.

**Senator Joyal:** Let me try another question in relation to the interpretation of section 44. The last paragraph of the preamble of Bill S-4 states:

AND WHEREAS Parliament wishes to maintain the essential characteristic of the Senate within Canada’s parliamentary democracy as a chamber of independent, sober second thought . . .

That wording stems directly from the ruling of the Supreme Court in 1980 in what we call the *Senate Reference* or the *Upper House Reference*. What I find difficult to understand from the testimony we got from the Department of Justice and the Privy Council Office witnesses that we heard last week is the following: They contend that section 44 gives to Parliament power to amend the Senate in some of its essential features.

We all agree that Bill S-4 will change something important in the Senate. Any primary school student will tell you that to go from potential unlimited terms of 45 years to limited terms of eight years is a difference of 37 years, and it is a lot. It does not mean that senators usually serve for 45 years. That has happened only once in Canadian history. The average tenure is much lower than the maximum potential tenure.

However, those witnesses contend that Parliament can reduce the term the way Parliament sees fit. A literal reading of section 44, the way they read it, means that not being in section 42 means you can do whatever you want. The problem with that reasoning is that it is contradicted by the last “whereas,” which states textually the description of the Senate that the Supreme

**M. Mendes :** Elle est juridiquement fondée pour une raison beaucoup plus simple. L’article 52 dit « comprend ». Cela montre clairement que ces prétendus experts se trompent. Par ailleurs, le fait de ne pas avoir tenu compte des arrêts de la Cour suprême du Canada concernant la parité du privilège parlementaire par rapport au reste de la Constitution vient également invalider cette opinion. Par conséquent, je dirais qu’une interprétation simpliste de l’article 44 est plutôt totalement contraire, non seulement à l’interprétation que vous en avez faite avec la simple inclusion du mot « comprend », mais également aux arrêts rendus de la Cour suprême du Canada, par exemple, dans les causes *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse* et *Vaid*. Il est clair que ce mot qu’on trouve à l’article 52 vaut non seulement pour les arrêts de la Cour suprême, mais également pour les quatre principes dont vous parlez à propos du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, qui met directement en cause non seulement dans ce projet de loi-ci, mais également dans celui qui a été déposé devant l’autre Chambre, et qui inclut la démocratie et le fédéralisme. S’il s’agit là d’un précurseur de l’autre tentative d’introduction du projet de loi, cela risque d’être une atteinte grave au principe du fédéralisme également.

Outre les raisons que j’ai mentionnées, sénateur, je pense que le fait que l’article 52 dise « comprend » ainsi que les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* montrent bien que cette interprétation simpliste est fausse.

**Le sénateur Joyal :** Laissez-moi vous poser une autre question concernant l’interprétation de l’article 44. Le dernier paragraphe du préambule du projet de loi S-4 dit ceci :

Que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive[...]

Ce texte découle directement de la décision rendue en 1980 par la Cour suprême dans ce que nous appelons le *Renvoi sur le Sénat* ou *Renvoi sur la Chambre haute*. Ce que je trouve difficile à comprendre dans le témoignage des représentants du ministère de la Justice et du Bureau du Conseil privé que nous avons entendus la semaine passée c’est ceci : ces témoins soutiennent que l’article 44 donne au Parlement le pouvoir de modifier le Sénat dans certains de ces éléments essentiels.

Nous convenons tous que le projet de loi S-4 changera quelque chose d’important au Sénat. N’importe quel écolier vous dirait que passer d’un mandat pratiquement illimité de 45 ans à un mandat limité de huit ans fait une différence de 37 ans, ce qui est beaucoup. Cela ne veut pas dire que les sénateurs restent tous en fonction pendant 45 ans. En moyenne, les sénateurs siègent beaucoup moins que le maximum possible.

Or, ces témoins prétendent que le Parlement peut effectivement réduire ce mandat comme il le juge bon. Une interprétation littérale de l’article 44, selon eux, veut dire que, puisque cela ne fait pas partie de l’article 42, on peut en faire ce qu’on veut. Le problème avec ce raisonnement, c’est qu’il est contredit par le dernier « Attendu » qui reprend textuellement la description du

Court made in 1980, and by the testimony of their own witness, Mr. Newman, who is the senior adviser of the Department of Justice.

Senator Austin asked Mr. Newman the following question:

Second, on the question of at some point a reduction in the term of office might impair the functioning of the Senate, how do you determine that eight years is constitutional? Would one year be constitutional? If it would not be, then why eight years?

Here is Mr. Newman's answer:

Let me get to your second question, if I may, the point that the Supreme Court had said that, and I take it almost as a spectrum, at some point a reduction would or could compromise the effectiveness of the Senate as a chamber of sober second thought in the legislative process.

He said "would or could," so it is very conditional. We do not need to prove it, we just need to conclude reasonably that it could affect the effectiveness of the Senate as a chamber of sober second thought. The same expert witness said:

I will not stand on solicitor-client privilege. I believe I can say right now if any piece of legislation came forward and tried to reduce the tenure of senators to one year, it would not pass muster. That would obviously affect the nature of the Senate to that degree.

In other words, even though you read section 44 textually and say that Parliament can do whatever it wants with the tenure of senators because it is not in section 42, nevertheless there are limits to what Parliament can do. Then you ask the question: What are those limits? What are the parameters of those limits?

It seems that the parameters of those limits are what would or could compromise the effectiveness of the Senate as a chamber of sober second thought in the legislative process. How can you reconcile a reading that Parliament can do whatever it wants because it is not in section 44 with their same opinion that there are limits, and those limits are what could or would affect the effectiveness of the Senate?

**Mr. Mendes:** You know my answer; there is that logical inconsistency in that situation. That is the reason why the prevailing constitutional standard has been laid down by the Supreme Court of Canada in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia* and the *Vaid* decision, which says that equal to the rest of the constitution is the parliamentary privilege of the Senate to preserve its essential powers to operate as a deliberative body

Sénat donnée par la Cour suprême en 1980, ainsi que par le témoignage d'un des témoins même du gouvernement, M. Newman, principal conseiller auprès du ministère de la Justice.

Le sénateur Austin avait en effet demandé ceci à M. Newman :

En second lieu s'agissant de la question de savoir si, à un moment donné, une diminution de la durée du mandat risque de nuire au fonctionnement du Sénat, comment pouvez-vous dire qu'un mandat de huit ans est constitutionnel? Est-ce qu'un mandat d'un an serait constitutionnel? Sinon, pourquoi un mandat de huit ans?

Voici ce qu'a répondu M. Newman :

Permettez-moi de répondre à votre seconde question, si vous voulez bien, c'est-à-dire ce qu'avait fait valoir la Cour suprême, et je prends cela pratiquement comme un tout, en ce sens qu'à un moment donné, une diminution de la durée du mandat pourrait compromettre ou compromettrait l'efficacité du Sénat en sa qualité de Chambre de réflexion sereine et attentive au sein du processus législatif.

Il a dit « pourrait compromettre ou compromettrait » et c'est donc tout à fait hypothétique. Ce n'est pas à nous à le prouver, il suffit simplement que nous arrivions à la conclusion raisonnable que cela pourrait affecter l'efficacité du Sénat en sa qualité de Chambre de réflexion sereine et attentive. Le même témoin expert a dit ceci :

Je ne vais pas invoquer le secret professionnel. Je pense pouvoir dire tout de go que si une proposition de loi venait à tenter de limiter la durée du mandat des sénateurs à un an, elle ne tiendrait pas la route. Cela, manifestement, affecterait la nature même du Sénat.

En d'autres termes, même en interprétant textuellement l'article 44 et en disant que le Parlement peut faire ce que bon lui semble en ce qui concerne la durée du mandat des sénateurs parce que l'article 42 n'en dit rien, il n'empêche qu'il y a des limites à ce que le Parlement peut faire. À ce moment-là, on peut se demander ceci : mais quelles sont ses limites? Quels sont les paramètres de ces limites?

Il me semble que les paramètres de ces limites sont ce qui compromettrait ou pourrait compromettre l'efficacité du Sénat en sa qualité de Chambre de réflexion sereine et attentive dans le cadre du processus législatif. Comment parvenir à concilier une interprétation selon laquelle le Parlement peut faire ce qui lui semble bon parce que cela ne se trouve pas dans l'article 44 et la même opinion voulant qu'il y ait des limites, et que ces limites sont ce qui affecterait ou pourrait affecter l'efficacité du Sénat?

**M. Mendes :** Vous connaissez déjà ma réponse : dans ce cas d'espèce, il y a un illogisme : c'est la raison pour laquelle la norme constitutionnelle en usage est celle qui a été donnée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle Écosse* et dans l'arrêt *Vaid*, selon lesquels le privilège parlementaire du Sénat de préserver ses pouvoirs essentiels pour pouvoir fonctionner comme un organisme délibérant capable

of sober second thought. That would include the previous Supreme Court of Canada decision.

Anything that interferes with that is potentially unconstitutional; and any attempt to try and alter that has to be triggered by the general amending formula, which would then respect the principles in the *Quebec Secession Reference* case of federalism, democracy, the rule of law and respect for minorities.

**Senator Stratton:** Mr. Mendes, what I got from the thrust of your argument, from an academic standpoint, is that if you had the luxury of dealing in isolation with this issue, the process that you describe would be ideal. However, what we are dealing with here is a thing called practical politics.

The issue is that the public wants this chamber changed; that is pretty unanimous in the data that has been collected over the years and it just gets worse. The percentages keep climbing. What we are more afraid of is that rather than wanting to change the place, the attitude or desire may become just get rid of it. That is the worry, the practical concern that you have to have. If we believe in this chamber, as some of us do, then how do we go about practically changing it so that it becomes more accountable and more open and transparent to the public?

My view is that we have tried with Meech Lake to change this place; we tried in Charlottetown to change this place. Both attempts were dramatically unsuccessful. There was broad consultation in Charlottetown particularly, because it was a referendum in essence, and that failed.

Therefore, if we go to a broad consultation, you can see that the likelihood of its success is pretty remote, even though that is the ideal way to move, in your opinion, and in the opinion of some others. However, we are dealing with reality. The only way that seems to have the potential of working is incremental change. You do the first step, watch that and see how it proceeds and then do a second step.

My concern is that if we simply say we cannot limit the tenure of senators because it may or may not be unconstitutional, that would place this chamber in a position where the public attitude would likely be let us get rid of the place if we cannot change it. That is a practical worry we have to have, and you should have.

If you are not satisfied with the eight-year term, you have said 12 years and up would be better. At least that is something we can move forward with. That is your opinion; other professors yesterday had opinions that varied from nine and 10 to 12 years. There is a variance as to how moving it up from the eight years could work.

d'une réflexion sereine et attentive est égal au reste de la Constitution. Cela comprendrait aussi la décision antérieure de la Cour suprême.

Tout ce qui battrait cela en brèche risque d'être inconstitutionnel et toute tentative visant à essayer de modifier ce genre de choses doit être enclenché par la formule générale d'amendement, ce qui respecterait ainsi les principes énoncés dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* en ce qui concerne le fédéralisme, la démocratie, l'état de droit et le respect des minorités.

**Le sénateur Stratton :** Monsieur Mendes, je déduis du grand axe de votre argumentaire, du point de vue de l'universitaire, que si nous avions le luxe de pouvoir traiter de cela hors contexte, le processus que vous décrivez serait idéal. Or, ce qui nous interpelle ici, c'est ce qu'on pourrait appeler de la politique pratico-pratique.

Le problème, c'est que la population veut des changements au Sénat; c'est une opinion quasiment unanime à en croire les données recueillies au fil des ans, et cela ne fait qu'empirer. Les pourcentages n'arrêtent pas d'augmenter. Ce qui nous fait plus peur encore, c'est qu'au lieu de vouloir simplement changer ce que nous sommes, la population en vient à vouloir ou à souhaiter se débarrasser de nous. C'est cela notre souci, c'est cela la préoccupation d'ordre pratique qui doit vous animer. Si nous croyons en le Sénat, ce qui est le cas de certains d'entre nous, comment nous y prendre pour le modifier dans la pratique afin de le rendre plus responsable, plus ouvert et plus transparent?

À mon avis, nous avons tenté de réformer le Sénat avec l'Accord du lac Meech; nous avons essayé de le réformer avec l'Entente de Charlottetown. Les deux tentatives se sont avérées des échecs cinglants. Dans le cas de Charlottetown surtout on a mené de vastes consultations, puisqu'il s'agissait au fond d'un référendum, mais l'accord n'a pas été appuyé.

Si on décide donc d'entreprendre des consultations de grande envergure, vous conviendrez que les chances de réussite sont minimes, même si vous êtes d'avis, et d'autres aussi, que ce serait l'approche idéale. Mais il faut composer avec la réalité. La seule approche susceptible de réussir semble être de procéder par étape. On procède à une première modification, on en fait le suivi pour en évaluer les mérites, et ensuite on procède à la prochaine étape.

Je crains que si nous disons tout simplement qu'il est impossible de limiter la durée du mandat d'un sénateur parce que cette démarche pourrait être inconstitutionnelle, la réaction du public pourrait être qu'il faut éliminer la Chambre haute si on ne peut pas la réformer. C'est une préoccupation pratique qui devrait être importante pour nous et pour vous.

Vous n'approuvez pas la proposition d'une durée de huit ans; vous avez dit que le mandat devrait être d'au moins 12 ans. C'est là au moins quelque chose que nous pouvons étudier. C'est votre opinion; d'autres professeurs hier ont exprimé des opinions pour des mandats de 9 ans ou de 10 à 12 ans. Il y a des différences d'opinion concernant les modalités entourant des mandats possibles de plus de huit ans.

If we are not happy with the eight years, the Prime Minister has said to propose an option. However, we need something so we can move forward. I think it is essential that we move forward; otherwise, the opinion of the public will move toward abolition and I do not think we want that.

**Mr. Mendes:** Can I begin by saying, with respect, it is easy to dismiss serious constitutional concerns by saying it is academic and not practical. I should also say that I was deeply involved in the Meech Lake negotiations as an adviser to two of the governmental organizations involved and in Charlottetown, so I do know what went on in a practical matter. I remember the good work that Senator Rivest was involved in during that round.

I would suggest that actually Charlottetown provides an example of perhaps too hasty attempts at constitutional reform and perhaps putting too many things together, which ultimately puts asunder the goals of the government. I think it is all too easy to dismiss serious constitutional concerns by saying one is an academic reaction and it is not a practical one.

There was a serious attempt at Charlottetown to address the regional imbalances. It is a real pity to this day that we did not segment off the different reforms and do them sequentially as opposed to putting the whole thing together. I remember, again, Senator Rivest having a major part to play in that.

For that reason, it is possible, and Charlottetown proved it was possible, to have a more substantial attempt at reform that involves all the parties' confederation. It can, with the right approach, result in a much more comprehensive linking of regional redistribution of seats with a limited-term tenure. I think the people of Canada would much prefer that than potentially something that may lead us into constitutional chaos.

**Senator Stratton:** I respect your opinion when you say that it is not enough that it is academic. You have to marry the two. There has to be a solution somehow. I was not involved in the structuring of Charlottetown. I was involved deeply in my province with respect to trying to have it succeed. It literally fell off the rails because it became overly complicated.

We want to start out with a simple thesis, to reform the Senate. As they get into it, the provinces say: "What about this? What about that?"» The next thing you know, it becomes very complicated because of the demands of the provinces and, rightfully or wrongfully, adding that burden to the ultimate failure of the Charlottetown Agreement.

I think it is highly unlikely that Ontario will give up its seats again, as it did before. I expect you would agree with that.

Si un mandat de huit ans ne nous semble pas approprié, le premier ministre nous a demandé de proposer une autre option. Mais il nous faut des suggestions concrètes pour pouvoir avancer. Je pense qu'il faut absolument avancer dans ce dossier; sinon, l'opinion publique va prendre le virage de l'abolition, et je ne crois pas que cela soit la solution que nous aimerions voir.

**M. Mendes :** Je commencerais par dire respectueusement qu'il est facile de balayer du revers de la main des préoccupations constitutionnelles sérieuses en disant qu'elles sont sans portée pratique. J'ajouterais que j'ai participé très activement aux négociations qui ont mené à l'Accord du lac Meech, en tant que conseiller de deux organismes gouvernementaux, et à celles de Charlottetown; je suis donc très familier avec le déroulement de ces dossiers sur le plan pratique. Je me rappelle le bon travail fait par le sénateur Rivest pendant cette ronde de négociations.

En réalité, d'après moi, l'échec de l'Accord de Charlottetown provenait peut-être d'une démarche improvisée à la réforme constitutionnelle et d'un nombre trop important de modifications proposées, ce qui a fini par frustrer les espoirs du gouvernement. Je crois qu'il est trop simpliste de tout simplement écarter des préoccupations constitutionnelles graves en disant qu'elles sont théoriques et non pratiques.

L'entente de Charlottetown constituait une tentative sérieuse de corriger le déséquilibre régional. Je regrette encore beaucoup aujourd'hui qu'on n'ait pas pris une approche étapiste à l'époque, en faisant voter les réformes l'une après l'autre au lieu de les mettre toutes ensemble. Je reconnais encore une fois le rôle important joué par le sénateur Rivest dans ce dossier.

Il est possible, par conséquent, comme l'Entente de Charlottetown l'a bien démontré, d'entreprendre une tentative de réforme importante en faisant participer tous les partis de la Confédération. Si on adopte la bonne démarche, elle peut aboutir à des liens renforcés entre la redistribution régionale des sièges et un mandat de durée fixe. Je suis d'avis que les Canadiens préféreraient de loin cette approche à une proposition qui pourrait nous amener dans un bourbier constitutionnel.

**Le sénateur Stratton :** Je respecte votre opinion quand vous dites qu'il ne s'agit pas uniquement d'une préoccupation théorique. Il faut trouver le juste milieu entre les deux. Il doit être possible d'en arriver à une solution quelconque. Je n'ai pas participé personnellement aux démarches de Charlottetown. Par contre, j'ai travaillé fort dans ma province pour essayer de faire approuver l'accord. Mais l'accord s'est effondré parce qu'il était trop compliqué.

Comme point de départ, nous voulons une thèse simple : il faut réformer le Sénat. Au fur et à mesure des discussions, les provinces disent qu'il faut se pencher sur tel ou tel autre élément. Le tout devient tellement complexe en raison des revendications des provinces, et cela était en partie responsable, pour le meilleur ou pour le pire, de l'échec de l'Entente de Charlottetown.

À mon avis, il est très peu probable que l'Ontario accepte encore une fois de céder des sièges, comme elle l'a fait la dernière fois. Vous êtes sans doute d'accord avec moi là-dessus.

You have stated clearly that eight years is insufficient because it would allow the Prime Minister to appoint the entire Senate. You have also stated that perhaps 12 years would work. There is always a degree of risk. In the 12-year situation, the potential is there to bring about change by shortening tenure and allowing us to move forward. Am I putting words into your mouth or is that what you have said?

**Mr. Mendes:** I would be much happier to have a limited term of 12 to 15 years if the bill in the other House were dropped. I feel that the two are linked. When you link the two, there is a potential undermining of the integrity of the constitutional framework of this country.

**Senator Stratton:** With respect to this bill, would you be satisfied with 12 to 15 years, accepting what you have said about the bill in the other House?

**Mr. Mendes:** I would feel much easier.

**Senator Fraser:** It is more of the same. We have to get this clear in our minds. We all know that in 1965 a retirement age was brought in lowering the terms of senators from life to age 75. No one has argued that that was not possible under section 91(1), and section 44 is held to be a successor to section 91(1). Would you be among those who would suggest we would be on constitutionally solid ground to lower the age of retirement from 75 to 74?

**Mr. Mendes:** You mean in the Senate?

**Senator Fraser:** Yes.

**Mr. Mendes:** The reason I think the Supreme Court decided the way it did on that particular time frame — and keep in mind that constitutions are never static; they evolve over time — is because even though the decision predated the *New Brunswick Broadcasting Co.* case and the *Vaid* decision, there was an intuitive sense that the reduction from life to 75 years would not interfere with the fundamental powers of the Senate as a deliberative body capable of sober second thought.

It is intriguing when you look at similar jurisdictions in other parts of the world, and in particular the mother Parliament, where the concern is fundamentally about how to retain an upper house that is separate from the imperatives of partisan politics that allows it to be that check, that sober second thought, that independent thought, that permits troublesome bills that should never see the light of day to have that second thought, and have an independent body of persons be able to act as that democratic check on partisan politics in the other House.

I think that is the reason why the court allowed the reduction from life to 75 years. It is a huge jump then from age 75 to eight years.

**Senator Fraser:** That is my second question. I will assume for the moment, then, that we would be on solid ground if all we were trying to do here was diminish the age from 75 to 74, that that would not necessarily affect the fundamental characteristics of the Senate.

Vous avez indiqué clairement qu'une durée de huit ans est insuffisante parce qu'un premier ministre donné pourrait nommer tous les sénateurs. Vous avez dit aussi qu'un mandat de 12 ans pourrait peut-être fonctionner. Il existe toujours une mesure de risque. La proposition de 12 ans permettrait de réformer le Sénat en limitant la durée des mandats et ainsi de faire des progrès. Est-ce que je vous mets des mots dans la bouche, ou est-ce que c'est bien ce que vous avez dit?

**M. Mendes :** Je serais beaucoup plus d'accord avec un mandat limité de 12 à 15 ans si on laissait tomber le projet de loi dans l'autre endroit. Je crois qu'il y a un lien entre les deux. Cela étant le cas, on risque de compromettre l'intégrité du cadre constitutionnel du pays.

**Le sénateur Stratton :** En ce qui concerne le présent projet de loi, seriez-vous satisfait d'un mandat de 12 à 15 ans, tout en tenant compte de ce que vous avez dit concernant le projet de loi dans l'autre endroit?

**M. Mendes :** Je serais beaucoup plus à l'aise avec cela.

**Le sénateur Fraser :** On revient toujours à cette question qu'il faut tirer au clair. Nous savons tous qu'en 1965 le mandat a été modifié en imposant la retraite obligatoire à 75 ans pour remplacer la nomination à vie. Personne n'a dit que cela contrevenait au paragraphe 91(1), et on sait que l'article 44 est considéré avoir remplacé le paragraphe 91(1). Êtes-vous d'accord avec d'autres qui ont dit qu'on aurait le droit en vertu de la Constitution de faire passer l'âge de la retraite de 75 à 74 ans?

**M. Mendes :** Vous parlez du Sénat?

**Le sénateur Fraser :** Oui.

**M. Mendes :** À mon avis, la Cour suprême a pris cette décision — il faut se rappeler que les constitutions ne sont jamais statiques; elles évoluent avec le temps — c'est que même si la décision dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co.* et dans *Vaid*, on savait par intuition qu'en faisant passer le mandat à vie à un mandat comportant une retraite obligatoire à 75 ans on ne réduirait en rien les pouvoirs fondamentaux du Sénat en tant que lieu de réflexion sereine et attentive.

Il est intéressant d'examiner la situation dans des parlements semblables ailleurs dans le monde, en particulier celle du Parlement mère, où on vise surtout le maintien d'une Chambre haute à l'abri des impératifs de la politique partisane et donc capable d'une réflexion indépendante, sereine et attentive afin de pouvoir examiner à la loupe des projets de loi qui ne devraient jamais voir le jour et d'agir de contrepoids à la politique partisane dans l'autre endroit.

Je crois que c'est pour cette raison que la Cour a permis l'introduction de la retraite obligatoire à 75 ans. Mais c'est une tout autre chose de passer de cela à un mandat de huit ans.

**Le sénateur Fraser :** C'est ma deuxième question. Mettons que nous aurions le droit en vertu de la Constitution de ramener l'âge de la retraite de 75 à 74 ans, sans que cela modifie les caractéristiques fondamentales du Sénat.

I am trying to grapple with where the crossover point is. Everyone agrees we could not take the term down to one year and we will assume we could take it to age 74. Where does the crossover point come and how and what criteria do we use to determine at what point those fundamental characteristics of the Senate that you do obviously understand very well will be affected?

**Mr. Mendes:** It is an imprecise yardstick, but it has nevertheless been laid down by the Supreme Court of Canada. That is, what are the essential powers that the Senate absolutely needs to act as a deliberative body of sober second thought, which echoes Senator Joyal's view that the previous decision focuses on the nature of that sober second thought.

If you feel that eight years prevents that, and the court agrees with you, that is potentially an unconstitutional attempt to limit the terms. If, however, 12 to 15 years still allows that ability to conduct your functions as a deliberative body of sober second thought, maybe that could be constitutional. I am not the Supreme Court of Canada. There is a bigger chance 12 or 15 years would be within the parliamentary privileges of the Senate, but certainly not, in my view, eight years.

**Senator Fraser:** Are you not willing to give me any more criteria than the Supreme Court has already set out for us? I would like your best-guess guidance.

**Mr. Mendes:** As a lawyer, I have to adhere to the yardsticks of our supreme judicial authority in this country. Therefore, as they have done with the *Quebec Secession Reference* case — and I am sure they would do in this case — they have thrown the ball back in your court and said that ultimately you have to decide what you think is critical to your functions as a deliberative body of sober second thought.

**Senator Fraser:** Thank you, I guess.

[Translation]

**Senator Rivest:** I think you will agree that when the Canadian government decided to set a retirement age of 75 for senators, that did not affect the privileges of the Senate under the Constitution Act. In your presentation, you talk about the risks involved in mixing new senators, appointed for eight-year terms, with current senators. We have already been through that. When the retirement age of 75 was brought in, some senators were already older than that. What is the difference here?

[English]

**Mr. Mendes:** The time frame is shorter if you have actually reached the retirement age. I would be more interested in playing golf than anything else.

J'essaie de voir où se trouve le bon équilibre. Tout le monde s'entend pour dire qu'on ne pourrait pas faire passer le mandat à une durée d'un an, mais nous tiendrons pour acquis qu'il serait possible de ramener l'âge de la retraite à 74 ans. Où est le point d'équilibre? Comment et en vertu de quels critères pouvons-nous déterminer à quel point les caractéristiques fondamentales du Sénat, que vous comprenez évidemment très bien, seront atteintes?

**M. Mendes :** L'étalon de mesure n'est pas très précis, mais il a quand même été établi par la Cour suprême du Canada. Au fond, il faut préserver les pouvoirs essentiels du Sénat pour qu'il puisse agir comme un lieu de réflexion sereine et attentive, ce qui rejoint l'opinion exprimée par le sénateur Joyal, à savoir que la décision déjà rendue par la Cour met l'accent sur la nature de cette réflexion sereine et attentive.

Si vous êtes d'avis qu'un mandat de huit ans est trop court, et si la Cour est d'accord avec vous, il s'agira d'une tentative inconstitutionnelle de réduire la durée du mandat. Si cependant un mandat de 12 à 15 ans vous permet toujours de jouer votre rôle de lieu de réflexion sereine et attentive, cette dernière proposition serait peut-être considérée constitutionnelle. Je ne suis pas la Cour suprême du Canada. D'après moi, il y a des chances qu'un mandat de 12 ou de 15 ans soit en conformité avec les privilèges parlementaires du Sénat, mais certainement pas un mandat de huit ans.

**Le sénateur Fraser :** Ne voudriez-vous pas me donner des critères autres que ce que la Cour suprême a déjà indiqué dans sa décision? J'aimerais bien entendre vos conseils, votre meilleure estimation.

**M. Mendes :** En tant que juriste, je dois respecter les critères établis par la plus haute cour du pays. Comme elle l'a fait dans le cas du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* — et je suis convaincu qu'elle le ferait dans ce cas-ci aussi — la Cour vous a relancé la balle qu'en bout de ligne c'est vous qui devez déterminer ce que vous croyez être essentiel à vos fonctions de lieu de réflexion sereine et attentive.

**Le sénateur Fraser :** Je vous remercie, je suppose.

[Français]

**Le sénateur Rivest :** Je pense que vous serez d'accord que lorsque le gouvernement canadien a pris la décision d'établir à 75 ans l'âge de la retraite des sénateurs, cela n'a pas affecté les privilèges du Sénat au sens de la Loi constitutionnelle. Vous parlez, dans votre présentation, des dangers que pourrait comporter un certain mélange entre les jeunes, qui auraient un mandat de huit ans et les sénateurs qui seraient déjà en place. On a déjà vécu cela. Au moment où on a limité l'âge à 75 ans, certains sénateurs avaient dépassé cet âge. Quelle est la différence?

[Traduction]

**M. Mendes :** La durée est plus courte si vous avez effectivement atteint l'âge de la retraite. Je préférerais jouer au golf qu'autre chose.



If someone is appointed at the age of 35 or 45, after an eight-year term there is a huge amount of career span left in that time frame. Even if — and this is perhaps trying to be more precise with Senator Fraser — you raised the limit to 12 or 15 years, there might still be a substantial period left after that of a career that would perhaps affect the independent sober second thought.

I threw out the 12 years, but I am not you. You have a better sense of what allows you to keep your essential function, despite belonging to different party caucuses, to have the ability to be that critical check on partisan politics and the product of partisan politics.

I have seen you in many instances co-operate across party lines and stop bills that should never see the light of day or at least amend them in such a fashion that they are more appropriate to our democratic legitimacy. For that reason, I believe you are the best judges of what allows you to keep yourself as that critical check on partisan politics coming from the other place.

[*Translation*]

**Senator Nolin:** I would like to look at the broader context beyond Bill S-4. Would you go so far as to say that partisan activity by senators affects that fundamental characteristic?

[*English*]

**Mr. Mendes:** I wish I could say it does not; however, depending on the times of any particular Western democracy, it does. The hope was the very creation of a non-elected upper house would provide that non-partisan check. It certainly was the theory behind the House of Lords, from whence the origins of the Senate of Canada came. We have seen instances in Britain of an ability by the upper house to act beyond partisan lines to basically act as a check on legislation that should be amended before it becomes law. Certainly that was the theory. The theory was to create an upper house that, even in a democracy, would be that check on unwise legislation coming from the lower house and would act together on a non-partisan basis.

[*Translation*]

**Senator Nolin:** In 1980, when the Supreme Court looked at the fundamental characteristics, it could not ignore the evolution and reality of the institution in the Canadian political context. That is why I am asking you this question. Does participation in partisan activities by members of the Senate affect this fundamental characteristic? As an institution, should we make a point of staying clear of partisan activity, perhaps, like the courts do?

[*English*]

**Mr. Mendes:** Under our Charter of Rights and Freedoms, I do not think you can prevent senators from being members of caucuses. No upper house anywhere in the world has tried to prevent that. However, I think the idea was that despite belonging

Si un sénateur est nommé à l'âge de 35 ou de 45 ans, il reste encore beaucoup de temps de carrière après un mandat de huit ans. Même si — et j'essaie ici peut-être d'être plus précis pour le sénateur Fraser — vous choisissez plutôt un mandat de 12 ou de 15 ans, il pourrait lui rester encore plusieurs années de carrière, ce qui pourrait éventuellement compromettre la réflexion sereine et attentive.

J'ai fait une proposition de 12 ans, mais je ne suis pas à votre place. Vous connaissez mieux ce qu'il vous faut pour jouer votre rôle essentiel, même si vous appartenez à des caucuses de partis différents, de faire contrepoids à la politique partisane et aux produits de la politique partisane.

Je vous ai souvent vus faire preuve de collaboration malgré les différences de parti et bloquer des projets de loi qui ne devraient jamais aboutir ou au moins de les modifier pour les rendre plus conformes à notre légitimité démographique. Je crois donc que vous êtes les meilleurs juges de ce qu'il vous faut pour jouer ce rôle critique qui est d'équilibrer la politique de l'autre endroit.

[*Français*]

**Le sénateur Nolin :** J'aimerais sortir un peu du cadre du projet de loi S-4. Iriez-vous jusqu'à dire que l'activité partisane par les sénateurs affecte cette caractéristique fondamentale?

[*Traduction*]

**M. Mendes :** J'aimerais pouvoir dire que ce n'est pas le cas; mais à un moment donné dans n'importe quelle démocratie occidentale, cela arrive. L'idée derrière la création d'une Chambre haute non élue était justement d'assurer ce contrepoids non partisan. C'était certainement le principe sous-jacent à l'établissement de la Chambre des lords, qui a servi d'inspiration au Sénat du Canada. Il y a déjà eu des cas en Grande-Bretagne où la Chambre haute est intervenue de manière non partisane pour apporter des modifications nécessaires avant qu'un projet de loi ne devienne loi. C'était certainement le principe. On voulait créer une Chambre haute qui pourrait freiner l'adoption de projets de loi malavisés venant de la Chambre basse et collaborer d'une manière non partisane, même dans une démocratie.

[*Français*]

**Le sénateur Nolin :** En 1980, lorsque la Cour suprême a examiné les caractéristiques fondamentales, elle ne pouvait pas ignorer l'évolution et la réalité de l'institution dans un cadre politique canadien. C'est pour cette raison que je vous pose cette question. La participation à l'activité partisane par les membres de l'institution du Sénat affecte-t-elle cette caractéristique fondamentale? Devrions-nous nous imposer, en tant qu'institution, une indépendance certaine de l'activité partisane, à la limite, comme le font les tribunaux?

[*Traduction*]

**M. Mendes :** En vertu de notre Charte des droits et libertés, je ne crois pas qu'il soit possible d'empêcher les sénateurs d'appartenir à un caucus politique. On n'a jamais tenté d'imposer cela à une Chambre haute, où qu'elle soit dans le

to partisan caucuses and understanding the direction of your party or your caucus, you come into the upper house and see beyond the partisan for the best interests of the country and the democracy itself.

**Senator Rivest:** Does that mean that independence is only a matter of constitutionality?

[*Translation*]

**Mr. Mendes:** Senator Rivest, you have already demonstrated your capacity for independence.

[*English*]

**The Deputy Chairman:** Perhaps, Senator Rivest, we should start calling you a cross-bencher.

**Senator Hays:** Professor Mendes, it is always a pleasure to listen to you and to hear your good advice. I will focus on something that is bothering me, which perhaps has already been touched on but forgive me for being late for class.

The issue of powers in section 42 seems to me to be the most likely hook on which you think the Supreme Court of Canada in a reference would hang its hat if it were to find that this were a section 42 amendment, not a section 44 amendment, for various reasons, which I think, in summary, are that when read with Bill C-43 this is not to do with Senate terms but with an elected Senate and that it does not respect the principles of federalism, respect for minorities, or the rule of law powers, although I could be wrong.

The problem I have is that powers are clearly set out in the Constitution. The Senate has an absolute veto over all federal bills that come to it, and no bill becomes law unless it is passed by the Senate, the exception being money bills and so on.

What I hear you and others saying is that it is not the powers but the way the Senate exercises the powers that raises it to the level where, as Mr. Newman indicated and I think others agreed, it is not that simple. I do not know that it is categorical that the so-called experts, as they were referred to, said that the codification of powers in section 42 and section 44 was absolute. Certainly, Mr. Newman acknowledged, and it has been well documented in our testimony, both from witnesses and from questions, that there are circumstances where it is not that simple and the point is that this may be one of them.

Could you comment? I can understand powers as set out in the Constitution, but powers as they are exercised will be a difficult thing for the court to make a decision on, even on a purposeful approach to the question, taking into consideration the full body of evidence that has been before the two committees, and so on.

Could you comment on how the court might deal with that?

monde. Je crois que l'idée était plutôt que, malgré le fait d'appartenir à un caucus partisan et de comprendre l'orientation de votre parti ou de votre caucus, vous travaillez dans la Chambre haute et vous veillez donc aux meilleurs intérêts du pays et de la démocratie elle-même, au-delà de la politique partisane.

**Le sénateur Rivest :** Cela veut-il dire que l'indépendance est seulement une question de constitutionnalité?

[*Français*]

**M. Mendes :** Sénateur Rivest, vous avez déjà démontré votre capacité d'indépendance.

[*Traduction*]

**La vice-présidente :** Peut-être, sénateur Rivest, devrions-nous commencer à vous traiter de parlementaire sans parti.

**Le sénateur Hays :** Professeur Mendes, c'est toujours un plaisir de vous écouter et d'entendre vos bons conseils. Je vais m'attarder à un point qui me tracasse et que l'on a peut-être déjà abordé, mais vous me pardonneriez si je suis en retard.

Il me semble qu'en cas de renvoi, la Cour suprême du Canada aurait fort probablement tendance à invoquer la question des pouvoirs figurant à l'article 42, si jamais elle devait conclure qu'il s'agit bel et bien d'une modification aux termes de l'article 42 et non pas de l'article 44, pour diverses raisons, lesquels peuvent se résumer, selon moi, au fait que cette mesure, prise conjointement avec le projet de loi C-43, ne traite pas du mandat des sénateurs, mais bien d'un Sénat élu et qu'elle ne respecte pas les principes du fédéralisme, du respect des minorités ou de la règle de droit, quoique je me trompe peut-être.

Mon objection est que les pouvoirs sont clairement établis dans la Constitution. Le Sénat a un veto absolu sur tous les projets de loi fédéraux dont il est saisi, et aucun projet de loi ne devient loi avant d'être adopté par le Sénat, à l'exception des projets de loi de finances, etc.

Quand je vous entends dire, à l'instar d'autres intervenants, que ce ne sont pas les pouvoirs mais plutôt la façon dont il exerce ses pouvoirs qui l'élèvent à ce niveau, comme M. Newman l'a dit, et d'autres l'ont approuvé, ce n'est pas si simple. Je ne crois pas qu'on puisse dire catégoriquement, comme l'ont fait les soi-disant experts, du moins c'est ainsi qu'on les a appelés, que la codification des pouvoirs à l'article 42 et à l'article 44 était absolue. Chose certaine, M. Newman l'a reconnu et il a été bien documenté durant l'audition des témoins, à la fois par les exposés et les questions, qu'il y a des circonstances où ce n'est pas aussi simple et la question à l'étude en est peut-être justement une.

Pourriez-vous commenter cela? Je comprends les pouvoirs tels qu'ils sont énoncés dans la Constitution, mais il sera difficile pour les tribunaux de rendre une décision sur les pouvoirs tels qu'ils sont exercés, même en abordant la question sur le plan pratique, en prenant en considération l'ensemble des témoignages qui ont été présentés devant les deux comités, etc.

Pourriez-vous nous dire comment à votre avis les tribunaux réagiront à cela?

**Mr. Mendes:** I think you have zeroed in on one of the most critical points I am trying to make, which is that the definition of powers in section 42 has to be now looked at in the context of the two decisions by the Supreme Court of Canada and, indeed, the earlier decision that Senator Joyal mentioned, in terms of the extension of the powers of the Senate to include its fundamental parliamentary privileges. Therefore that is what adds on to the definition of powers, the way in which it is exercised and the way in which it is affected by ordinary legislation that may be attempted to be put through as an administrative matter for the Senate, which clearly it is not, for all the reasons that were mentioned in the questioning of my friend Warren Newman from the Justice Department.

I have looked at the transcript. Maybe I am missing something. This is what made me decide to come here and give my opinion. I did not see in the previous testimony that the definition of powers has in any way already been added onto by the decisions of the Supreme Court of Canada in the *New Brunswick Broadcasting Co.* decision and the *Vaid* decision. That becomes the critical issue which has not been determined to date, in my view.

**Senator Hays:** I have put this before. People have been unwilling to comment on it, but the Senate has, under section 44, an absolute veto. The Senate, if it wants to change the laws that relate to its privileges, can. I cannot imagine this not being put to the court, so I will put it to you.

It is for the Senate to decide whether or not this is a good bill. The Constitution reposes full power in the Senate. If the Senate did pass it and the matter was taken to the court saying that the Senate made a mistake, that the Senate should not have passed it because it impaired its powers, the argument it seems to me would be that it impaired its powers and it had full power to go one way or the other on this. Let us assume it passed the bill. Some respect has to be paid to that fact. As I say, no one has been prepared to comment on that, but let me try you.

**Mr. Mendes:** My major critical point is that we could be starting down a road that leads to constitutional chaos. As I said in my presentation, what if the Supreme Court of Canada were to declare such legislation unconstitutional? What would happen to the senators who have been appointed or if the other bill gets through and you have elected senators? That is the definition of constitutional chaos.

Going to an even more complex answer to your question, one of the things that people who govern this country have to keep in mind at every single opportunity they get to think about reform of our institutions is the very delicate interplay between the written words of the Constitution, the decisions of the Supreme Court of Canada and conventions. As we know, it profoundly affected the history of this country in terms of the repatriation of the Constitution of our country from Great Britain.

**M. Mendes :** Je pense que vous avez mis le doigt sur l'un des arguments les plus cruciaux que j'essaie de présenter, à savoir que la définition des pouvoirs à l'article 42 doit maintenant être examinée dans le contexte des deux décisions rendues par la Cour suprême du Canada et même de la décision antérieure évoquée par le sénateur Joyal pour ce qui est d'étendre les pouvoirs du Sénat de manière à y inclure les privilèges parlementaires fondamentaux. C'est cela qui ajoute à la définition des pouvoirs, la manière dont ils sont exercés et la mesure dans laquelle ils sont touchés par des lois ordinaires que l'on peut tenter de faire adopter sous prétexte d'apporter des changements de nature administrative au Sénat, alors que ce n'est clairement pas le cas, pour toutes les raisons qui ont été évoquées lorsque mon ami Warren Newman a été interrogé par le ministère de la Justice.

J'ai lu le compte rendu. Peut-être que quelque chose m'échappe. C'est ce qui m'a décidé à venir ici pour donner mon opinion. Je n'ai pas vu dans les témoignages antérieurs que la définition des pouvoirs ait été le moins modifiée par les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *New Brunswick Broadcasting Co.* et *Vaid*. C'est là le point critique qui n'a pas été tranché à ce jour, à mon avis.

**Le sénateur Hays :** J'ai déjà exposé cet argument. Les gens ont refusé de l'écouter, mais le Sénat a, aux termes de l'article 44, un veto absolu. Le Sénat, s'il veut changer les lois qui touchent à ses privilèges, peut le faire. Je ne peux pas imaginer que la question ne sera pas posée aux tribunaux et c'est pourquoi je vous la pose.

C'est au Sénat de décider s'il s'agit d'un bon projet de loi. La Constitution donne les pleins pouvoirs au Sénat. Si le Sénat l'adoptait et que l'affaire était portée devant les tribunaux en invoquant que le Sénat a commis une erreur, que le Sénat ne pouvait pas l'adopter parce que cela restreignait ses pouvoirs, il me semble que l'argument serait que le texte a restreint ses pouvoirs et qu'il avait les pleins pouvoirs, qu'il pouvait décider dans un sens ou dans l'autre. Supposons que le Sénat adopte le projet de loi. Il faut envisager cette possibilité. Comme je l'ai dit, personne n'a été disposé à commenter ce scénario, mais je vous invite à le faire.

**M. Mendes :** Mon principal argument est que nous amorcerions un processus qui mène au chaos constitutionnel. Comme je l'ai dit dans mon exposé, qu'arriverait-il si la Cour suprême du Canada déclarait une telle loi inconstitutionnelle? Qu'arriverait-il des sénateurs qui auraient été nommés ou bien, si l'autre projet de loi était adopté, qui auraient été élus? C'est la définition même du chaos constitutionnel.

Pour donner une réponse encore plus complexe à votre question, ce que les gens qui gouvernent notre pays doivent garder à l'esprit en tout temps, dès qu'ils envisagent d'apporter la moindre réforme à nos institutions, c'est l'équilibre très délicat entre le texte écrit de la Constitution, les décisions de la Cour suprême du Canada et les conventions. On sait que cette délicate interaction a profondément influé sur l'histoire de notre pays au moment du rapatriement de la Constitution depuis la Grande-Bretagne.

We should learn those lessons, and I am not sure we have. We have a complex Constitution in this country which requires not just a focus on the written text but also a focus on the decisions of the Supreme Court of Canada and, as important, whether custom has transformed into convention.

I would throw a question back to you: The Senate has traditionally said that even though it has the veto, it will not exercise it; has that custom turned from usage into convention? It is a delicate question and again, at the risk of being a typical lawyer, one I am ultimately throwing back into your court.

**Senator Hays:** I cannot imagine the court saying that the Senate has lost its veto because it has not used it, if that is what you are suggesting.

**Mr. Mendes:** No.

**Senator Hays:** We have the 7-50 formula — seven out of 10 provinces representing 50 per cent of the population — the five-region veto and a probable convention of a referendum. If the court says yes, this is questionable, the idea is that the government would go to the court and a year later we would say yes. To do something as straightforward, it seems to me, as setting mandates for senators would require several years to do and would put the federal government in a negotiating position with the provinces, which historically has also been a factor.

I am thinking that the court might take that into consideration. For instance, if this bill were a bill initiated in the Senate, as proposed, without Bill C-43 in existence, my question to Professor Magnet — he would not draw on it, but sometimes a cigar is just a cigar — was what would happen. Would the court say a government of the day might introduce a bill for a selective advisory process or something and it could be more than it appears to be, and then go into these fine issues of how powers are exercised and so on?

The point I am getting at is that we cannot be frozen totally in terms of change, including formal change, for instance, under section 44.

**Mr. Mendes:** As I discussed in my answer to Senator Stratton, I would be much happier if the other bill died, so that there were some ability to have the senators exercise your core functions as a deliberative body and come to a decision as to what the appropriate term is, which would allow you to continue your functions as a deliberative body of sober second thought. The fact that there is this other bill hanging out there tells me that when you put the two together, there is a possibility that in pith and substance the two could be regarded as unconstitutional.

**Senator Hays:** I agree with that. I think the two bills together are unconstitutional, although I should have a reasonably open mind to be convinced otherwise if we ever got Bill C-43, which I

Nous devrions en tirer la leçon et je ne suis pas sûr que nous l'ayons fait. Nous avons au Canada une Constitution très compliquée qui exige de s'attarder non pas seulement au texte écrit, mais aussi aux décisions de la Cour suprême du Canada et, tout aussi important, aux aspects que la coutume a transformés en conventions.

Je vous renvoie la balle et vous pose la question : le Sénat a toujours dit que, même s'il possède le droit de veto, il ne l'exercera pas; cette coutume est-elle devenue une convention? C'est une question délicate et, encore une fois, au risque d'être l'archétype de l'avocat, je vous renvoie la question et vous invite à y répondre.

**Le sénateur Hays :** Je ne peux pas imaginer que la Cour puisse dire que le Sénat a perdu son veto faute de l'avoir utilisé, si c'est ce que vous laissez entendre.

**M. Mendes :** Non.

**Le sénateur Hays :** Nous avons la formule 7-50 — sept provinces sur 10 représentant 50 p. 100 de la population —, le veto des cinq régions et une convention probable exigeant un référendum. Si la Cour dit que oui, c'est douteux, le gouvernement s'adresserait aux tribunaux et, un an plus tard, nous dirions oui. Il me semble que pour apporter un changement aussi simple que de fixer la durée du mandat des sénateurs, il faudrait plusieurs années et il faudrait que le gouvernement fédéral négocie avec les provinces, ce qui a aussi été un facteur dans notre histoire.

Je me dis que la Cour pourrait prendre cela en considération. Par exemple, si le présent projet de loi avait été proposé à l'initiative du Sénat, et si le projet de loi C-43 n'existait pas, la question que je posais au professeur Magnet — il a décliné l'invitation à y répondre, mais il faut parfois appeler un chat un chat — était de savoir ce qui se passerait. La Cour dirait-elle que le gouvernement en place peut présenter un projet de loi créant un processus consultatif pour le choix des sénateurs ou quelque chose du genre, projet de loi qui pourrait aller plus loin qu'il n'y paraît à première vue, et s'étendre ensuite sur la question complexe de savoir comment les pouvoirs sont exercés, etc.?

Voici où je veux en venir : nous ne pouvons pas bloquer totalement tout changement, y compris des changements officiels, par exemple, aux pouvoirs énoncés à l'article 44.

**M. Mendes :** Comme je l'ai dit dans ma réponse au sénateur Stratton, je serais beaucoup plus heureux si l'autre projet de loi disparaissait, de manière que vous, sénateurs, puissiez exercer vos fonctions de base à titre d'assemblée délibérante et prendre une décision quant à la durée idoine du mandat, ce qui vous permettrait de continuer d'assumer vos fonctions de lieu de réflexion sereine et attentive. À cause de l'existence de cet autre projet de loi qui est en suspens, il me semble que si l'on superpose les deux, il y a possibilité que les deux pris ensemble puissent être considérés, en dernière analyse, inconstitutionnels.

**Le sénateur Hays :** Je suis d'accord avec cela. Je pense que les deux projets de loi pris ensemble sont inconstitutionnels, quoique je devrais avoir l'esprit raisonnablement ouvert et qu'on pourrait

doubt. However, we could also look at Bill S-4 on its own, not as proposed but as amended.

**Senator Bryden:** I want to raise an issue that was raised by Professor Andrew Heard and that has not been extensively debated here. The issue is whether section 44 is a comprehensive list of the areas of amendment that could fall within section 44 but are expressly agreed not to, instead requiring the 7-50 amending formula in section 38.

Professor Heard pointed out that the old section 91(1) specifically listed, among amendments that Parliament acting alone may not make, “the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House.” Then there are some exceptions.

However, this provision was not carried over into section 42 or indeed anywhere in the amending provisions of the 1982 Constitution. The five-year maximum life of the House is now set out in section 4 of the Charter, but as Professor Heard pointed out, there is nothing special about the fact that it is in the Charter in terms of the amending formula.

I quote Professor Heard:

If one were to take the argument literally that the only exceptions to the power in section 44 are those exceptions in sections 41 and 42, then Parliament would be free to amend any provision in the Constitution with respect to the House of Commons including, perhaps, the right to vote, and certainly the five-year limit in both the Charter and the 1867 act.

There is nothing special in it about the Charter in terms of the amending formula. It is not excluded or required to be amended in one fashion or another. If one took the argument that section 44 literally only has the exceptions applied in sections 41 and 42, then Parliament could do away with the five-year limit.

It could, in theory perhaps, do away with the right to vote and being candidates. No Supreme Court will accept that and that is precisely my point: They will read further context into the limits that are imposed in that literal reading of section 44.

Indeed, if you reversed what we are doing here, where we go from a 75-year term to an eight-year term, under the same logic, you could go from a four- or five-year term for MPs to a 75-year term for MPs. Would you comment on that?

me convaincre du contraire si jamais nous sommes saisis du projet de loi C-43, ce dont je doute. Cependant, nous pourrions aussi étudier le projet de loi S-4 en fonction de ses mérites propres, non pas tel que proposé, mais tel que modifié.

**Le sénateur Bryden :** Je veux soulever une question qui a été évoquée par le professeur Andrew Heard et qui n’a pas fait l’objet d’un débat en profondeur. La question est de savoir si l’article 44 est une liste exhaustive des modifications qui pourraient relever de l’article 44, mais pour lequel on a plutôt expressément accepté d’exiger la formule de modification 7-50 prévue à l’article 38.

Le professeur Heard a signalé que l’ancien paragraphe 91(1) donnait une liste explicite de modifications que le Parlement ne peut pas opérer de son propre chef, notamment « les prescriptions portant que le Parlement du Canada tiendra au moins une session par année et que la durée de chaque Chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l’élection de cette Chambre ». On énumère ensuite des exceptions.

Cependant, cette disposition n’a pas été reportée à l’article 42 ni nulle part ailleurs dans les dispositions relatives aux modifications dans la Loi constitutionnelle de 1982. La durée maximum de cinq ans de la Chambre est maintenant prévue à l’article 4 de la Charte, mais comme le professeur Heard l’a signalé, le fait que cela figure dans la Charte ne constitue rien de spécial pour ce qui est de la mise en application du mode de révision.

Je cite le professeur Heard :

Si l’on prend à la lettre l’argument voulant que les seules exceptions aux pouvoirs prévus à l’article 44 sont les exceptions énumérées aux articles 41 et 42, alors le Parlement est libre de modifier n’importe quelle disposition de la Constitution touchant la Chambre des communes, y compris, peut-être, le droit de vote et, assurément, la limite de cinq ans prévue à la fois dans la Charte et dans la Loi constitutionnelle de 1867.

Le fait que ce soit inscrit dans la Charte n’apporte rien de spécial pour l’application du mode de révision de la Constitution. Ce n’est pas exclu et il n’est pas exigé que la modification se fasse d’une manière ou d’une autre. Si l’on accepte l’argument voulant que l’article 44 comporte littéralement les seules exceptions prévues aux articles 41 et 42, alors le Parlement pourrait se débarrasser de la limite de cinq ans.

Il pourrait, en théorie, peut-être, se débarrasser du droit de vote et du droit de se porter candidat. Aucune cour suprême ne l’acceptera et c’est précisément là que je veux en venir : les juges interpréteront à la lumière d’un contexte plus étoffé les limites qui sont imposées par cette interprétation littérale de l’article 44.

En fait, si l’on faisait l’inverse de la démarche actuelle, par laquelle nous passons d’un mandat de 75 ans à un mandat de huit ans, en appliquant la même logique, on pourrait passer d’un mandat de quatre ou cinq ans pour les députés à un mandat de 75 ans pour les députés. Auriez-vous l’obligeance de commenter cela?

**Mr. Mendes:** I agree. This goes back to the logical inconsistency of some of the opinions you have heard before you that ignore the fact that when you put all the sections together, section 44 with section 42 and the supremacy clause, which says that all parts of the Constitution are equal and therefore you cannot determine that one is inferior to another, it becomes clear that section 44 is subject to section 42.

Once you read section 42 and its reference to powers, we go back to Senator Hays' critical question that he asked. Traditionally, the powers referred are the right to review legislation and indeed the veto. However, the Supreme Court of Canada has added how those powers are exercised. A failure to understand that creates the logical inconsistencies that you have mentioned and that Senator Joyal and Senator Hays have also mentioned.

**Senator Bryden:** There have been many references to the fact that Bill S-4 is linked to Bill C-43, some type of electorate bill. Indeed, I think the Prime Minister has said that Bill S-4 is the first step and Bill C-43 is the second step in the process. When Professor Magnet was here, he did an analysis of the way he believes the Supreme Court will approach the question of whether this is constitutional. He used a couple of terms in asking what is the purpose of this bill, terms with which we are all familiar: What is the pith and substance of what is happening here? Because these two are linked, Professor Magnet believes that the court really has no option but to say: The pith and substance of this procedure, the two of them together certainly, is to make fundamental change to the Senate of Canada.

What is your reaction to that?

**Mr. Mendes:** I agree with my colleague, Joseph Magnet, but I would add an even more damning criticism, though I hate to use that expression. I cannot see anything in section 91 that gives the federal government the power to do this. There is nothing in that list of powers in the section that gives the federal government the right to pass legislation that effectively undermines the Constitution of Canada, other than the peace, order and good government clause, and it is surely not good government to undermine the Constitution of Canada.

Therefore, in addition to the pith and substance argument, my argument would be that I am not sure there is any jurisdictional authority on the part of the federal government to pass legislation that says that we can regulate and have an advisory federal election system but we do not have to adhere to it and that it could be up to the discretion of the Prime Minister to decide whether or not he actually abides by the outcome of those resolutions. I cannot see anything in the list of powers of the federal government that allows the federal government to do that, other than the peace, order and good government clause, which would be a misnomer if it were ever used for that.

**M. Mendes :** Je suis d'accord. Cela démontre l'incohérence logique de certaines opinions que vous avez entendues et qui ne tiennent pas compte du fait que si l'on interprète toutes les dispositions prises ensemble, l'article 44, l'article 42 et la clause de suprématie, qui stipule que toutes les parties de la Constitution sont égales et que l'on ne peut donc pas décider que l'une est inférieure à l'autre, il devient clair que l'article 44 est assujéti à l'article 42.

Après avoir lu l'article 42 et les pouvoirs qui y sont évoqués, on revient à la question cruciale posée par le sénateur Hays. Traditionnellement, les pouvoirs en question sont le droit d'étudier les projets de loi et aussi le droit de veto. Cependant, la Cour suprême du Canada a ajouté à la manière dont ces pouvoirs sont exercés. À défaut d'avoir compris cela, on aboutit à l'incohérence logique que vous avez exposée et que les sénateurs Joyal et Hays ont également évoquée.

**Le sénateur Bryden :** De nombreux intervenants ont fait allusion au fait que le projet de loi S-4 est lié au projet de loi C-43, lequel est en quelque sorte une mesure sur l'élection. En fait, je pense que le premier ministre a dit que le projet de loi S-4 est la première étape et que le projet de loi C-43 est la deuxième étape de ce processus. Quand le professeur Magnet a comparé, il a fait une analyse de la manière dont, d'après lui, la Cour suprême abordera la question pour décider si c'est constitutionnel. Il a demandé quel était l'objet de ce projet de loi et il y a répondu en posant une question que nous connaissons bien : quelle est l'essence de ce que l'on propose en l'occurrence? Étant donné que les deux sont liés, M. Magnet est convaincu que le tribunal n'a pas d'autre choix que de dire : l'essence de cette procédure, assurément des deux mesures prises ensemble, est d'apporter un changement fondamental au Sénat du Canada.

Quelle est votre réaction à cela?

**M. Mendes :** Je suis d'accord avec mon collègue Joseph Magnet, mais j'ajouterais une critique encore plus accablante, bien que je répugne à utiliser cette expression. Je ne vois rien à l'article 91 qui donne au gouvernement fédéral le pouvoir de faire cela. Rien, dans la liste des pouvoirs énumérés à cet article, ne donne au gouvernement fédéral le droit d'adopter une loi qui se trouve à ébranler la Constitution du Canada, sinon la clause portant sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement, et ce n'est sûrement pas la marque d'un bon gouvernement que d'ébranler la Constitution du Canada.

Par conséquent, en plus de l'argument portant sur l'essence même de la mesure proposée, j'invoque l'argument que je ne suis pas certain que le gouvernement fédéral ait compétence pour adopter une loi qui stipule que l'on peut réglementer et mettre sur pied un système électoral fédéral consultatif, mais que nous ne sommes pas tenus de nous y tenir et qu'on pourrait s'en remettre à la discrétion du premier ministre pour décider, s'il y a lieu, de respecter ces résolutions. Je ne vois rien, dans la liste des pouvoirs conférés au gouvernement fédéral, qui permette au gouvernement fédéral de faire cela, sinon la disposition sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement, qui usurperait son nom si jamais elle servait à cela.

**Senator Bryden:** Professor Magnet went one step further in opining about the approach the Supreme Court might take. The court will try to determine the real objective of this process, and he implied, if he did not exactly say, that it may very well be a process that will lead toward redistribution of Senate influence within the federation. I could not quite follow how that would come out, but the other day I was thinking about why this Prime Minister has not fulfilled his obligation to fill vacant Senate seats in the country. We have 13 or some, and we have another dozen coming up. We have whole territories with no representation, such as the Yukon Territory. We have a province with no cabinet minister. We could appoint a senator there, or he could have, but he did not.

There are two ways to solve your problem of why there are so few. I do not agree with you, by the way, that there are too many senators representing the small area of Atlantic Canada and there are too few in the big places of B.C. and Alberta; the rich guys need more and the poor guys have it taken away. My point is this: One of the ways to level the playing field is to reduce the number of senators we have by leaving some vacancies but filling the positions that become vacant in Alberta and in B.C. You end up with one senator for P.E.I., two or three from New Brunswick and Nova Scotia, but when one becomes vacant in B.C., you fill it immediately and keep theirs up to the top until there is probably what might be referred to as an equilibrium of ineffectiveness. That certainly could help bring this about. Have you any comment on that?

**Mr. Mendes:** Actually, I have thought about that, because there are many other positions in other parts of our fundamental constitutional framework that have gone unfilled. As I think you know, I am referring particularly to the judiciary of Canada. If that is indeed one of the motivations, it is so serious, in terms of trying to do indirectly what you cannot do directly, that a question could be raised as to whether you can have an unconstitutional act by omission in addition to a unconstitutional act by commission. That would be a very interesting reference to the Supreme Court of Canada, or indeed a province could refer it to their provincial appeal court. The Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession Reference* case that Senator Joyal mentioned has given reinforcement to that by insisting that one of the fundamental, unwritten parts of the Constitution which has to be observed is the principles of democracy, federalism and the rule of law. If unconstitutional acts by omission are being planned, certainly it hits all three of them — federalism, democracy and the rule of law.

**The Deputy Chairman:** Thank you very much, Professor Mendes, for once again appearing before us and helping in our deliberations.

**Le sénateur Bryden :** M. Magnet est allé encore plus loin dans son opinion sur l'approche que pourrait adopter la Cour suprême. La Cour va tenter d'établir le véritable objectif de ce processus, et il a laissé entendre, sans le dire explicitement, que c'était peut-être bien un processus qui débouchera sur une nouvelle répartition de l'influence du Sénat au sein de la fédération. Quant à savoir comment on arriverait à ce résultat, je ne le suis pas très bien, mais l'autre jour, je réfléchissais à la raison pour laquelle le premier ministre actuel n'a pas assumé son obligation de combler les postes vacants au Sénat. Il y en a actuellement environ treize et douze autres seront libres bientôt. Nous avons des territoires entiers sans aucune représentation, notamment le territoire du Yukon. Nous avons une province qui n'a aucun ministre. Nous pourrions nommer un sénateur de cette province, ou enfin il aurait pu le faire, mais il ne l'a pas fait.

Il y a deux manières de résoudre votre problème ou de répondre à votre question de savoir pourquoi il y en a si peu. Je ne suis pas d'accord avec vous, en passant, pour dire qu'il y a trop de sénateurs représentant la petite région du Canada atlantique et qu'il y en a trop peu dans les grandes provinces comme la Colombie-Britannique et l'Alberta; les riches en veulent plus et les pauvres se font dépouiller. Voici où je veux en venir : l'une des manières d'établir une plus grande égalité est de réduire le nombre de sénateurs en laissant certains postes vacants tout en comblant les postes qui deviennent vacants en Alberta et en Colombie-Britannique. On se retrouve avec un seul sénateur de l'Île-du-Prince-Édouard, deux ou trois du Nouveau-Brunswick et de Nouvelle-Écosse, mais dès qu'un poste devient vacant en Colombie-Britannique, on le comble immédiatement et l'on continue de la sorte jusqu'à ce qu'on obtienne ce qu'on pourrait probablement qualifier de l'équilibre de l'inefficacité. Cela pourrait assurément aider à instaurer un tel règne. Avez-vous des commentaires là-dessus?

**M. Mendes :** En fait, j'ai réfléchi à cette question, parce qu'il y a beaucoup d'autres postes ailleurs dans notre cadre constitutionnel fondamental qui sont restés vacants. Comme vous le savez sans doute, je fais allusion plus particulièrement à la magistrature au Canada. Si telle est bien l'une des raisons de cet état de fait, c'est tellement grave, puisqu'on tente de faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, que l'on pourrait poser la question de savoir s'il est possible de commettre un acte inconstitutionnel par omission aussi bien que par commission. Voilà qui serait un renvoi très intéressant à la Cour suprême du Canada; en fait, une province pourrait même en saisir la cour d'appel provinciale. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire du *Renvoi sur la sécession du Québec* évoquée par le sénateur Joyal, a renforcé cet argument en insistant sur le fait qu'il existe une partie fondamentale et non écrite de la Constitution qu'il faut respecter, à savoir les principes de la démocratie, du fédéralisme et de la règle de droit. Si l'on planifie de commettre des actes inconstitutionnels par omission, il est certain que cela met en cause les trois principes : le fédéralisme, la démocratie et la règle de droit.

**La vice-présidente :** Merci beaucoup, professeur Mendes, d'avoir comparu de nouveau devant nous pour nous aider dans nos délibérations.

Honourable senators, our second participant today is Mr. Henry Brown. Mr. Brown is a partner, counsel and litigator in the Ottawa office in the advocacy department of the national law firm of Gowling Lafleur Henderson LLP. His practice has focused on constitutional, regulatory, administrative, government relations and public law.

Mr. Brown has appeared on numerous occasions before the Supreme Court of Canada, the Federal Court, and the courts of Ontario. In the Supreme Court of Canada, Mr. Brown routinely advises and acts as counsel in constitutional, civil and criminal appeals and applications for leave to appeal. We are lucky to have Mr. Brown with us today to guide us through his extensive and thorough examination of the bill before us.

We all have in front of us the lengthy brief that Mr. Brown presented to us. It is most interesting. There is a shorter brief of his remarks today, but it is available only in English. It is on the table up here for anyone who wants it.

**Henry S. Brown, Q.C. Partner, Gowling Lafleur Henderson LLP:** Senate counsel asked me to research and outline certain discussion points in connection with Bill S-4 concerning Parliament's legislative competence to enact Bill S-4, acting alone, that is, under section 44 of the Constitution Act 1867 as amended. The questions were fourfold.

First, subsection 91(1) of the Constitution Act, 1867, has been replaced by section 44 of the Constitution Act, 1982. Are the comments of the Supreme Court of Canada in *Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, the *Upper House Reference*, still valid with respect to section 44? Second, assuming the scope of section 91(1) is same as the scope of section 44, does Bill S-4 exceed the exclusive jurisdiction of the federal Parliament in that it affects the "fundamental features or essential characteristics" of the Senate? Third, if Bill S-4 is enacted and found to be unconstitutional, would it affect the legitimacy of federal legislation enacted pursuant to the unconstitutionally constituted Senate? Fourth, should Bill S-4 be referred to the Supreme Court of Canada to determine its constitutionality?

In providing the resulting research and discussion paper, which has been circulated, we had the benefit of reviewing the proceedings and reports of the Special Senate Committee on Senate Reform that reviewed Bill S-4 and we have incorporated some of the observations made there. Of course, there may be other factors to consider in connection with the constitutionality of Bill S-4. Our memorandum addresses the four specific points raised with us.

In answer to question one, our report concludes that it certainly appears that the comments of the Supreme Court of Canada in the *Upper House Reference* regarding subsection 91(1) are still valid with respect to

Honourables sénateurs, notre deuxième participant aujourd'hui est M. Henry Brown. M. Brown est associé, conseiller juridique et avocat plaçant au bureau d'Ottawa du cabinet d'avocats national de Gowling Lafleur Henderson s.r.l.. Dans sa pratique, il s'occupe surtout de droit constitutionnel, réglementaire et administratif, de relations gouvernementales et de droit public.

M. Brown a plaidé à de nombreuses reprises devant la Cour suprême du Canada, la Cour fédérale et les cours de l'Ontario. À la Cour suprême du Canada, M. Brown est régulièrement appelé à donner des conseils dans le cas d'appels dans des affaires constitutionnelles, civiles et criminelles et des requêtes en autorisation d'appel. Nous sommes chanceux d'avoir aujourd'hui M. Brown avec nous pour nous guider et nous faire une analyse fouillée et approfondie du projet de loi à l'étude.

Nous avons tous devant nous le volumineux mémoire que M. Brown nous a remis. Il est des plus intéressants. Il y a aussi un texte plus court qui est son allocution d'aujourd'hui, mais il est en anglais seulement. Il se trouve sur la table et quiconque est intéressé peut en prendre un.

**Henry S. Brown, c.r., associé, Gowling Lafleur Henderson s.r.l. :** Le légiste du Sénat m'a demandé de réfléchir à certaines questions et de vous en proposer une analyse concernant le projet de loi S-4 et le pouvoir législatif du Parlement de promulguer unilatéralement le projet de loi S-4, c'est-à-dire de le faire en vertu de l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1867 modifiée. Les questions sont les quatre suivantes :

Premièrement, le paragraphe 91(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 a été remplacé par l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982. Les remarques formulées par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute* restent-elles applicables à l'article 44? Deuxièmement, si l'on suppose que la portée du paragraphe 91(1) est identique à celle de l'article 44, le projet de loi S-4 outrepassait-il la compétence exclusive du Parlement fédéral au sens où il porte atteinte aux « caractéristiques essentielles ou fondamentales » du Sénat? Troisièmement, si le projet de loi S-4 est promulgué, puis jugé contraire à la Constitution, cela portera-t-il atteinte à la légitimité des lois fédérales adoptées en vertu d'un Sénat constitué de manière non constitutionnelle? Quatrièmement, devrait-on soumettre le projet de loi S-4 à l'examen de la Cour suprême du Canada pour qu'elle en détermine le caractère constitutionnel?

Pour faciliter nos recherches et notre analyse, dont nous vous avons fait parvenir copie, nous avons eu la chance d'avoir accès aux délibérations et aux rapports du Comité sénatorial spécial de la réforme du Sénat, qui a examiné le projet de loi S-4, et nous avons intégré certaines de ses observations dans notre compte rendu. D'autres facteurs peuvent, bien entendu, entrer en ligne de compte dans l'examen du caractère constitutionnel du projet de loi S-4. Dans notre mémoire, nous nous limitons aux quatre questions précises qui nous ont été posées.

En réponse à la première question, notre rapport conclut qu'il semblerait effectivement que les remarques formulées par la Cour suprême du Canada dans le renvoi relatif à la Chambre haute au sujet du paragraphe 91(1) restent applicables à l'article 44. Le



section 44. Subsection 91(1) of the Constitution Act, 1867, no longer applies but, by its terms, it authorized Parliament acting alone to enact laws regarding the “amendment . . . of the Constitution of Canada.” Section 91(1) was repealed and replaced by section 44 of the Constitution Act, 1982. Section 44 authorized Parliament, also acting alone, to enact laws “amending the Constitution of Canada” in relation to the Senate.

While the Supreme Court of Canada in the *Upper House Reference* was asked whether section 91(1) permitted Parliament to abolish or alter the fundamental nature of the Senate, it appears the court’s comments with respect to the function of Senate, particularly its fundamental features, remain valid and applicable to the scope of Parliament’s power to enact laws in relation to the Senate pursuant to section 44. This is because both section 91(1) and section 44 are worded essentially identically, they both have the same subject matter and, most tellingly, because section 44 was introduced into Parliament less than two years after the court’s opinion the *Upper House Reference*. The *Upper House Reference*, therefore, forms part of the historical — and recent historical — background to the enactment of section 44 and is likewise relevant in terms of construing the context and purpose of section 44.

In the *Upper House Reference*, the government of the day referred a package of Senate-related amendments to the Supreme Court of Canada for its opinion. The court’s opinion is dated December 21, 1979, less than two years before the resolution leading to the Constitution Act, 1982, was introduced into Parliament on November 18, 1981. The court concluded that while section 91 did permit Parliament to make some changes to the Senate, it did not allow Parliament to make alterations affecting the fundamental features or essential characteristics granted to the Senate as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process. Nor could Parliament amend the fundamental character of the Senate unilaterally. According to the court:

. . . while s. 91(1) would permit some changes to be made by Parliament in respect of the Senate as now constituted, it is not open to Parliament to make alterations which would affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional representation and provincial representation in the federal legislative process . . . In our opinion, its fundamental character cannot be altered by unilateral action by the Parliament of Canada and s. 91(1) does not give that power.

That is found at page 78, and I wish to emphasize the word “affect.”

While the words of section 91(1) did not contain the limitation in the passage just referred to, the court implied and read into those words those limitations. This is what courts do in virtually every constitutional case.

Of direct relevance to this discussion paper, the court was also asked whether a change in the tenure of members of the Senate would affect the fundamental character of the Senate. That was

paragraphe 91(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 n’est plus en vigueur, mais il autorisait le Parlement à adopter de son propre chef des lois visant à « modifier[...] la Constitution du Canada ». Le paragraphe 91(1) a été abrogé et remplacé par l’article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982. Or, l’article 44 autorise le Parlement à adopter, toujours unilatéralement, des lois qui « modifient la Constitution du Canada » concernant le Sénat.

Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême avait été invitée à déterminer si le paragraphe 91(1) permettait au Parlement d’abolir ou de modifier la nature fondamentale du Sénat, mais les remarques des juges de la Cour concernant la fonction du Sénat et notamment ses caractéristiques fondamentales restent valables et applicables à la portée du pouvoir exclusif du Parlement d’adopter des lois concernant le Sénat en vertu de l’article 44. La raison en est que le paragraphe 91(1) et l’article 44 ont un libellé quasi identique, que tous les deux portent sur le même sujet et, surtout, parce que l’article 44 a été présenté au Parlement moins de deux ans après que la Cour eut donné son opinion dans le cadre du *Renvoi relatif à la Chambre haute*. Par conséquent, le *Renvoi relatif à la Chambre haute* fait partie du contexte historique récent entourant l’adoption et la mise en vigueur de l’article 44 et est également pertinent pour interpréter le contexte et l’objet de l’article 44.

Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, le gouvernement de l’époque a renvoyé une série de modifications concernant le Sénat à la Cour suprême du Canada pour avoir son opinion. L’opinion de la Cour est datée du 21 décembre 1979, soit moins de deux ans avant la résolution donnant lieu à l’introduction de la Loi constitutionnelle. La Cour a conclu que l’article 91 permettait effectivement au Parlement d’apporter certains changements au Sénat, mais qu’il ne l’autorisait pas à porter atteinte aux caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat conférant à celui-ci le moyen de garantir une représentation régionale et provinciale dans le processus législatif fédéral. Le Parlement n’était pas non plus habilité à modifier unilatéralement le caractère fondamental du Sénat. Selon la Cour :

... bien que le paragraphe 91(1) permette au Parlement d’apporter certains changements à la Loi constitutionnelle du Sénat, il ne lui permet pas d’apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral... Nous sommes d’avis que le Parlement du Canada ne peut en modifier unilatéralement le caractère fondamental et que le paragraphe 91(1) ne l’y autorise pas.

Ce passage se trouve à la page 78 et je voudrais souligner les mots « porteraient atteinte ».

Les termes employés dans le paragraphe 91(1) ne précisaient pas les limites soulignées dans le passage ci-dessus, mais la Cour laisse entendre que ces limites font partie du sens des mots en question. C’est ce que font les tribunaux dans presque toutes les affaires constitutionnelles dont ils sont saisis.

La Cour avait également été invitée, et cela nous intéresse au premier chef ici, à déterminer si la modification de la durée du mandat des sénateurs porterait atteinte au caractère fondamental

question 2(d). The court declined to answer the question in the abstract but stated the following, and here I emphasize the words “some point” and «impair»:

At some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as “the sober second thought in legislation” . . . However, to answer this question we need to know what change of tenure is proposed.

That is found at page 76.

In addition, the Supreme Court of Canada specifically referred to the independence of the Senate as forming part of its fundamental features. The court said that the “intention was to make the Senate a thoroughly” — and I emphasize the word “thoroughly” — “independent body which would canvass dispassionately the measures of the House of Commons” and that this was “accomplished by providing for the appointment of members of the Senate with tenure for life.” This is found at page 77.

These are the values, then, that were protected by the Supreme Court of Canada as found in our Constitution. One, the Senate’s thorough independence; two, the Senate’s role as provider of sober second thought; and three, the Senate’s role as a means of providing regional and provincial representation.

Prior to the introduction of Bill S-4, the scholarly opinion on the scope of section 44 confirmed that its scope was narrow, to be approached with caution, and was little changed from the scope of subsection 91(1).

I have reviewed contrary arguments presented to the special committee, the main one being that sections 41 and 42 of the 1982 amending procedures now say explicitly which changes to the Senate may not be enacted unilaterally by the Parliament of Canada. As a corollary, it is argued that any other aspect of the Senate may be amended by section 44, which is to be construed literally or grammatically.

This argument leaves unanswered the bigger question: How does one avoid the specific meaning given to the same words «the Constitution of Canada» by Canada’s highest court just under two years before section 44 was introduced?

With respect, it makes little sense to argue that the words “the Constitution of Canada» contained serious implications for the independence, sober second thought and representative aspects and fundamental nature of the Senate in 1979 but became devoid of such meaning less than two years later. If those words imposed serious limitations on the power of Parliament to act unilaterally in 1979, which is undeniable, those same limitations must surely have been present and intended in 1981, and therefore they speak to us today.

Specifically, a literal interpretation of section 44 gives no relevance to the very specific injunction of the Supreme Court of Canada in the *Upper House Reference* that, “At some point, a

du Sénat. C’était la question 2d). La Cour a refusé de répondre à cette question dans l’abstrait, mais elle a déclaré ceci, et je souligne les mots « à un certain point » et « nuire » :

À un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de sir John A. Macdonald, « un deuxième coup d’œil attentif à la loi »... Cependant, pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quel changement on se propose d’apporter à la durée des fonctions.

Ce passage se trouve à la page 76.

En outre, la Cour suprême du Canada a fait explicitement mention de l’indépendance du Sénat qui est l’une de ses caractéristiques fondamentales. La Cour a dit que « on voulait faire du Sénat un organisme tout à fait » — et je souligne les mots « tout à fait » — « indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie. » Ce passage se trouve à la page 77.

Voilà donc les valeurs inscrites dans notre Constitution qui étaient protégées par la Cour suprême du Canada. D’abord un Sénat tout à fait indépendant; deuxièmement, le rôle du Sénat à titre de Chambre de réflexion sereine et attentive; et troisièmement, le rôle du Sénat comme moyen de fournir une représentation régionale et provinciale.

Avant la présentation du projet de loi S-4, l’opinion des spécialistes sur la portée de l’article 44 a confirmé que cette portée est étroite, qu’elle doit être abordée avec prudence et qu’elle est très peu changée par rapport à la portée du paragraphe 91(1).

J’ai passé en revue les opinions contraires présentées au comité spécial, le principal argument étant que les articles 41 et 42 du mode de révision adopté en 1982 disent maintenant explicitement quels changements le Parlement du Canada peut apporter unilatéralement au Sénat. En corollaire, on soutient que toute autre caractéristique du Sénat peut être modifiée par l’article 44, lequel doit être interprété littéralement ou grammaticalement.

Cet argument laisse sans réponse la question plus vaste : comment échapper au sens précis que la plus haute cour du Canada a donné à cette même expression « Constitution du Canada » à peine deux ans avant l’introduction de l’article 44?

Sauf votre respect, il serait absurde d’affirmer que l’expression « Constitution du Canada » renvoyait à de sérieuses implications concernant l’indépendance, le deuxième examen et le caractère représentatif et fondamental du Sénat en 1979, mais que ce n’était plus le cas moins de deux ans plus tard. Si cette expression supposait une étroite limitation du pouvoir du Parlement d’agir unilatéralement en 1979, ce qui est indéniable, les mêmes limites doivent sûrement être délibérément présentes en 1981 et, par conséquent, s’appliquent encore aujourd’hui.

Plus précisément, une interprétation littérale de l’article 44 ne semble pas donner d’importance à une déclaration très précise dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* : « À un certain point, la

reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as ‘the sober second thought in legislation.’” So, too, a literal interpretation leaves no place for the Senate’s being thoroughly independent.

These views appear to be based on a conversion to the argument that the *Upper House Reference* was neither part of the context or purpose or historical background of the 1982 amendments and, in any event, has been entirely displaced by them. This is contrary to the facts of the matter and is difficult to accept.

Those who see a neat division in the amending formula and who have considered that the *Upper House Reference* is legally irrelevant should be asked what protection is now to be afforded to the Senate’s sober second thought role and to its thorough independence? Presumably, their answer is that that role may be taken away by unilateral action under section 44. However, this response is at odds with the Supreme Court of Canada’s decision in the *Upper House Reference*, heightening the risk of bill’s invalidity.

An additional weakness in the argument that section 44 should be read literally lies in the fact that section 44 applies not only to amendments in relation to the Senate but also to amendments in relation to the House of Commons and the executive. Might it be heard that Parliament, acting alone, could strip the House of Commons of its democratic features and characteristics? If Parliament may take away the Senate’s constitutionally protected thorough independence and the Senate’s role as the provider of sober second thought, might not Parliament equally take away the democratic features of the House of Commons? If Parliament, acting unilaterally, may decrease the term of members of the Senate, may it not increase the terms of members of the House of Commons and by how much? Read literally, these are certainly possibilities. It is particularly noteworthy and of concern that neither section 41 nor section 42 expressly protects either the democratic features or characteristics of the House of Commons. There is no reference in sections 41 and 42 to either responsible government or representative government.

Further, given that the Constitution of Canada is now defined by section 52(2) to include the Constitution Act, 1867, it would appear that Parliament, if section 44 is construed literally or grammatically, might be permitted to unilaterally repeal the opening words of that statute, which assure Canadians, at least at the federal level, of a representative form of government, that is, to a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom.

To state these possibilities is to throw into stark relief why the law courts do not generally read constitutional documents literally. Far too much is at stake. One need only ask these questions to see that grave difficulties surround construing

réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de sir John A. Macdonald « un deuxième coup d’œil attentif à la loi ». Aussi, une interprétation littérale ne laisse aucune place à un Sénat totalement indépendant.

Ces opinions semblent plutôt s’appuyer sur l’idée que le *Renvoi relatif à la Chambre haute* ne faisait partie ni du contexte ni de l’objet des modifications apportées en 1982 et que, quoi qu’il en soit, il a été entièrement écarté par elle. Nous estimons respectueusement que c’est une prise de position difficile à tenir.

Ceux qui voient une nette partition dans le mode de révision et qui considèrent que le *Renvoi relatif à la Chambre haute* n’a pas de pertinence juridique doivent être invités à se demander ce qui protège désormais leur rôle de second examen objectif du Sénat, et l’on peut penser que leur réponse sera que ce rôle sera suspendu par une mesure unilatérale prise en vertu de l’article 44. Cette réponse semble cependant inscrire l’action unilatérale prévue par le projet de loi S-4 encore plus en contradiction avec l’opinion exprimée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, ce qui accroît le risque de nullité du projet de loi.

Il y a une autre faiblesse dans l’argument selon lequel l’article 44 doit être aujourd’hui interprété littéralement : le fait que l’article ne s’applique pas seulement aux modifications ayant trait au Sénat mais également à celles ayant trait à la Chambre des communes et au pouvoir exécutif. Cela signifierait-il que le Parlement, agissant seul, pourrait priver la Chambre des communes de ses caractéristiques démocratiques? Si le Parlement peut retirer au Sénat l’indépendance que lui confère la Constitution et son rôle de « deuxième coup d’œil attentif à la loi » est-ce qu’il ne pourrait pas aussi dépouiller la Chambre des communes de ses caractéristiques démocratiques? Si le Parlement, agissant unilatéralement, peut limiter le mandat des sénateurs, ne pourrait-il pas aussi bien prolonger le mandat des députés et jusqu’à quel point? Interprété littéralement, ce sont certainement des possibilités. Il est particulièrement remarquable et inquiétant que ni l’article 41, ni l’article 42 n’interdisent expressément ce genre de modifications. Il n’est pas question dans les articles 41 et 42 de gouvernement responsable ni de gouvernement représentatif.

En outre, étant donné que le paragraphe 52(2) stipule que la Constitution du Canada inclut la Loi constitutionnelle de 1867, il semblerait que le Parlement, si l’on interprétait littéralement ou grammaticalement l’article 44, pourrait être autorisé à abroger unilatéralement les premiers termes de cette loi qui assurent aux Canadiens, du moins au pallier fédéral, une forme de gouvernement représentatif, c’est-à-dire, une « Constitution similaire en principe à celle du Royaume-Uni. ».

En énonçant ces possibilités, on montre très clairement pourquoi les cours de justice n’interprètent pas en général les documents constitutionnels de façon littérale. Les enjeux sont beaucoup trop importants. Il suffit de poser ces questions pour se

section 44 literally without regard to legal precedent and without regard to the fundamental norms generally considered to be protected by our constitutional documents.

It is worth noting that the Constitution Act, 1982, could easily have been written more broadly if it was intended to authorize Parliament to amend the Constitution of Canada “in relation to fundamental features or characteristics of the Senate.” Those words could have been added but that was not done.

The opening words of section 44 state that the powers in section 44 are subject to sections 41 and 42. These are words of statutory limitation. It may be argued, and I would argue, that there are not just one but two sets of constraints on section 44: first, the limited definition of the expression “the Constitution of Canada” provided by the Supreme Court of Canada less than two years before the introduction of section 44; and second, those limitations provided by the opening words of section 44 itself. Each limitation must be respected. Unilateralism was rejected by the Supreme Court of Canada in 1979. There is little to suggest that unilateralism would prevail today.

Madam Chair, the discussion paper covers a wide range of issues. The law clerk asked that I focus on section 44, which I have done in my opening remarks by reference to the *Upper House Reference*. I will try to answer questions, and thank you for your patience.

**Senator Nolin:** My questions are more preliminary because I do not want to get into the substance of the matter. Was it the steering committee of the Senate Legal Committee that asked the law clerk to retain the services of Mr. Brown? How did Mr. Brown come to appear before the committee? I am concerned and wonder whether anyone can make such a request.

**The Deputy Chairman:** Mr. Brown was one name on the long list of witness names suggested to the committee. He was asked to appear before the committee as a witness and the steering committee agreed.

**Senator Nolin:** My concern is prior to that. Perhaps I could ask Mr. Brown. When did the law clerk contact you to retain your professional services and to explain the mandate that he was asking you to perform?

**Mr. Brown:** I was contacted by Senate counsel in the early summer last year and asked if I could provide a discussion paper on the questions that are reported in here. I did so.

**Senator Nolin:** Obviously, this committee did not ask the law clerk to do that.

**The Deputy Chairman:** No. Was it one of our colleagues who asked?

**Senator Joyal:** Yes.

**Senator Nolin:** Was it you, Senator Joyal?

rendre compte des graves difficultés qui entourent la perspective juridique par laquelle l'article 44 est interprété littéralement et sans égard aux précédents juridiques ou aux normes fondamentales généralement considérées comme protégées par nos documents constitutionnels.

Rappelons que la Loi constitutionnelle de 1982 aurait très facilement pu autoriser le Parlement à modifier la Constitution du Canada eu égard aux caractéristiques fondamentales du Sénat. Cela aurait pu être clairement formulé mais aucune modification de cette sorte n'a été proposée.

Selon le préambule de l'article 44, les pouvoirs conférés par celui-ci le sont sous réserve des articles 41 et 42. Ce sont des termes limitatifs sur le plan législatif. On peut faire valoir, et je ferai valoir moi-même, qu'il n'y a pas une, mais deux restrictions à l'article 44 : premièrement, la définition limitative de l'expression « Constitution du Canada » selon la Cour suprême du Canada moins de deux ans avant l'introduction de l'article 44; deuxièmement, le préambule de l'article 44 proprement dit. Chaque restriction doit être respectée. L'action unilatérale a été rejetée par la Cour suprême du Canada en 1979. Rien ne semble indiquer que l'action unilatérale serait mieux reçue de nos jours.

Madame la présidente, le document de réflexion couvre tout un éventail de sujets. Le légiste m'a demandé de limiter mes observations à l'article 44, ce que j'ai fait en parlant du *Renvoi relatif à la Chambre haute*. J'essaierai de répondre à vos questions et je vous remercie de votre patience.

**Le sénateur Nolin :** Mes questions sont davantage d'ordre préliminaire, car je n'ai pas l'intention d'entrer dans le vif du sujet. Est-ce le comité de direction du Comité sénatorial des affaires juridiques qui a demandé au légiste de retenir les services de M. Brown? Comment se fait-il que M. Brown ait comparu devant le comité? Je me demande comment quiconque peut faire une telle demande.

**La vice-présidente :** M. Brown était sur la longue liste de témoins suggérés au comité. On lui a demandé de comparaître comme témoin et le comité de direction l'a accepté.

**Le sénateur Nolin :** Ma préoccupation remonte plus loin. Peut-être pourrais-je poser la question à M. Brown. Quand le légiste a-t-il pris contact avec vous pour obtenir vos services et vous expliquer le mandat qu'il entendait vous confier?

**M. Brown :** Le légiste du Sénat a pris contact au début de l'été dernier et m'a demandé si je pourrais préparer un document de réflexion sur les questions qui font l'objet de ce rapport. C'est ce que j'ai fait.

**Le sénateur Nolin :** Il est évident que ce n'est pas le comité qui a demandé au légiste de faire cela.

**La vice-présidente :** Non. Est-ce un de nos collègues qui l'a demandé?

**Le sénateur Joyal :** Oui.

**Le sénateur Nolin :** Est-ce vous, sénateur Joyal?

**Senator Joyal:** Yes. I sent a written request to the law clerk to give an opinion on the bill as it was tabled at that time, before the committee started its hearings. Any senators can ask an opinion of the law clerk about a bill. The law clerk did not have the time or the expertise to proceed with this request and so chose from among all the lawyers who are normally the object of commission study. That is where the request comes from.

**Senator Nolin:** Mr. Brown, have you submitted your bill to Mr. Audcent?

**Mr. Brown:** Yes, I have. We submit accounts monthly.

**Senator Nolin:** We can find the details of that with the law clerk.

**Mr. Brown:** Yes.

**Senator Joyal:** Mr. Brown, in your presentation, when you discuss the issue of the literal interpretation of section 44, you limit yourself to a mere grammatical reading of section 44. However, would you not agree that any court interpreting section 44, which has not been the object of many decisions by the Supreme Court of Canada, would take into account also the intention of the framers? What was the intention of Parliament when section 44 was adopted by Parliament and, before being adopted, debated and studied by committee? Both Houses of Parliament normally have to pronounce on that proposed section. Is it not part of regular judicial interpretation that when a section of the Constitution has not been the object of extensive judicial interpretation the court will want to look into not only the pith and substance but also the intention of the framers? What did they have in mind?

Reading the *Upper House Reference* from 1980 tells us that the court went on at length and quoted Sir John A. Macdonald extensively and George Brown in the decision. The court quoted the extracts of speeches made at the time of Confederation in order to understand the purpose of the Senate and where the Senate of Canada originated.

If the Supreme Court were asked to give an interpretation to section 44, they might want to go back to the comments made by the framers in 1980, 1981 or 1982 regarding section 44.

Would they give as much weight to the interpretation of section 44 as the court gave in 1980 to the interpretation of the nature of the Senate and its role in the parliamentary structure of Canada?

**Mr. Brown:** The short answer is yes. A basic function of the court on examination of a constitutional document or a statute is to determine the meaning of the statute and its application to the facts at hand, and to do that, it is basic to ascertain the intention of the framers, the intention of the drafters and the intention of the legislators.

To do that, the court looks at the context and purpose of the statute. Statutes are to be construed, as the Supreme Court of Canada has said many times, particularly recently, contextually and purposefully, which means that one must look at the context

**Le sénateur Joyal :** Oui. J'ai envoyé une demande par écrit au légiste afin qu'il nous soumette une opinion sur le projet de loi que l'on venait de déposer, avant que le comité ne débute ses audiences. Tout sénateur peut demander une opinion au légiste à propos d'un projet de loi. Il n'avait ni le temps ni les qualifications voulues pour répondre à cette demande lui-même et a ainsi choisi parmi les juristes auxquels on commande habituellement des études. C'est ainsi que cela s'est fait.

**Le sénateur Nolin :** Monsieur Brown, avez-vous présenté votre facture à M. Audcent?

**M. Brown :** Oui, monsieur nous présentons nos notes tous les mois.

**Le sénateur Nolin :** Nous pouvons donc demander des détails au légiste.

**M. Brown :** Oui.

**Le sénateur Joyal :** Monsieur Brown, dans votre exposé, lorsque vous parlez de la question de l'interprétation littérale de l'article 44, vous vous limitez à une lecture purement grammaticale de cet article. Toutefois, ne conviendriez-vous pas que toute cour interprétant cet article, qui n'a pas fait l'objet de nombreuses décisions de la part de la Cour suprême du Canada, tiendrait également compte de l'intention des rédacteurs? Se demanderait-elle quelle était l'intention du Parlement lorsqu'il a adopté l'article 44 et, avant de l'adopter, l'a débattu et étudié en comité? Normalement, les deux Chambres doivent se prononcer sur un tel projet d'article. N'est-il pas courant pour les juges, lorsqu'un article de la Constitution n'a pas fait l'objet déjà de nombreuses interprétations judiciaires, de s'interroger non seulement sur la forme et le fond mais également sur l'intention des rédacteurs? De se demander ce qu'ils visaient?

À la lecture du *Renvoi relatif à la Chambre haute* de 1980, on constate que la Cour s'est longuement penchée sur la question et a cité abondamment dans sa décision sir John A. Macdonald et George Brown. Elle a cité des passages de discours prononcés au moment de la Confédération afin de bien comprendre l'objet du Sénat et ce qui avait présidé à la création du Sénat du Canada.

Si la Cour suprême devait donner une interprétation de l'article 44, elle voudrait peut-être revenir aux commentaires des rédacteurs de 1980, 1981 ou 1982 à ce sujet.

Donnerait-elle autant de poids à l'interprétation de l'article 44 qu'elle l'a fait en 1980 à propos de l'interprétation de la nature du Sénat et de son rôle dans la structure parlementaire du Canada?

**M. Brown :** Oui. Un des rôles fondamentaux de la Cour lors de l'examen d'un document constitutionnel ou d'une loi est de déterminer ce que signifie cette loi et la façon dont elle s'applique au sujet qui l'occupe et, pour ce faire, il est essentiel de s'assurer de l'intention des rédacteurs, des légistes et des législateurs.

Ainsi la Cour examine-t-elle le contexte et l'objet de la loi. Les lois doivent être interprétées, comme l'a dit à maintes reprises la Cour suprême du Canada, et en particulier récemment, en fonction de leur contexte et de leur objet. À cet égard, vous

and the purpose. In that connection, you are quite right that the Supreme Court of Canada, in the *Upper House Reference*, did go back. It is quite common, and in fact invariable, for the court, on constitutional construction, to go back to the speeches made at the time in the chamber and outside the chamber to try to inform themselves as to what was being intended.

It is, of course, ultimately a matter of what Parliament said. Its expressed intent is what ultimately will count, but to inform that, the context and purpose is carefully reviewed. I might say that that was done in the *Upper House Reference*. At page 66, the court specifically says that the beginning of the analysis of the proposals before it was to look at “historical background,” which it then did. It took into account the speeches of Sir John A. Macdonald and George Brown and ultimately came to the conclusions that I quoted in my opening presentation.

**Senator Joyal:** The court could look into the speeches that were made surrounding section 44 when it was debated; and, of course, any documents from the Department of Justice that would have accompanied the draft resolution at the time would be part of the documentation or information that the court would want to go through to determine the intention of the framers. In other words, the court would probably receive such proof as being concurrent to the speeches that were made at the time to determine the scope of section 44.

**Mr. Brown:** Yes. As indicated in the previous answer, speeches in Parliament are certainly relevant and will always be looked to. Whether they are determinative is up to the court, but they inform the court as to the context, the history, the milieu in which it is drafted.

Legal opinions, if shared with Parliament, may, contemporaneously, also be relevant, but not necessarily conclusive. It is fair to say the court has seen legal opinions contemporaneous with legislation and decided that they were wrong. However, it is very relevant to the interpretation, if such documents are available, particularly if they were shared. So, too, would be the views of scholars at the time, which, as I have noted, were unanimous in the view that this was a narrow provision. The court would look to correspondence with perhaps the provinces. Because the amendment at that time had the approval of the provinces, the court would look at issues in the provincial debates to see what they had on their minds.

Ultimately it comes down to what was expressed. The context and purpose is very important, and certainly the courts do not proceed ahistorically, that is, without regard to what has gone past.

**Senator Joyal:** Let me be even more precise. When the Department of Justice tabled the draft resolution in 1980, the resolution that of course contains section 44 with the Charter, it

avez tout à fait raison, la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, s'était reportée à ces discours. C'est tout à fait courant et, invariablement, lorsqu'il s'agit d'interprétation de texte constitutionnel, la Cour se reporte aux discours prononcés à l'époque à la Chambre et en dehors de la Chambre pour essayer de comprendre exactement quelle était l'intention.

Donc ce qui est important, c'est ce qu'a dit finalement le Parlement. C'est l'intention expresse du Parlement qui doit compter mais pour la connaître réellement, il faut examiner attentivement le contexte et la volonté ainsi exprimée. Je dirais que c'est ce qui a été fait dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*. À la page 66, la Cour précise bien qu'avant d'analyser les propositions dont elle était saisie, elle s'était reportée au « contexte historique ». Elle a tenu compte des discours de sir John A. Macdonald et de George Brown avant d'en arriver à la conclusion que j'ai citée dans ma déclaration liminaire.

**Le sénateur Joyal :** La Cour pouvait se reporter aux discours prononcés à propos de l'article 44 lorsqu'il en a été débattu et, évidemment, tous les documents du ministère de la Justice qui auraient accompagné le projet de résolution alors auraient fait partie de la documentation ou des informations que la Cour aurait examinées afin de déterminer quelle était l'intention des rédacteurs. Autrement dit, la Cour aurait probablement constaté que ces éléments correspondaient aux discours prononcés à l'époque pour déterminer la portée de l'article 44.

**M. Brown :** Oui. Comme je l'ai dit tout à l'heure, les discours prononcés au Parlement sont tout à fait pertinents et sont toujours examinés. C'est à la Cour de décider s'ils sont déterminants mais ils peuvent en tout cas l'informer quant au contexte, à l'histoire, à l'environnement dans lequel a été rédigé l'article.

Les avis juridiques, s'ils sont communiqués au Parlement, peuvent également être pertinents mais pas nécessairement concluants. Il est vrai que la Cour a vu des avis juridiques contemporains de textes législatifs et jugé qu'ils étaient erronés. Toutefois, si de tels documents existent, ils sont très utiles pour l'interprétation de la loi, en particulier s'ils avaient été communiqués au Parlement. De même que les points de vue des spécialistes de l'époque qui, comme je l'ai indiqué, étaient unanimes à dire qu'il s'agissait là d'une disposition d'application étroite. La Cour aurait probablement examiné la correspondance avec les provinces. Étant donné qu'à l'époque la modification avait l'approbation des provinces, la Cour aurait examiné les débats provinciaux afin de savoir ce qu'en pensaient les provinces.

Finalement, il faut considérer le texte lui-même. Le contexte et l'objet sont très importants et il est évident que les cours ne jugent pas sans considérer le passé.

**Le sénateur Joyal :** Je serai encore plus précis. Lorsque le ministère de la Justice a déposé le projet de résolution en 1980, la résolution qui évidemment contient l'article 44 avec la Charte, il a

published explanatory notes. In other words, there was a written text accompanying the draft resolution giving the purpose of each of the sections of the proposed resolution.

If there was a specific reference in that documentation, in the official documents of the Department of Justice, to the meaning and intent of section 44, that could be a source of information to which the court could give some weight.

**Mr. Brown:** It is more than could be; it would be given weight. Exactly how much weight would depend on all the other evidence. There was a time when parliamentary discussions were not admitted into a court of law, but we have long since passed that. We passed it probably first in the area of constitutional construction. It is essential in construing constitutional documents to ascertain, as best one can, what the legislators had in mind, what they saw as being addressed and their context and the purpose in which they were acting.

**Senator Joyal:** In other words, they could use the documents from the Department of Justice and put them together with the interventions that were made by the framers at the time during the committee that was studying the proposed resolution or in the House of Commons debates or in the Senate debates or in the provincial legislature or in the correspondence. Taken as a whole, those documents and interventions would comment or give nuance to the meaning of section 44, to try to understand the scope of section 44 when it was adopted by Parliament.

**Mr. Brown:** Absolutely.

**Senator Joyal:** Let me go on to a section of your long brief. On page 13 of your brief, in the second half of the second paragraph, you state:

It is noteworthy that two different tests are set out in *Re Upper House*. In the first, a change which merely “affects” the fundamental features and characteristics of the Senate in certain respects is beyond section 44.

It does not need to nullify, merely affect. That is the first test you say exists. Then you continue:

In the second, a change which “impairs” the functioning of the Senate as the provider of “sober second thought in legislation” is beyond the reach of an amendment under section 44.

If I understand your reasoning, when we read Bill S-4, it limits the term of senators to eight years. There are two questions that we have to ask ourselves. The first is whether the change contemplated “merely affects the fundamental features» of the Senate. Again, “merely affects” is light, if I can use a qualification. It does not mean that it changes the fundamental features or it negates the fundamental features. The second question is whether the change contemplated would impair the functioning of the Senate as sober second thought in legislation.

publié des notes explicatives. Autrement dit, il y avait un texte écrit qui accompagnait le projet de résolution et expliquait l’objet de chacun des articles du projet de résolution.

S’il y avait une référence précise dans ce document, dans les documents officiels du ministère de la Justice, quant au sens et à l’intention de l’article 44, elle devenait une source d’information à laquelle la Cour aurait pu donner quelque poids.

**M. Brown :** C’est certain. Quel poids exact, tout dépendrait du reste. Autrefois, les discussions parlementaires n’étaient pas admises en cour mais ce temps est bien révolu. Probablement depuis le moment où l’on a rédigé la Constitution. Il est essentiel lorsque l’on interprète des documents constitutionnels de s’assurer, dans toute la mesure du possible, de ce qu’avaient en tête les législateurs, de la question qu’ils entendaient traiter, du contexte et de leur volonté.

**Le sénateur Joyal :** Autrement dit, la Cour pouvait utiliser les documents du ministère de la Justice et les ajouter aux interventions qui avaient été faites par les rédacteurs alors que le comité étudiait le projet de résolution ou pendant les débats à la Chambre des communes ou au Sénat ou encore dans les assemblées législatives provinciales ou par correspondance. Considérés ensemble, ces documents et interventions expliquaient ou précisaient le sens de l’article 44, permettaient de comprendre la portée de l’article 44 lorsqu’il a été adopté par le Parlement.

**M. Brown :** Tout à fait.

**Le sénateur Joyal :** J’aimerais revenir sur un passage de votre long mémoire. À la page 13, dans la deuxième partie du deuxième paragraphe, vous dites :

Il convient de souligner que deux différents tests sont définis dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*. Dans le premier « test », un changement qui altère simplement le caractère et les qualités fondamentales du Sénat sous certains angles est hors de portée de l’article 44.

Il n’est pas nécessaire que cela les annule, simplement que cela les altère. C’est, dites-vous, le premier test. Vous dites ensuite :

Dans le second de ces tests, un changement qui limite le fonctionnement du Sénat, dans son rôle de « deuxième coup d’œil attentif à la loi », est au-delà de la portée d’un amendement effectué sous l’article 44.

Si je comprends bien votre raisonnement, le projet de loi S-4 limite le mandat des sénateurs à huit ans. Nous devons ainsi nous poser deux questions. Tout d’abord, la modification envisagée « altère-t-elle simplement le caractère et les qualités fondamentales » du Sénat? Là encore, « altère simplement » est léger, si je puis m’exprimer ainsi. Cela ne signifie pas que cela modifie le caractère et les qualités fondamentales du Sénat ni que cela les annule. La deuxième question est de savoir si la modification envisagée limiterait le fonctionnement du Sénat, dans son rôle de « deuxième coup d’œil attentif à la loi ».

On what basis do you draw your conclusion that when you apply those two tests to Bill S-4 the bill does not meet them? Would the Supreme Court apply those tests?

**Mr. Brown:** Let me first put that comment in the proper context, or in the fuller context. In my opening presentation, I referred to and emphasized the words “impair” and “affect” in the two passages I quoted.

At page 76 of the *Upper House Reference*, the Supreme Court of Canada specifically directed itself to the tenure of senators. It said:

At some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as “the sober second thought in legislation».

The concept of impairment relates to that aspect of the Senate by which the Senate provides sober second thought in legislation. The Supreme Court of Canada is saying, firing a shot across the bow, not answering the question but setting the legal test for a future case, that on sober second thought, you are permitted to amend, but you may not go to the point of impairing sober second thought. In other words, some affecting of sober second thought is permitted, but impairment is not. There is a continuum.

On pages 77 and 78, the court talks about the Senate’s independence. This is another aspect of the Senate. It is dealing with questions (e) and (iv). The court said:

In creating the Senate in the manner provided in the Act, it is clear that the intention was to make the Senate a thoroughly independent body which could canvass dispassionately the measures of the House of Commons. This was accomplished by providing for the appointment of members of the Senate with tenure for life. To make the Senate a wholly or partially elected body would affect a fundamental feature of that body. We would answer this sub-question in the negative.

I take from that quote that Parliament may not affect the thorough independence of the Senate by acting alone. That is what, in effect, the Supreme Court of Canada said.

It went on to say, in relation to the next question, at pages 77 and 78:

... while s. 91(1) would permit some changes to be made by Parliament in respect of the Senate as now constituted, it is not open to Parliament to make alterations which would affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional representation and provincial representation in the federal legislative process.

Like independence, one can argue from this that Parliament may not unilaterally go so far as to even affect the regional and provincial representation aspect of the Senate.

It concludes in that same paragraph on page 78:

Sur quoi vous fondez-vous pour conclure que lorsque l’on applique ces deux tests au projet de loi S-4, celui-ci ne semble pas y satisfaire? La Cour suprême appliquerait-elle ces tests?

**M. Brown :** Je voudrais d’abord situer ce commentaire dans son contexte, du moins dans son véritable contexte. Dans ma déclaration liminaire, j’ai insisté sur les termes « limite » et « altère » dans ces deux passages que j’ai cités.

À la page 76 de la version anglaise du *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême du Canada déclare à propos du mandat des sénateurs :

Qu’une réduction de la durée du mandat pourrait, à partir d’un certain point, nuire au fonctionnement du Sénat comme lieu de réflexion indépendante.

Cela nuirait ainsi au rôle du Sénat comme lieu de réflexion indépendante. La Cour suprême du Canada déclare, sans répondre à la question mais en indiquant le critère juridique à considérer à l’avenir que pour ce qui est de la réflexion indépendante, on peut apporter une modification mais pas jusqu’à nuire à ce rôle. Autrement dit, il est autorisé d’altérer quelque peu le rôle de réflexion indépendante mais non pas d’y nuire. C’est là le critère.

À la page 77, la Cour parle de l’indépendance du Sénat. C’est un autre aspect du Sénat. Il s’agit des questions (e) et (iv). La Cour déclare :

En créant le Sénat de la manière prévue à l’Acte, il est évident qu’on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie. S’ils devaient être entièrement ou partiellement élus, cela altérerait une de ses caractéristiques fondamentales. Nous répondrions ainsi à cette sous-question par la négative.

Je retire de cette citation que le Parlement ne peut altérer unilatéralement la totale indépendance du Sénat. C’est en fait ce qu’a déclaré la Cour suprême du Canada.

Elle poursuivait en disant, à propos de la question suivante, à la page 77 :

[...] bien que [la Constitution] permette au Parlement d’apporter certains changements à la constitution actuelle du Sénat, elle ne lui permet pas d’apporter les modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral.

Comme l’indépendance, on peut conclure de cela que le Parlement ne peut unilatéralement aller jusqu’à altérer les caractéristiques fondamentales du Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale.

La conclusion de ce même paragraphe est que :



In our opinion, its fundamental character cannot be altered by unilateral action by the Parliament of Canada and s. 91(1) does not give that power.

So, stepping back, there is a continuum on the issue of sober second thought, a range, and then you hit the impairment of sober second thought. Parliament cannot act unilaterally. On the issue of independence, it cannot affect it at all; it must be independent.

**Senator Joyal:** I understand.

**Senator Hays:** Thank you for this excellent work and your comments.

I might say to the chairman, I know this document is dated March 21 and is fairly recent, but it would have been nice to have a copy of this long document and an opportunity to read it before hearing from Mr. Brown. Just in case we have more of these and they are available, that would be useful. It would have been nice to have it yesterday or the day before.

**The Deputy Chairman:** The delay in getting it was the translation problem. We got it as quickly as possible on Tuesday.

**Senator Hays:** Senator Fraser had her copy a few days ago. I did not, and I wish I had.

Mr. Brown, I have listened to you, and your opinion is that the *Upper House Reference* is applicable. That is clear. Going to the last pages of the long document you provided, I gather from the quotes on pages 50 and 51 that you believe that this matter should be referred to the Supreme Court before the Senate proceeds with its final deliberations. Is that right?

**Mr. Brown:** The best course of action would be to see this bill referred to the Supreme Court of Canada, because ultimately it alone can answer the question as to whether or not the bill is constitutional. Whether the bill is referred before it is passed or after it is passed, I have not put my mind to that question. It is at a stage where it could be referred to the court right now. The previous Senate reference did not involve even draft legislation.

If this proposed legislation were enacted and then challenged, the consequences could be serious. First individual senators might find that their appointments are not valid or that their eight-year term is in fact to age 75. There are also consequences to the law-making and the validity of law. The rule of law says that laws passed contrary to the Constitution must be struck down.

**Senator Hays:** In your view, that is a further rationale for this being referred as a preliminary matter before we finalize our determination of it.

What would the court's opinion be? You have not expressed an opinion on that. I think that is fine, because from what I have heard so far I do not believe this committee or the Senate would agree that the bill as proposed should go ahead. However, there are some who believe that fixed terms are a valuable improvement of the Senate. I have heard most often a 12-year, non-renewable term, but I have heard with some persuasion 15 years, particularly because the House of Lords seemed to be headed in that direction.

Nous sommes d'avis que le Parlement ne peut en modifier unilatéralement le caractère fondamental et le par. 91(1) ne l'y autorise pas.

Il y a donc un continuum sur la question du second examen objectif, puis une certaine latitude au-delà de laquelle on nuit à ce rôle de réflexion. Le Parlement ne peut agir unilatéralement. Pour ce qui est de l'indépendance, il ne peut l'altérer aucunement; il doit être indépendant.

**Le sénateur Joyal :** Je comprends bien.

**Le sénateur Hays :** Merci de cet excellent travail et de vos observations.

Je me permettrai de dire à la présidente que je sais que ce document est daté du 21 mars et est donc assez récent, mais il aurait été bon de pouvoir le lire avant d'entendre M. Brown. Au cas où cela se reproduise et que les documents existent, ce serait utile. Il aurait été bien de l'avoir hier ou avant-hier.

**La vice-présidente :** Il y avait le problème de traduction. Nous l'avons obtenu le plus vite possible, mardi.

**Le sénateur Hays :** Le sénateur Fraser l'a reçu il y a quelques jours. Pas moi et j'aurais souhaité l'avoir.

Monsieur Brown, je vous ai écouté et vous semblez dire que le *Renvoi relatif à la Chambre haute* s'applique ici. C'est clair. Pour revenir aux dernières pages du long document que vous avez fourni, je conclus des citations aux pages 52 et 53 que vous estimez que cette question devrait être renvoyée à la Cour suprême avant que le Sénat ne conclue ses délibérations. C'est cela?

**M. Brown :** Le mieux serait que le projet de loi soit renvoyé à la Cour suprême du Canada parce qu'elle seule, en définitive, peut répondre à la question de savoir s'il est ou non constitutionnel. Savoir s'il doit être renvoyé avant d'être adopté ou après, je n'y ai pas réfléchi. Il pourrait être renvoyé immédiatement. Le renvoi précédent ne portait même pas sur un projet de loi.

Si ce projet de loi est adopté et qu'il est ensuite contesté, les conséquences pourraient être graves. Tout d'abord, certains sénateurs pourraient constater que leur nomination n'est pas valable ou que leur mandat de huit ans est en fait jusqu'à l'âge de 75 ans. Il y a également des conséquences pour les lois et leur validité. La règle du droit veut que les lois adoptées de façon anticonstitutionnelle soient abrogées.

**Le sénateur Hays :** À votre avis, c'est une autre raison de renvoyer tout de suite le projet de loi à la Cour suprême avant que nous ne finalisions cette étude.

Quel serait l'avis de la Cour? Vous n'avez pas donné d'avis à ce sujet. Je pense que cela n'a pas d'importance, car d'après ce que j'ai entendu jusqu'ici, je ne crois pas que le comité ni le Sénat conviendra que le projet de loi soit adopté tel quel. Toutefois, il y en a certains qui croient qu'un mandat fixe serait un progrès pour le Sénat. On parle le plus souvent de 12 ans, d'un mandat non renouvelable mais j'en ai entendu qui préconiseraient 15 ans, en particulier parce que la Chambre des lords semble aller dans ce sens.

For the benefit of others on this committee, can we get a fairly definitive opinion from you — although I suspect asking for one now is not fair — on what the court's view would be? I will give you a reason for that. The reason is that we are legislators. We are not a court sitting here, and we all agree on that. However, we are given something to consider. There are those for and those against; and historically, we have been reluctant to delay consideration of a matter for court reference.

On the Senate, I think there has only been one in our history, which was the *Upper House Reference*, which is our subject here. You will appreciate that in the course of reform, and using section 44 and finding out how far Parliament can go with it, we need to know where we stand. It would be helpful to us to have an opinion — not just any opinion, perhaps, but yours, because you have spent a lot of time on this.

Historically, we have looked to you and your colleagues at Gowling for these opinions. Can you give us an opinion? I am not asking you for one now, though you may have one. Do you think in the end, knowing what you know now, you could be fairly definitive in saying yes, the court will find that this is not under section 44, but under section 42, or the contrary?

**Mr. Brown:** You are quite right, senator, that this is a discussion paper. It is pretty clear, though, that given the questions, which appear to be fundamental to the debate, the legislation would not fare well in the Supreme Court of Canada, in our view.

A full decision on this does require a record, which is the value of a reference. You go to a reference. Most of my work is before the court. What happens then is that notices are given. Several of the attorneys general, 13 of them, are entitled to appear as a right. Other intervenors may come. They could bring the provincial debates. They could bring other evidence as to what the context and purpose was; and perhaps the legal opinions, if they were publicly known, or perhaps even if they were privately known.

The opinion should be based on a record. The court would have a better record than we do at this point. We did look at the parliamentary debate, but not the committee debate at the time. There is very little debate on this.

The answer is that we could provide an opinion, subject to these other matters being disclosed, as to its validity. We could also consider the issue of what alternative tenure might be more likely to pass judicial scrutiny.

**Senator Hays:** Yes, you could, but you cannot right now. I understand that.

**Mr. Brown:** On the issue of what term, I did listen to the debate this morning. I have no opinion on it, but I would suggest that the analytical framework for the term would involve looking at those

Pourriez-vous nous donner un avis assez net — même si ce n'est probablement pas juste de vous demander cela maintenant — de ce que pourrait être l'avis de la Cour? Je vais vous dire pourquoi je vous demande cela. Nous sommes en effet des législateurs. Il est évident que nous ne sommes pas membres d'une cour, nous en convenons tous. Toutefois, on nous demande d'étudier quelque chose. Il y en a qui sont pour et d'autres qui sont contre. Traditionnellement, nous hésitons à retarder l'étude d'une question pour la renvoyer à la Cour.

Au sujet du Sénat, je crois qu'il n'y a eu qu'un renvoi à la Cour, le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, dont nous discutons aujourd'hui. Vous comprendrez que lorsque l'on parle de réforme, lorsque l'on évoque l'article 44 et que l'on se demande jusqu'où peut aller le Parlement, il nous faut savoir ce qu'il en est. Il nous serait donc utile d'avoir un avis — pas n'importe quel avis, peut-être, mais le vôtre, parce que vous avez consacré beaucoup de temps à la question.

C'est toujours à vos collègues et à vous chez Gowling que nous demandons ce genre d'avis. Pourriez-vous nous donner un avis? Je ne vous demande pas de le faire tout de suite quoi que vous en ayez peut-être déjà un à nous donner. Pensez-vous que, sachant ce que vous savez maintenant, vous pourriez nous répondre de façon assez définitive que, oui, la Cour jugera que cela ne relève pas de l'article 44 mais bien de l'article 42, ou le contraire?

**M. Brown :** Vous avez tout à fait raison, sénateur, il s'agit là d'un document de réflexion. Il est très clair, toutefois, qu'étant donné les questions, qui semblent fondamentales pour ce débat, le projet de loi, à notre avis, ne serait pas bien reçu par la Cour suprême du Canada.

Une décision finale sur la question exige un texte et c'est là l'intérêt d'un renvoi. Vous demandez un renvoi. L'essentiel de mon travail est préalable. Après, on donne des avis. Plusieurs des procureurs généraux, treize, sont autorisés à comparaître, c'est leur droit. D'autres intervenants peuvent venir. On pourrait tenir compte des débats provinciaux. On pourrait tenir compte d'autres éléments de preuve relatifs au contexte et à l'objet; peut-être des avis juridiques, s'ils avaient été rendus publics ou même s'ils ne l'avaient pas été.

L'opinion doit se fonder sur un dossier. La Cour aurait un meilleur dossier que nous. Nous avons examiné le débat parlementaire mais non pas le débat en comité. Il n'y a pas grand-chose là-dessus.

Je vous répondrai donc que nous pourrions vous fournir une opinion, sous réserve que ces autres questions soient dévoilées, quant à la validité du projet de loi. Nous pourrions examiner également la question de quelle autre durée de mandat pourrait être plus acceptable pour la Cour.

**Le sénateur Hays :** Vous pourriez le faire mais vous ne le pouvez pas tout de suite. Je le comprends.

**M. Brown :** Pour ce qui est du mandat, j'ai écouté le débat ce matin. Je n'ai pas d'avis là-dessus mais je pense que le cadre analytique à ce sujet consisterait à examiner deux aspects,

two aspects, that is to say, sober second thought may not be impaired. That is one thing. What does sober second thought mean? That is discussed in our paper.

Then independence is a second aspect, and that may not be affected. The Senate must come out at the end of the day as an independent institution. We look at aspects of that in the paper and then say, bringing the practicalities to bear, what is a term that would be sure to pass muster with the Supreme Court of Canada?

**Senator Hays:** A renewable term gives you pause in terms of its affecting the independence of the Senate. Is that correct?

**Mr. Brown:** What gives me pause is reducing the term from 45 years to eight. The potential term of a senator is 45 years, and to reduce that to eight, along with the other issues that we talk about, gives me pause. The aspect of independence and the aspect of sober second thought both seem to be negatively affected by a short term.

Regarding a longer term, as the Supreme Court of Canada said, you may amend the Constitution to deal with the tenure providing you do not impair sober second thought. There is a point. At some point you can do it, but at some point you cannot.

**Senator Hays:** It is a ladder — eight years, 10, 12, 16, 20 years and so on. I am thinking you could provide us with a view of that ladder, could indicate for instance that this is very safe and this is more risky in terms of the court. I think that would be helpful.

My last question concerns the preamble of the Constitution that was quoted in the *Upper House Reference* and whether the relevance of the Westminster Parliament today would be put into question in terms of the court's consideration more than Westminster was in 1867.

The reason I ask is that we have paid a lot of attention in this committee to the evolving House of Lords. Many changes have occurred there. The U.K.'s constitutional hurdles are much less than ours, given that they are not a federation.

In any event, which is more relevant, the Lords of 1867 or the Lords of 2007, in terms of what you think the court would have in mind, given the reliance in the *Upper House Reference* on the words of the preamble?

**Mr. Brown:** Clearly, the *Upper House Reference* tells us that what they had in mind was creating a body of sober second thought, in the words of our Prime Minister, and a body that was to be independent. It was also to have these regional and provincial representative aspects.

Is that closer to the Lords of 1867 or the Lords of 2007? I would like to dodge the question and say that we have our own. This is an indigenous document, which we debated as a nation some time ago, and the Supreme Court of Canada has informed us as to what was intended, or at least aspects of it. The reference

c'est-à-dire le Sénat comme lieu de réflexion indépendante. Ce serait le premier aspect. Qu'est-ce que cela signifie exactement? Nous en avons parlé dans notre document.

Le deuxième aspect est celui de l'indépendance qui ne doit pas être altérée. Le Sénat doit rester une institution indépendante. Nous examinons certains aspects de la question dans notre document et nous demandons si, pour tenir compte des aspects pratiques, il y aurait une durée de mandat que la Cour suprême du Canada ne contesterait certainement pas.

**Le sénateur Hays :** Vous vous interrogez sur l'effet d'un mandat renouvelable sur l'indépendance du Sénat, n'est-ce pas?

**M. Brown :** Ce qui me porte à réflexion, c'est de réduire la durée du mandat de 45 à huit ans. À l'heure actuelle la durée du mandat peut atteindre 45 ans et réduire cela à huit, sans parler des autres questions dont nous nous sommes entretenus, me porte à réfléchir. Les questions de l'indépendance et de la réflexion objective semblent l'une et l'autre altérées par un mandat plus court.

Pour ce qui est d'un mandat plus long, la Cour suprême du Canada a dit qu'il était possible de modifier la Constitution concernant le mandat des sénateurs pourvu qu'il n'y ait pas d'incidence sur le pouvoir du Sénat de modérer et contrôler la législation. Donc, c'est possible jusqu'à un certain point.

**Le sénateur Hays :** Il y a toute une gamme de possibilités — 8, 10, 12, 16, ou 20 ans, etc. Vous pourriez peut-être nous parler des dangers que représentent les différents mandats. Cela nous serait utile.

Ma dernière question porte sur le préambule de la Constitution qui a été cité dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* et si la pertinence du Parlement de Westminster serait mise en question davantage de nos jours qu'elle l'a été en 1867.

Si je vous pose la question c'est que le comité s'est beaucoup intéressé à l'évolution de la Chambre des lords. Il y a eu effectivement beaucoup de transformations. Les obstacles constitutionnels au Royaume-Uni sont beaucoup moins importants que les nôtres, puisqu'il ne s'agit pas d'une fédération.

Quoi qu'il en soit, est-ce que la cour va accorder plus de pertinence aux lords de 1867 qu'aux lords de 2007, compte tenu de l'extrait du préambule qu'elle a cité dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*?

**M. Brown :** Il est clair dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* qu'on envisageait la création d'une Chambre pour modérer et contrôler la législation, pour reprendre l'expression de notre premier ministre, et une Chambre indépendante. Elle devait également comporter des aspects de représentation régionale et provinciale.

Cela s'apparente-t-il davantage à la Chambre des lords de 1867 ou à la Chambre des lords de 2007? Je vais esquiver la question et dire que nous avons notre propre texte. Il s'agit d'un document à nous, dont la nation a débattu il y a longtemps, et la Cour suprême du Canada nous a dit quelles étaient ses intentions,

in 1979 was quite comprehensive in terms of the shopping list of proposed changes and the areas discussed by the Supreme Court of Canada.

While we do have, as a starting point, a Constitution similar in principle to the United Kingdom, my suggestion is that, in answer, the court would revert to what we ourselves said about it more than looking at what the House of Lords was like. I think they will do that for “small p” political reasons, for optical reasons. Of course, what the House of Lords was in 1867 is relevant.

**Senator Bryden:** This is very helpful. It is useful to have you boil it down into this many pages instead of more pages at this stage.

My concern is the attempt that is being made by the bill to change the tenure of senators without the involvement of the provinces. That is basically what is here. In relation to that, I would like to refer to the sentence in the quotation from the *Upper House Reference* that you left out. I know why you left it out — you had to leave something out. It reads:

...while s. 91(1) would permit some changes to be made by Parliament in respect of the Senate as now constituted, it is not open to Parliament to make alterations which would affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional representation and provincial representation in the federal legislation process.

I believe that too many of us in reading the last part of that sentence direct our attention to representing our piece of the pie from our region. For example, when the budget gets divided up, does my province, New Brunswick, get its share? I do not believe that that is what that sentence means. Rather, do we get an opportunity to deal with the federal legislative process to represent the interests of my province, my region, in what is happening legislatively in the Parliament of Canada? That is what I think it means. What is your reading of that? Am I correct?

**Mr. Brown:** I am not sure I completely understand the question. We have these institutions. We have the Senate and it has a constitutionally protected role as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process. Interestingly enough, those words are echoed in both sections 41 and 42. They have been moved over.

**Senator Bryden:** It is not a matter of the number of bodies in a given region that are able to say, We want fair treatment in relation to the budget that just came down. Quebec got more than us. That is not issue. It is to have a fundamental and meaningful role in the process of creating the laws of the federation.

**Mr. Brown:** Yes. Certainly in that respect the Senate is very different from the House of Commons, because it represents the regions with a much stronger voice than the House of Commons affords as presently constituted and, therefore, provides that regional input to legislation in respect of which it has been noted there is an absolute veto. It is a critical feature of the Senate that it

du moins à certains égards. Le renvoi en 1979 était assez complet — il y avait toute une liste de changements proposés dont la Cour suprême du Canada a parlé.

Même si nous avons comme point de départ une Constitution qui ressemble à celle du Royaume-Uni, je pense que la Cour va tenir davantage compte de ce que nous en avons dit nous-mêmes, plutôt que de tenir compte de la Chambre des lords. Elle va faire cela, à mon avis, pour des raisons de perception politique. Il va sans dire que la Chambre des lords, telle qu'elle existait en 1867, est pertinente.

**Le sénateur Bryden :** Cela nous est très utile. Il est utile que vous nous résumiez cela en quelque chose de plus court à ce stade-ci.

Ce qui me préoccupe c'est que le projet de loi vise à modifier le mandat des sénateurs sans la participation des provinces. Au fond, c'est ça. À cet égard, j'aimerais citer la phrase du renvoi que vous avez omise. Je sais pourquoi vous l'avez omise — il fallait bien omettre quelque chose. Elle se lit comme suit :

... bien que le paragraphe 91(1) permette au Parlement d'apporter certains changements à la Constitution actuelle du Sénat, il ne lui permet pas d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral.

Je pense que nous avons trop tendance à lire la dernière partie de la phrase par rapport à la part du gâteau que reçoit notre région. Je me demande, en ce qui concerne le budget, par exemple, si ma province, le Nouveau-Brunswick, obtient une juste part. Mais je ne pense pas que cela soit la signification de cette phrase. Il s'agit plutôt de savoir si, dans le cadre du processus législatif fédéral, on a la possibilité de représenter notre province, notre région au Parlement du Canada. À mon avis, c'est ça que cela veut dire. Qu'en pensez-vous? Ai-je raison?

**M. Brown :** Je ne suis pas sûr d'avoir bien compris la question. Nous avons certaines institutions. Nous avons le Sénat et selon la Constitution, il a le rôle d'assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral. Il est intéressant de remarquer que ce libellé se trouve et à l'article 41 et à l'article 42. On l'a repris.

**Le sénateur Bryden :** Il ne s'agit pas de savoir combien d'organismes dans une région donnée peuvent dire qu'ils exigent un traitement équitable dans le budget, par exemple, ou de dire que le Québec en a eu plus. Là n'est pas la question. Il s'agit plutôt de jouer un rôle primordial et important dans le processus législatif de la fédération.

**M. Brown :** Oui. Il va sans dire qu'à cet égard le Sénat est très différent de la Chambre des communes, car il représente beaucoup plus les régions et, par conséquent, exprime le point de vue des régions aux projets de loi, et il a un veto absolu en ce sens, comme on l'a dit. Il est crucial que le Sénat ait ce rôle de représentation régionale et provinciale. Au Sénat du moins, les

have this regional and provincial representative role. At least, smaller areas have a stronger voice, relatively speaking, here than they do in the other House. The court has said that Parliament acting alone may not affect that aspect of the Senate's function.

**Senator Bryden:** This is the piece that you left out of your quotation:

The character of the Senate was determined by the British Parliament in response to the proposals submitted by the three provinces in order to meet the requirement of the proposed federal system.

This grew out of negotiations between the three provinces and then, having got a conclusion on that, the British Parliament sanctioned that deal, and that is what gave rise to the federation we have, including the Senate, because it goes on to read:

It was that Senate, created by the Act, to which a legislative role was given by s. 91.

It was part of the deal.

What little money I have made I made negotiating contracts. When you make a deal, if you decide to change the deal and the parties are still alive, you had better go back and negotiate with the parties; give the parties an opportunity to have a voice. Would that not be denied if we tried to proceed under section 44 alone?

**Senator Hays:** That is with a shortened mandate?

**Senator Bryden:** On tenure, yes.

**Mr. Brown:** I will preface my answer by saying I am glad you note the passage because it in part answers the question Senator Hays asked and confirms that we were not simply bringing into this country a House of Lords and House of Commons on the English model. Our ancestors designed this themselves. The Parliament of Britain responded to what we asked for. Certainly, you are correct, it was a negotiated arrangement, Confederation debates, Charlottetown debates, et cetera. There were debates across the country. First off, it is ours. I have always had a problem with comparing it to the House of Commons or House of Lords of 1867. This is *sui generis*; this is unique; this is ours.

Is the regional representation aspect of the Senate affected by Bill S-4? Our view is that the regional aspect is not impacted by Bill S-4 — certainly not anywhere near to the extent that the Senate's sober second thought aspect and independence aspect are. However, the conclusion is the same. Because the bill most likely offends the sober second thought aspect and the independence aspect, it is beyond the scope of section 44 and must therefore be proceeded with under section 38, and may be proceeded with under section 38 with provincial consent. There is no difficulty in passing this bill under section 38; at least, none that we have identified.

**Senator Bryden:** There is no constitutional difficulty with it.

**Mr. Brown:** That is right; there are no constitutional difficulties.

petites régions ont une voix plus forte qu'elles n'en ont à la Chambre des communes. La Cour a dit que le Parlement à lui seul ne peut pas toucher à cet aspect du rôle du Sénat.

**Le sénateur Bryden :** Voici la phrase que vous avez omise de votre citation :

Le caractère du Sénat a été déterminé par le Parlement britannique en réponse aux propositions présentées par les trois provinces pour répondre aux besoins du système fédéral proposé.

Cela a découlé des négociations entre les trois provinces et la conclusion de ces négociations a été sanctionnée avec eux par le Parlement britannique, et voilà ce qui est à l'origine de notre fédération, avec le Sénat. Le texte se poursuit comme suit :

C'est ce Sénat, créé par l'Acte, auquel un rôle législatif a été conféré par l'article 91.

Cela faisait partie de l'entente.

Le peu d'argent que j'ai gagné, je l'ai gagné en négociant des contrats. Lorsqu'on conclut un marché, si jamais on décide de le modifier et si les parties sont toujours vivantes, il faut négocier de nouveau avec elles : il faut leur permettre d'avoir leur mot à dire. Est-ce qu'on ne nierait pas cette possibilité si on allait de l'avant uniquement en vertu de l'article 44?

**Le sénateur Hays :** Vous parlez du mandat réduit?

**Le sénateur Bryden :** Oui.

**M. Brown :** Je vais commencer par dire que je suis heureux que vous ayez cité ce passage parce que cela répond en partie à une question posée par le sénateur Hays. Cela confirme qu'on n'importait pas tout simplement le modèle anglais de la Chambre des lords et de la Chambre des communes. Ce sont nos ancêtres qui ont conçu ce modèle. Le Parlement britannique a répondu à notre demande. Vous avez raison de dire que l'arrangement a été négocié lors des débats à Charlottetown, les débats de la Confédération, etc. J'ai toujours eu du mal à comparer notre régime à celui de la Chambre des communes et de la Chambre des lords telles qu'elles existaient en 1867. Notre régime est unique; il est à nous.

Est-ce que l'aspect de la représentation régionale du Sénat est touché par le projet de loi S-4? Nous pensons que non — de toute façon beaucoup moins que ne sont touchées son indépendance et sa capacité de modérer et contrôler la législation. Cependant, la conclusion est la même. Puisque le projet de loi va probablement à l'encontre du deuxième examen objectif et de l'indépendance du Sénat, il dépasse la portée de l'article 44. Il faut donc procéder en vertu de l'article 38, et cela peut se faire avec le consentement provincial. Nous n'avons pas relevé de problème à adopter le projet de loi en vertu de l'article 38.

**Le sénateur Bryden :** Il n'y a pas de problème constitutionnel à faire cela.

**M. Brown :** C'est exact. Il n'existe pas de problèmes constitutionnels.

**Senator Bryden:** There may be difficulty otherwise. I do not think you would have any difficulty in getting people around this table to agree to that. My problem has always been that it is not a section 44 amendment or bill; it is a section 38 bill, primarily because it was a negotiated deal. People who made the deal should have the right to say something about it.

**Mr. Brown:** To be fair to that view, part of the negotiated deal was that there would be sober second thought, a substantial role that could not be impaired, and that this institution would be independent. Those were part of the negotiations.

**Senator Bryden:** I have one other question. There was a discussion at one of our other hearings; I do not remember which one. A comparison was made between the independence of senators in the Senate in its views and the same requirement for Supreme Court justices. I believe the terminology “thoroughly independent” is the same in both instances. Are you in a position to comment on that?

**Mr. Brown:** Yes. The larger paper discusses what independence means and it does so not in the context of an independent Senate, because we have very little to go on except that Parliament may not unilaterally amend the independence aspect of the Senate, but the Supreme Court has on many occasions looked at the independence of the judiciary, and that is tested on a reasonable approach. The test was set down 22 years ago in *Valente v. the Queen*, where independence is tested by what may be reasonably perceived as the essentials of security of tenure. That is the analysis that would have to be undertaken in looking at whether Bill S-4 affects the independence of the Senate. We think that discussion could be informed by what the Supreme Court of Canada has said independence means generally, and that is what may be reasonably perceived as the essentials of security of tenure. Those must be present or the institution is not independent.

**Senator Bryden:** We could learn from taking that approach, the one used in the Supreme Court, and it relates to the security of tenure. For Supreme Court justices, initially, like the Senate, it was tenure for life and then it became tenure to age 75 for the Supreme Court and tenure to age 75 for senators. Now, if a government can change the tenure for senators from age 75 to eight years, does that put the government in a position then to also change tenure for Supreme Court justices from age 75 to some term appointment?

**Mr. Brown:** As a preface to the answer I would note first that it is interesting that the amendment to change a lifetime appointment of judges was made in 1960 and it was not done under section 91(1). It was not done by Parliament acting alone. It was done by the British Parliament at the request of Canada. The 1965 reforms with respect to Senate tenure were implemented unilaterally. That is the first background point.

Second, the analogies are not perfect, though one may inform the other, because of the functional differences between the Senate and the judges. That said, there is a core. At the root of both is independence. The Supreme Court of Canada was asked to say, “Well, you must be able to serve until you are 75 or you

**Le sénateur Bryden :** Mais il se peut qu’il y ait d’autres difficultés. Vous n’auriez pas de mal à obtenir un tel consensus de la part des gens présents ici. J’ai toujours estimé que le problème c’est qu’il ne s’agit pas d’un projet de loi en vertu de l’article 44; il s’agit plutôt d’un projet de loi en vertu de l’article 38, surtout parce qu’il s’agit d’une entente négociée avec eux. Les gens qui ont participé à ces négociations doivent avoir leur mot à dire.

**M. Brown :** Un autre élément de l’entente négociée avec eux c’est qu’il y aurait un deuxième examen objectif, un rôle important auquel on ne pourrait pas nuire, et que cet organisme serait indépendant. Cela a fait partie des négociations.

**Le sénateur Bryden :** J’ai une autre question. Je ne me souviens plus à quelle réunion on avait comparé l’indépendance des sénateurs à celle des juges de la Cour suprême. Je pense qu’on dit que les deux doivent être « complètement indépendants ». Êtes-vous en mesure de faire des commentaires là-dessus?

**M. Brown :** Oui. Le document plus long parle de la signification de l’indépendance du Sénat, car on a peu d’indices, sauf que le Parlement ne peut pas modifier unilatéralement l’indépendance du Sénat. Cependant, à maintes reprises la Cour suprême a examiné l’indépendance de la magistrature, pour laquelle on utilise le critère de la raisonabilité. Ce critère a été déterminé il y a 22 ans dans *Valente c. la Reine* où le critère d’indépendance est « ce qu’on peut raisonnablement percevoir comme les conditions essentielles de l’inamovibilité ». Voilà l’analyse qu’il faudrait faire pour déterminer si le projet de loi S-4 a une incidence sur l’indépendance du Sénat. Nous pensons que dans ce contexte on pourrait tenir compte de ce que, d’après la Cour suprême, signifie l’indépendance en général, et ce qu’on peut raisonnablement percevoir comme les conditions essentielles de l’inamovibilité. Ces conditions doivent exister sinon l’institution n’est pas indépendante.

**Le sénateur Bryden :** On peut apprendre des choses si on adopte l’approche prise par la Cour suprême en ce qui concerne l’inamovibilité. Au départ, les juges de la Cour suprême, tout comme les sénateurs, étaient nommés à vie. Ensuite le mandat est tombé à l’âge de 75 ans dans les deux cas. Si un gouvernement peut réduire le mandat d’un sénateur à huit ans, alors qu’il devait durer jusqu’à l’âge de 75 ans, est-ce qu’il pourrait également limiter le mandat des juges de la Cour suprême?

**M. Brown :** Au début, j’aimerais signaler qu’on a modifié le mandat des juges en 1960 et ça n’a pas été fait en vertu du paragraphe 91(1). Le Parlement n’a pas agi unilatéralement. Cela a été fait par le Parlement britannique à la demande du Canada. Les réformes de 1965 concernant le mandat des sénateurs ont été mises en œuvre unilatéralement. Voilà la première information que je voulais vous communiquer.

Deuxièmement, l’analogie est imparfaite à cause des différentes fonctions du Sénat et des juges. Cependant, dans les deux cas, il y a la question primordiale de l’indépendance. On a demandé à la Cour suprême de dire « vous devez être capable de survivre jusqu’à l’âge de 75 ans, sinon vous n’êtes pas indépendant. » La

are not independent.” It said that that is not the right test, there is nothing to that; rather, you have to take this broader analysis of what may be reasonably perceived as the essentials of security and look at a whole number of factors to determine whether the institution is actually independent. That is the sort of analysis that would have to be taken with respect to each of the two institutions in its context.

**Senator Joyal:** I just want to point out quickly that the Supreme Court of Canada is entrenched in section 41: if you want to amend the composition of the Supreme Court of Canada, it is unanimity; it is section 41(d) of the Constitution. For the rest of the Supreme Court of Canada, it is paragraph 42(1)(d):

An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

(d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada.

In other words, if we want to amend something substantial in the Supreme Court, its composition is unanimity and the other matters, section 42(1)(d), which requires the 7-50. In other words, the principle of independence of the Supreme Court to the minimum is entrenched by section 42(1)(d). In other words, it is not up to the Parliament of Canada to change unilaterally a substantial element of the Supreme Court of Canada the way that the draft sections 41 and 42 at the time were discussed, because you will remember that it is a very substantial change from what it was before to the Constitution of Canada.

**Mr. Brown:** Quite correct, and section 44 makes no reference to the Supreme Court of Canada, only to the executive government, the Senate and the House of Commons.

**Senator Hays:** I have been making a point with most witnesses, which is the role of Parliament and in particular the role of the Senate. We are considering this mostly as it is before us. However, as an independent legislative body making independent judgments, it is possible, and in fact I hope probable, that what we are talking about is not what we will end up with, because we have a discretion, we have an independent power that we exercise independently to change something that we think should be changed, provided we can agree on what those changes are.

My own feeling is that that has been very relevant to this issue. Under section 44, the Senate has the same powers it had in 1867 and it has the same role that it had in 1867 to do what is the best for Canada using all of the powers that it has independently.

It is easy to characterize this as an initiative of the government of the day and associate it with the government of the day as good or bad for partisan or other reasons, but when it comes to a final decision of a legislative body, that body decides independently. It is important to me that this is an area where the Senate has full

Cour a dit que ce n'est pas le bon critère, qu'il faut plutôt analyser de façon plus large les conditions essentielles de l'inamovibilité et tenir compte de toute une série de facteurs pour déterminer si oui ou non l'institution est vraiment indépendante. Voilà le genre d'analyse qu'il faudrait faire des deux institutions dans le contexte.

**Le sénateur Joyal :** Je voulais tout simplement souligner rapidement que la Cour suprême du Canada a bien enchâssé dans l'article 41 que si on veut modifier la composition de la Cour suprême du Canada, il faut l'unanimité; c'est l'alinéa 41d) de la Constitution. Pour les autres aspects de la Cour suprême, il s'agit de l'alinéa 42(1)d) :

Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada.

En d'autres termes, si on veut modifier un aspect important de la Cour suprême, il faut l'unanimité pour la composition, et le 7-50 pour les autres questions, en conformité de l'alinéa 42(1)d). Cela revient à dire que le principe de l'indépendance de la Cour suprême est déjà prévu par l'alinéa 42(1)d). Le Parlement du Canada ne peut donc pas modifier unilatéralement un élément important de la Cour suprême du Canada, étant donné les intentions exprimées au moment de la rédaction des articles 41 et 42 comme il s'agit, comme vous le savez, d'un changement très important par rapport à l'ancienne Constitution du Canada.

**M. Brown :** Tout à fait, et j'ajouterais que l'article 44 ne fait aucunement allusion à la Cour suprême du Canada, mais seulement au pouvoir exécutif, au Sénat et à la Chambre des communes.

**Le sénateur Hays :** Un point que je soulève généralement à l'intention de nos témoins concerne le rôle du Parlement et, en particulier, le rôle du Sénat. On étudie cela principalement dans la perspective du projet de loi qui nous a été renvoyé. Cela dit, en tant que Chambre législative indépendante qui rend des décisions indépendantes, il est possible, et même je l'espère probable, que nous aboutirons à quelque chose d'autre que ce que nous avons, puisque nous avons un pouvoir discrétionnaire, nous avons un pouvoir indépendant que nous exerçons de manière indépendante pour modifier ce que nous croyons devoir modifier, pourvu que nous nous entendions sur les modifications souhaitables.

Je crois personnellement que tout cela est très pertinent à la question. En vertu de l'article 44, le Sénat possède les mêmes pouvoirs qu'il avait en 1867, et il joue le même rôle qu'il jouait en 1867, soit agir dans l'intérêt du Canada en exerçant tous ses pouvoirs de manière indépendante.

Il est facile de dire qu'il s'agit d'une initiative du gouvernement du jour et de l'approuver ou de la dénoncer pour des motifs partisans ou autres, mais la décision finale d'une Chambre législative doit être prise de manière indépendante. Il est important, à mon avis, que le Sénat puisse jouir de ses pleins

powers and not the diminished powers that arose from the 1982 changes, where such things as reform of the Senate are for the most part left to the premiers and the legislative assemblies of the provinces, the House of Commons, which has the veto, and the government of the day. My own experience as a senator is that that particular group of decision makers is often not well-informed about nor do they have a real sense of the legislative body that we around this table are part of. That is why I am anxious to see section 44 robust and something that the Senate can use to have its full say in things. I am not looking for ways to give it to the premiers or the Prime Minister who have these partisan powers and so on. I am looking for ways for the independent Senate to have as large a role as possible in changes that affect it.

Could you comment on how that is factored into your opinion?

**Mr. Brown:** The court would certainly consider the fact that the Senate had approved the legislation and might afford some deference to that component of the entire process. It is not for the Senate to amend the Constitution. It is not for the House of Commons to decide what the Constitution means. Ultimately, it is for the Supreme Court of Canada, and while it will look to Senate consent as relevant, the Senate's decision must still be tested against the harder limitations set in the *Upper House Reference*.

**The Deputy Chairman:** Thank you very much for appearing before us. Your opinions have been valuable. Particularly your longer brief is great reading and we will consider it fully.

The committee adjourned.

pouvoirs ici et non des pouvoirs réduits qui ont résulté des modifications apportées en 1982, où la réforme du Sénat et d'autres décisions reviennent surtout aux premiers ministres provinciaux, aux assemblées législatives des provinces, à la Chambre des communes, qui a un droit de veto, et au gouvernement du jour. D'après mon expérience de sénateur, le groupe de décideurs que je viens d'indiquer est souvent mal informé ou peu familier avec la Chambre législative dont nous ici sommes membres. C'est pourquoi je préconise un article 44 renforcé, qui puisse permettre au Sénat d'influer sur les décisions prises. Je ne cherche pas à accroître les pouvoirs des premiers ministres provinciaux ou du premier ministre fédéral, qui possèdent déjà des pouvoirs partisans, etc. Je veux qu'un Sénat indépendant puisse jouer un rôle aussi important que possible concernant les changements qui le touchent.

Pourriez-vous me dire comment cela est reflété dans votre opinion?

**M. Brown :** La cour tiendrait certainement compte du fait que le Sénat avait adopté le projet de loi et pourrait privilégier cet aspect du processus. Il n'incombe pas au Sénat de modifier la Constitution. Il n'incombe pas à la Chambre des communes d'interpréter la Constitution. En dernière analyse, il revient à la Cour suprême du Canada de faire cela, et quand bien même le consentement du Sénat sera considéré comme étant un élément important, la décision du Sénat doit quand même être confrontée aux limites plus rigoureuses du *Renvoi relatif à la Chambre haute*.

**La vice-présidente :** Merci beaucoup d'être venu témoigner devant le comité. Vos opinions nous sont très utiles. Votre long mémoire surtout est très pertinent, et nous lui accorderons une attention particulière.

La séance est levée.







*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government Services Canada –  
Publishing and Depository Services  
Ottawa, Ontario K1A 0S5

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada –  
Les Éditions et Services de dépôt  
Ottawa (Ontario) K1A 0S5

---

WITNESSES

**Wednesday, March 28, 2007 (afternoon meeting)**

*British House of Lords (by video conference):*

Lord Howe of Aberavon, Member of the Conservative Party;  
Baroness Deech, Cross-bencher;  
Lord Tyler, Member of the Liberal Democrat Party.

**Wednesday, March 28, 2007 (evening meeting)**

*As an individual:*

Jennifer Smith, Chair, Department of Political Science, Dalhousie University;  
Alexandra Dobrowolsky, Chair, Department of Political Science, Saint Mary's University;  
Richard Simeon, Visiting Professor of Canadian Studies, Harvard University;  
Alan Cairns, Professor Emeritus, University of British Columbia.

**Thursday, March 29, 2007**

*As an individual:*

Errol P. Mendes, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa.

*Gowling Lafleur Henderson LLP:*

Henry S. Brown, Q.C., Partner.

TÉMOINS

**Le mercredi 28 mars 2007 (séance de l'après-midi)**

*Chambre des lords britannique (par vidéoconférence) :*

Lord Howe d'Aberavon, membre du Parti conservateur;  
Baronne Deech, cross-bencher;  
Lord Tyler, member du Parti libéral-démocrate.

**Le mercredi 28 mars 2007 (séance du soir)**

*À titre personnel :*

Jennifer Smith, présidente, Département de science politique, Université Dalhousie;  
Alexandra Dobrowolsky, présidente, Département de science politique, Université Saint Mary's;  
Richard Simeon, professeur invité des études canadiennes, Université Harvard;  
Alan Cairns, professeur émérite, Université de la Colombie-Britannique.

**Le jeudi 29 mars 2007**

*À titre personnel :*

Errol P. Mendes, professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l. :*

Henry S. Brown, c.r., associé.