



Second Session
Thirty-ninth Parliament, 2007-08

Deuxième session de la
trente-neuvième législature, 2007-2008

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

Legal and Constitutional Affairs

Chair:
The Honourable JOAN FRASER

Wednesday, April 30, 2008
Thursday, May 1, 2008

Issue No. 16

Fifth meeting on:

A comprehensive review of the amendments made by
An Act to amend the Canada Elections Act and
the Income Tax Act (S.C. 2004, c. 24)

and

Second meeting on:

Bill S-224, An Act to amend the Parliament
of Canada Act (vacancies)

WITNESSES:
(See back cover)

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

Affaires juridiques et constitutionnelles

Présidente :
L'honorable JOAN FRASER

Le mercredi 30 avril 2008
Le jeudi 1^{er} mai 2008

Fascicule n° 16

Cinquième réunion concernant :

L'examen complet des modifications apportées par
la Loi modifiant la Loi électorale du Canada et la
Loi de l'impôt sur le revenu (L.C. 2004, ch. 24)

et

Deuxième réunion concernant :

Le projet de loi S-224, Loi modifiant la Loi sur
le Parlement du Canada (sièges vacants)

TÉMOINS :
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Joan Fraser, *Chair*

The Honourable A. Raynell Andreychuk, *Deputy Chair*
and

The Honourable Senators:

Baker, P.C.	* LeBreton, P.C.
Campbell	(or Comeau)
Di Nino	Merchant
* Hervieux-Payette, P.C. (or Tardif)	Milne
Joyal, P.C.	Oliver
	Stratton
	Watt

*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 Peterson is substituted for that of the Honourable Senator Campbell (*April 30, 2008*).

The name of the Honourable Senator Moore is substituted for that of the Honourable Senator Merchant (*April 30, 2008*).

The name of the Honourable Senator Campbell is substituted for that of the Honourable Senator Peterson (*May 1, 2008*).

The name of the Honourable Senator Merchant is substituted for that of the Honourable Senator Moore (*May 1, 2008*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Présidente : L'honorable Joan Fraser

Vice-présidente : L'honorable A. Raynell Andreychuk
et

Les honorables sénateurs :

Baker, C.P.	* LeBreton, C.P.
Campbell	(ou Comeau)
Di Nino	Merchant
* Hervieux-Payette, C.P. (ou Tardif)	Milne
Joyal, C.P.	Oliver
	Stratton
	Watt

*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 Peterson est substitué à celui de l'honorable sénateur Campbell (*le 30 avril 2008*).

Le nom de l'honorable sénateur Moore est substitué à celui de l'honorable sénateur Merchant (*le 30 avril 2008*).

Le nom de l'honorable sénateur Campbell est substitué à celui de l'honorable sénateur Peterson (*le 1^{er} mai 2008*).

Le nom de l'honorable sénateur Merchant est substitué à celui de l'honorable sénateur Moore (*le 1^{er} mai 2008*).

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Wednesday, April 30, 2008
(34)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:15 p.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Joan Fraser, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Andreychuk, Fraser, Joyal, P.C., Milne, Moore, Peterson, Stratton and Watt (8).

Other senator present: The Honourable Senator Murray, P.C. (1).

In attendance: Michel Bédard, Analyst, 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, March 4, 2008, the committee continued its consideration of Bill S-224, An Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies) (*For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 15.*)

WITNESSES:*As individuals:*

C.E.S. (Ned) Franks, Professor Emeritus, Department of Political Studies, Queen's University;

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

Don Desserud, Professor, Department of Political Science, University of New Brunswick;

David Smith, Professor Emeritus, Department of Political Studies, University of Saskatchewan.

Mr. Franks and Ms. Smith each made opening statements and, together, answered questions.

Mr. Desserud and Mr. Smith each made opening statements and, together, answered questions.

At 6:45 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

OTTAWA, Thursday, May 1, 2008
(35)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:50 a.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Joan Fraser, presiding.

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mercredi 30 avril 2008
(34)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 15, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Joan Fraser (*présidente*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Andreychuk, Fraser, Joyal, C.P., Milne, Moore, Peterson, Stratton et Watt (8).

Autre sénateur présent : L'honorable sénateur Murray, C.P. (1).

Aussi présent : Michel Bédard, analyste, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Également présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 4 mars 2008, le comité poursuit son examen du projet de loi S-224, Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants). (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 15 des délibérations du comité.*)

TÉMOINS :*À titre personnel :*

C.E.S. (Ned) Franks, professeur émérite, Département d'études politiques, Université Queen's;

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

Don Desserud, professeur, Département de science politique, Université du Nouveau-Brunswick

David Smith, professeur émérite, Département d'études politiques, Université de la Saskatchewan.

M. Franks et Mme Smith font chacun une déclaration liminaire puis, ensemble, répondent aux questions.

MM. Desserud et Smith font chacun une déclaration liminaire puis, ensemble, répondent aux questions.

À 18 h 45, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le jeudi 1^{er} mai 2008
(35)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 50, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Joan Fraser (*présidente*).

Members of the committee present: The Honourable Senators Andreychuk, Di Nino, Fraser, Joyal, P.C., Milne, Moore, Oliver, Peterson, Stratton and Watt (10).

Other senator present: The Honourable Senator Murray, P.C. (1).

In attendance: Michel Bédard, Analyst, 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, March 4, 2008, the committee continued its consideration of Bill S-224, An Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies) (*For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 15.*)

WITNESSES:

As individuals:

Gérald R. Tremblay, Partner, McCarthy Tétrault LLP;

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

Mr. Tremblay made an opening statement and answered questions.

Mr. Mendes made an opening statement and answered questions.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Thursday, December 6, 2007, the committee continued its consideration of a comprehensive review of the amendments made by An Act to amend the Canada Elections Act and the Income Tax Act (S.C. 2004, c. 24) (*For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 12.*)

At 12:57 p.m., pursuant to rule 92(2)(f), the committee proceeded in camera to consider a draft report.

At 1:06 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

Le greffier du comité,

Adam Thompson

Clerk of the Committee

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Andreychuk, Di Nino, Fraser, Joyal, C.P., Milne, Moore, Oliver, Peterson, Stratton et Watt (10).

Autre sénateur présent : L'honorable sénateur Murray, C.P. (1).

Aussi présent : Michel Bédard, analyste, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Également présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 4 mars 2008, le comité poursuit son examen du projet de loi S-224, Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants). (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 15 des délibérations du comité.*)

TÉMOINS :

À titre personnel :

Gérald R. Tremblay, partenaire, McCarthy Tétrault LLP;

Errol P. Mendes, professeur, Section de common law, faculté de droit, Université d'Ottawa.

M. Tremblay fait une déclaration liminaire puis répond aux questions.

M. Mendes fait une déclaration liminaire puis répond aux questions.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 6 décembre 2007, le comité poursuit son examen complet des modifications apportées par la Loi modifiant la Loi électorale du Canada et la Loi de l'impôt sur le revenu (L.C. 2004, ch. 24). (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 12 des délibérations du comité.*)

À 12 h 57, conformément à l'alinéa 92(2)f) du Règlement, le comité poursuit ses travaux à huis clos pour examiner une ébauche de rapport.

À 13 h 6, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, April 30, 2008

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-224, An Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies), met this day at 4:15 p.m. to give consideration to the bill.

Senator Joan Fraser (Chair) in the chair.

[*English*]

The Chair: Welcome to this meeting of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. We begin today our consideration of Bill S-224, An Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies), which is a bill that has been presented to the Senate by Senator Moore. I am delighted to see he is with us today.

Our first witnesses today will be people familiar to members of this committee, C.E.S. (Ned) Franks, Professor Emeritus, Department of Political Studies, Queen's University; and Jennifer Smith, Professor, Department of Political Science, Dalhousie University.

Jennifer Smith, Professor, Department of Political Science, Dalhousie University, as an individual: Thank you for inviting me here this afternoon.

The government of Canada is required to uphold the Constitution. It seems odd to even have to say that. On the matter of Bill S-224, this means that under section 32 of the Constitution Act, 1867, the Governor General needs to fill vacancies in the Senate when they arise and, "shall by summons to a fit and qualified person fill the vacancy."

The Government of Canada certainly is not supposed to sabotage the Constitution by undermining existing national government institutions like the Senate. The Senate is a foundational institution that if it "belongs" to anyone, it belongs to the people of Canada. It is not the play thing of political elites and until the people are consulted about the proposed change, then they have every right to expect that it serve them in the way that it is designed to do.

The current government is not discharging its responsibilities under section 32. Instead, it insists that it will recommend to the Governor General that she will appoint only those individuals to the Senate who have been selected in a particular way. The result is hardly any appointments and a growing number of vacancies.

What are the consequences of these vacancies? First, they are impairing the capacity of the Senate to discharge its function of sober second thought. This is a serious problem in a bicameral parliamentary system.

A second consequence of these vacancies is the impairment of the Senate's function of representing the provinces and territories, and in an uneven fashion. Most of the provinces have not taken up the Prime Minister's suggestion that they hold Senate elections, nor has there been a groundswell of public opinion that they do so. It has been the contrary.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 30 avril 2008

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-224, Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants), se réunit aujourd'hui à 16 h 15 pour examiner le projet de loi.

Le sénateur Joan Fraser (présidente) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

La présidente : Bienvenue à la séance du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Nous commençons à étudier le projet de loi S-224, Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants), proposé au Sénat par le sénateur Moore. Je suis ravie de le compter parmi nous aujourd'hui.

Nos premiers témoins sont des gens que les membres du comité connaissent bien : C.E.S. (Ned) Franks, professeur émérite au Département d'études politiques de l'Université Queen's, et Jennifer Smith, professeure au Département de science politique de l'Université Dalhousie.

Jennifer Smith, professeure, Département de science politique, Université Dalhousie, à titre personnel : Je vous remercie de m'avoir invitée à témoigner aujourd'hui.

Le gouvernement du Canada est tenu de respecter la Constitution. Il me semble étrange d'avoir à le dire. Pour ce qui est du projet de loi S-224, l'article 32 de la Loi constitutionnelle de 1867 prévoit que le Gouverneur général doit combler les sièges vacants dès qu'ils se libèrent « en adressant un mandat à quelque personne capable et ayant les qualifications voulues ».

Le gouvernement du Canada n'est pas censé saboter la Constitution en minant l'intégrité des institutions gouvernementales nationales actuellement en place comme le Sénat. Le Sénat est une institution fondamentale et, s'il appartient à qui que ce soit, ce doit être à la population canadienne. Ce n'est pas le jouet des élites politiques et, tant que la population ne sera pas consultée au sujet des changements proposés, elle est en droit de s'attendre à ce qu'il les serve de la manière dont il a été conçu.

Le gouvernement actuel ne s'accorde pas des responsabilités prévues à l'article 32. Il soutient qu'il recommandera au Gouverneur général de nommer au Sénat uniquement les personnes qui seront sélectionnées au terme d'un processus particulier. En conséquence, il y a très peu de nominations et un nombre grandissant de sièges vacants.

Quelles sont les conséquences de ces vacances? D'abord, elles empêchent le Sénat de s'acquitter de ses responsabilités à l'égard du second examen objectif. C'est un problème grave pour un régime parlementaire bicaméral.

De plus, ces vacances ont pour effet de nuire à la fonction du Sénat consistant à représenter les provinces et les territoires, et cet impact se manifeste de façon inégale. La plupart des provinces n'ont pas donné suite à la suggestion du premier ministre de tenir des élections sénatoriales, ce qui par ailleurs n'a pas suscité un grand intérêt de la part du public, bien au contraire.

In the meantime, the federal government is unable to establish such elections because it lacks support among the opposition members of the House of Commons. As a result, the only people who can look to regional representation in the Senate are those in the odd province that is prepared to hold Senate elections.

Bill S-224 is the result of the problem this government has caused by not filling vacancies. The bill is a reasonable effort to fix the problem. However, there are questions about the need to preclude appointments following a government's loss of confidence in the House of Commons.

The third consequence of the growing number of Senate vacancies might not be amenable to such a fix as Bill S-224. If the government allows the number of vacancies to grow, it will have the effect of de-legitimizing the existing Senate. The government itself will have contrived such a result, using illegitimate means by not discharging its function under the Constitution in terms of appointments.

The government has not developed anything remotely like a consensus in the country on its model of Senate change. The government is not on solid constitutional ground in the procedures it is using to make the changes it prefers. It is simply trying to kick-start some change in a unilateral fashion. It is likely to fail, either on constitutional grounds or because there is no consensus for the changes at which it aims, or both. However, if it should succeed in making partial changes on the selection process in term but nothing else, it will have driven the country toward an institutional mess. I think the result of that is to undermine governing institutions in the eyes of Canadians.

To conclude, everyone has to follow the Constitution. The Constitution mandates that Senate vacancies be filled. The spirit of the Constitution mandates that they be filled in a timely fashion. In the meantime, anyone who seeks to change the Senate needs to consult widely with the Canadian people on the options available and then follow the rules of the Constitution on constitutional change.

C.E.S. (Ned) Franks, Professor Emeritus, Department of Political Studies, Queen's University, as an individual: Thank you. I prepared a written presentation. The clerk has that. I will reduce it for the purposes of this presentation.

Bill S-224 would require that the Prime Minister fill Senate seats within 180 days of their becoming vacant. It has been argued that the bill is not an issue of Senate reform, but the subject it deals with — the timely appointment of senators — has been linked with Senate reform by the Prime Minister.

I support the intent of Bill S-224. Canada's Parliament has two chambers, and each has a function to perform. The Senate's strengths lie in the high quality and experience of its members, and its ability to provide thorough and less partisan investigations

Pendant ce temps, le gouvernement fédéral est incapable de déclencher ces élections parce qu'il n'a pas l'appui des membres de l'opposition à la Chambre des communes. Par conséquent, seules les rares provinces qui se préparent à élire des sénateurs peuvent compter sur la représentation régionale au Sénat.

Le projet de loi S-224 est le résultat du problème que le gouvernement actuel a causé en laissant des sièges vacants. Il représente une mesure raisonnable pour remédier au problème. Cependant, il y a lieu de remettre en question la nécessité de retarder les nominations lorsque le gouvernement perd la confiance de la Chambre des communes.

La troisième conséquence du nombre croissant des vacances au Sénat est un problème qui se règle peut-être moins bien avec une solution comme le projet de loi S-224. Si le gouvernement ne freine pas l'augmentation du nombre de vacances, cela aura pour effet de saper la légitimité du Sénat actuel. Le gouvernement lui-même aura contribué à ce résultat par des moyens illégitimes, en ne s'acquittant pas des responsabilités prévues par la Constitution à l'égard des nominations.

Le gouvernement est loin d'avoir établi un consensus au pays sur son modèle de réforme du Sénat. Les procédures qu'il applique pour apporter les changements souhaités ne reposent pas sur des assises constitutionnelles solides. Il essaie simplement d'amorcer certains changements de manière unilatérale. Il est fort probable que cette tentative se solde par un échec, que ce soit pour des raisons d'ordre constitutionnel ou parce que les changements visés n'ont pas fait l'objet de consensus, ou les deux. Cependant, s'il réussit à apporter des changements partiels au processus de sélection, ne serait-ce que par rapport au mandat, le pays sera aux prises avec un désordre institutionnel. Je pense que cela minera la crédibilité des institutions gouvernementales aux yeux des Canadiens.

En conclusion, tout le monde doit se conformer à la Constitution. Elle prévoit que tous les sièges vacants au Sénat doivent être comblés. Dans l'esprit de la Constitution, ils doivent l'être dans les meilleurs délais. En attendant, quiconque cherche à changer le Sénat doit mener de vastes consultations auprès de la population canadienne pour déterminer les options possibles, puis appliquer les règles de la Constitution ayant trait aux changements constitutionnels.

C.E.S. (Ned) Franks, professeur émérite, Département d'études politiques, Université Queen's, à titre personnel : Merci. J'ai préparé un document pour accompagner mon témoignage. Le greffier en a une copie. Je vais en résumer le contenu pour les fins de mon exposé.

Le projet de loi S-224 obligerait le premier ministre à combler les postes vacants au Sénat dans les 180 jours suivant la date où ils deviennent vacants. On a fait valoir que le projet de loi ne vise pas à réformer le Sénat, mais le sujet sur lequel il porte — la nomination des sénateurs dans les meilleurs délais — est en lien avec la réforme du Sénat amorcée par le premier ministre.

J'appuie l'objectif du projet de loi S-224. Le Parlement du Canada est constitué de deux chambres, qui ont chacune un rôle à jouer. Les forces du Sénat reposent sur la grande qualité et l'expérience de ses membres, et sur sa capacité d'effectuer des

into issues and studies of legislation than can the House of Commons, with its all-too-frequently highly-charged partisan atmosphere and short-term membership — which still averages less than five years.

I was reminded of the high quality of Senate committee work recently when I looked at the committee hearings of the House and the Senate on the appointment of the Parliamentary Budget Officer, which had been delayed because the Library of Parliament and Privy Council Office had different views on classification and level of pay for the position. The review by the House committee was, to put it kindly, not enlightening, while the review by the Senate committee produced an informed and intelligent examination of the problems.

The Senate cannot perform its functions as a chamber of “sober second thought” if it does not have members.

I am not clear on what functions the Senate is expected to perform under the incremental approach of the current government. The people of Canada already have elected members in the House of Commons, and I have grave doubts about the need for another elected chamber. Provinces and provincial governments are already more than adequately represented in the complex institutions and processes of federal-provincial relations. I believe that the powers of the Senate — equal to those of the House of Commons save for the introduction of money bills — would have to be reduced if the Senate were to gain the legitimacy of being “elected.” Its powers to revise and delay legislation would have to be limited. Perhaps this can be done through changes to procedure in the House and Senate. If not, constitutional amendment will be needed to ensure that the House of Commons retains its dominant role and the Senate remains, as it should be, a second chamber.

The functions of the Senate intended by the Fathers of Confederation were far clearer than those intended by current reforms. The founding fathers intended the Senate to represent wealth and provinces. The constitutional property qualification of \$4,000 in 1867 would be equivalent to about \$1.5 million in today’s terms. It was an exacting requirement.

Senator Moore: Should I leave now?

Mr. Franks: I am simply saying what it was. The average wage in 1867 for a person employed in Canada was about \$100. The \$4,000 is 40 times \$100. Nowadays, the average wage is over \$30,000. If you multiply that by 40, you get \$1.2 million. Another factor is housing generally more expensive. A house in 1867 would cost roughly \$100.

The other factor that enters in is the fact that, in 1867, most salaries were clustered around \$100 and very few were in the higher level. We have a bigger lump now in the middle. There is a different distribution of salary ranges today.

études et des analyses législatives plus approfondies et plus objectives que ne le fait la Chambre des communes, où l’atmosphère est souvent trop partisane et dont les membres ne sont que de passage — soit pour une période moyenne de moins de cinq ans.

Dernièrement, j’ai pu de nouveau constater la grande qualité des travaux des comités sénatoriaux en examinant les séances des comités de la Chambre et du Sénat portant sur la nomination d’un directeur parlementaire du budget, qui avait été reportée parce que la Bibliothèque du Parlement et le Bureau du Conseil privé n’arrivaient pas à s’entendre sur la classification du poste et l’échelle de traitement. L’examen du comité de la Chambre n’était pas très édifiant, c’est le moins qu’on puisse dire, alors que celui du comité du Sénat présentait une analyse éclairée et intelligente des problèmes.

Le Sénat ne peut assumer ses fonctions de « second examen objectif » s’il n’a pas de membres.

Je ne sais pas précisément quelles fonctions le Sénat est censé remplir dans le contexte de l’approche progressive du gouvernement actuel. Les Canadiens élisent déjà des députés à la Chambre des communes, et je doute fort de la nécessité d’une autre Chambre élue. Les provinces et les gouvernements provinciaux sont déjà largement représentés dans les institutions et les processus complexes associés aux relations fédérales-provinciales. Je crois que les pouvoirs du Sénat — qui sont égaux à ceux de la Chambre des communes sauf pour le dépôt des projets de loi de finances — devraient être réduits si le Sénat devenait élue en toute légitimité. Son pouvoir d’examiner les lois et d’en retarder l’adoption devrait être restreint. À cette fin, il sera peut-être possible d’apporter des changements à la procédure applicable au Sénat et à la Chambre. Autrement, il sera nécessaire de mettre en œuvre des changements constitutionnels pour s’assurer que la Chambre des communes conserve son rôle dominant et que le Sénat demeure une chambre secondaire, comme il se doit.

Les fonctions du Sénat prévues par les Pères de la Confédération étaient beaucoup plus claires que celles qui sont visées par les réformes actuelles. Les pères fondateurs voulaient que le Sénat représente le patrimoine et les provinces. L’exigence constitutionnelle relative à la possession d’une propriété d’une valeur de 4 000 \$ en 1867 équivaudrait aujourd’hui à environ 1,5 million de dollars. C’était là une exigence très rigoureuse.

Le sénateur Moore : Dois-je me retirer maintenant?

M. Franks : J’explique simplement ce qu’il en était. Le salaire moyen d’un travailleur au Canada, en 1867, était d’environ 100 \$. Le montant de 4 000 \$ équivaut à 40 fois ce salaire. De nos jours, le salaire moyen s’élève à plus de 30 000 \$. Si on multiplie ce montant par 40, on obtient 1,2 million de dollars. Le coût élevé de l’habitation est un autre facteur. Une maison coûtait à peine 100 \$ en 1867.

Il faut également tenir compte du fait qu’en 1867, la plupart des salaires se situaient autour de 100 \$ et très peu atteignaient les niveaux supérieurs. Il y en a davantage au milieu de l’échelle aujourd’hui. L’échelle des salaires est différente aujourd’hui.

I will now speak to the timing of by-elections. Current statutory provisions require that the writ for a by-election must be issued between 11 and 180 days of a vacancy occurring. Then a minimum of at least 36 days must elapse before the by-election is held. The statutes do not set a maximum time before an election must be held.

These provisions allow prime ministers to pick and choose when a by-election is held and to cluster, hasten or delay by-elections to maximize political advantage. As a result, Canada has a peculiar and I believe unique approach to by-elections — I hesitate to call it a system — in which, for example, Prime Minister Trudeau in 1978 had 15 by-elections held on the same day, October 15. If this was intended as a seat-maximizing strategy, it was not successful. His government lost all but 2 of the 15. Prime Minister Harper set three by-elections in Quebec for September 17, 2007, but delayed setting dates for by-elections for two other then-vacant seats until March 17, 2008. Other prime ministers have played similar games with by-election timing. Some constituencies and constituents have been without representation in Canada's Parliament for close to nine months, perhaps longer.

Canadian practice differs from other Westminster-style parliamentary democracies. In Britain convention demands that a writ for a by-election be issued within three months of the vacancy occurring. The polling day is between 15 and 19 days after the writ is issued; 15 days is the normal rule. A by-election will normally be held about 100 days after a vacancy occurs, though the time can be significantly longer. The key difference between British and Canadian practice is that the date of the by-election in Britain is determined by the party to which the seat belonged, not by the Prime Minister.

In Australia there is no prescribed time limit within which a by-election writ must be issued, but this has not become a matter of political concern. The time from a vacancy until polling day has varied considerably, with the maximum number of days being 82 days for Moreton in 1983 and the minimum being 17 days for East Sydney in 1903. The average in recent years has been about 51 days. When a general election has been imminent, however, seats may remain vacant for longer. Australian by-elections are governed by the principle that electors should not be left without representation any longer than necessary.

Unfortunately, the same principle does not govern by-elections in Canada. The current government established fixed election dates so that prime ministers could not fiddle with the timing of general elections to their party's advantage, but it has

Je vais maintenant parler du moment des élections partielles. Actuellement, les dispositions législatives prévoient que le bref d'une élection partielle doit être délivré de 11 à 180 jours après qu'un siège est devenu vacant. Ensuite, un délai d'au moins 36 jours doit s'écouler avant que l'élection partielle soit tenue, mais aucun délai maximal n'est prévu par la loi.

Ces dispositions permettent aux premiers ministres de choisir à quel moment une élection partielle sera tenue et de regrouper, de précipiter ou de retarder des élections partielles afin que les circonstances soient aussi avantageuses que possible pour leur parti. Il s'ensuit qu'en ce qui concerne les élections partielles, le Canada a adopté une approche particulière et que je crois unique — je ne suis pas sûr qu'on puisse parler d'un système —, qui a par exemple permis au premier ministre Trudeau de tenir 15 élections partielles le même jour, le 15 octobre 1978. S'il s'agissait d'une stratégie visant à obtenir un maximum de sièges, elle a échoué, son gouvernement n'ayant remporté que 2 de ces 15 sièges. Le premier ministre Harper a, quant à lui, fait tenir trois élections partielles au Québec le 17 septembre 2007, mais il a repoussé au 17 mars 2008 les élections partielles relatives à deux autres sièges qui étaient vacants au même moment. D'autres premiers ministres ont eu recours à des stratagèmes similaires pour déterminer le moment où des élections partielles seraient tenues. Certaines circonscriptions et certains électeurs ne sont pas représentés au Parlement du Canada depuis près de neuf mois, et peut-être depuis plus longtemps.

Les usages du Canada diffèrent de ceux des autres démocraties parlementaires inspirées de Westminster. En Grande-Bretagne, la coutume veut que le bref relatif à une élection partielle soit délivré dans les trois mois suivant le jour où le siège est devenu vacant. L'élection est tenue de 15 à 19 jours après que le bref a été délivré, le délai étant habituellement de 15 jours. Une élection partielle est habituellement tenue environ 100 jours après qu'un siège est devenu vacant, bien que le délai puisse être passablement plus long. La principale différence entre les usages britannique et canadien, c'est qu'en Grande-Bretagne, la date de l'élection partielle est choisie par le parti qui détient le siège, et non par le premier ministre.

En Australie, la loi ne prévoit pas de délai à respecter pour la délivrance d'un bref d'élection partielle, mais cette situation n'est jamais devenue un enjeu politique. La période qui s'écoule entre le jour où un siège devient vacant et celui où l'élection partielle est tenue varie considérablement, le délai maximal ayant été de 82 jours pour Moreton en 1983, et le plus court, de 17 jours pour East Sydney en 1903. Ces dernières années, la moyenne a été d'environ 51 jours. Cependant, lorsqu'une élection générale est imminente, les sièges peuvent demeurer vacants plus longtemps. En Australie, les élections partielles sont régies par un principe qui veut que les électeurs ne doivent pas demeurer sans représentant plus longtemps que nécessaire.

Malheureusement, les élections partielles ne sont pas régies par ce principe au Canada. Le gouvernement en place a établi des dates d'élections fixes pour que les premiers ministres ne puissent pas se livrer à des combines afin que le moment des élections

left the timing of by-elections open to prime ministerial machinations.

I have two proposals. Regardless of whether one likes or dislikes the present Senate, it has a constitutional existence, role and responsibility. Failure to fill Senate seats constrains its ability to serve its constitutional and legislative roles. The 180-day maximum proposed in Bill S-224 for filling Senate vacancies is too long. It should be shorter, at almost 90 days.

In addition, the timing of by-elections should observe the fundamental democratic principle that every Canadian is entitled to representation in the House of Commons. The present practices regarding by-elections subordinate this principle to partisan manipulation. My second proposal is that the statutes should be amended to require that by-elections normally be held within 90 days of a vacancy occurring.

Senator Andreychuk: Professor Smith, you commented that the existing situation makes the selection of the Senate, particularly as to timing, the plaything of the Prime Minister. Do you believe that previous prime ministers viewed the Senate as a plaything if they went beyond the dates that this act prescribes?

Ms. Smith: We have seen generations of prime ministers criticized for making partisan appointments. We have not seen a prime minister taking an action that has the effect of diminishing and discrediting an institution and if this continues, and I am thinking of the figures that were bandied about in one of your earlier discussions, it will be an institution that will have a difficult time discharging its functions.

I talk to my neighbours about these things and I realize that they are under the assumption that the Parliament of Canada, the Senate and House of Commons, are operating more or less in the institutional fashion institutionally under which they are supposed to operate. They have no idea, because this issue has not been publicized in the press. Certainly, in the East, they really do not realize the situation that is developing. They certainly have not been consulted about it. Yet, when I think about it, I think, "Wait a minute here. Whose institution is this?" There has to be some accountability. Ordinary citizens have not taken this action, but the political elites, in this case, in the form of the Government of Canada. I am trying to make that point.

Senator Andreychuk: The provisions in this bill would curtail the discretion of the Prime Minister. Do you believe the people of Canada wish it to be curtailed?

Ms. Smith: The people of Canada simply have to expect that the political actors are following the Constitution, so if there is supposed to be an operative Senate, then there is supposed to

générales soit avantageux pour leurs partis, mais le choix de la date des élections partielles est demeuré vulnérable aux machinations des premiers ministres.

J'ai deux propositions. Que l'on aime ou non le Sénat dans son état actuel, son existence, ses rôles et ses responsabilités sont prévus par la Constitution. Le fait de ne pas combler les vacances au Sénat réduit sa capacité d'assumer ses fonctions constitutionnelles et législatives. Le projet de loi S-224 prévoit une période maximale trop longue pour combler les vacances au Sénat, soit 180 jours. Il faut que cette période soit plus courte, qu'elle s'établisse à 90 jours environ.

En outre, le moment des élections partielles devrait être établi en fonction du principe démocratique fondamental selon lequel tous les Canadiens ont le droit d'être représentés à la Chambre des communes. L'usage actuel concernant les élections partielles assujettit ce principe à la manipulation partisane. Ma seconde proposition, c'est que la loi soit modifiée de manière que les élections partielles soient normalement tenues dans les 90 jours suivant la date où un siège devient vacant.

Le sénateur Andreychuk : Madame Smith, vous avez dit que, dans la situation actuelle, le premier ministre peut jouer à sa guise sur le choix des membres du Sénat, particulièrement en ce qui concerne le moment des nominations. Croyez-vous que les premiers ministres antérieurs ont considéré le Sénat comme leur jouet lorsqu'ils ont dépassé les délais prescrits par cette loi?

Mme Smith : Pendant des décennies, les premiers ministres ont été accusés de nominations partisanes. Aucun premier ministre n'avait cependant pris de mesures qui auraient eu pour effet de dégrader et de discréditer une institution. Or, si la tendance se maintient — et je pense aux chiffres que vous avez mentionnés au cours de discussions antérieures —, l'institution dont nous parlons aura de la difficulté à assumer ses fonctions.

Lorsque je discute de ces questions avec mes voisins, je constate qu'ils tiennent pour acquis que le Parlement du Canada, le Sénat et la Chambre des communes fonctionnent plus ou moins selon la procédure institutionnelle qu'ils sont censés suivre. Ils n'ont aucune idée de ce qui se passe, parce que les médias ne se sont pas attardés sur cette question. Il est certain que, dans l'est du pays, les gens ne sont pas conscients de la situation qui se crée. Ils n'ont certainement pas été consultés à ce sujet. Cependant, quand j'y pense, je me dis : « Un petit instant. À qui appartient vraiment cette institution? » Il faut qu'il y ait une certaine reddition de comptes. Ce ne sont pas les citoyens ordinaires qui ont adopté cette ligne de conduite, mais les élites politiques, soit, en l'occurrence, le gouvernement du Canada. C'est là le message que j'essaie de faire passer.

Le sénateur Andreychuk : Les dispositions de ce projet de loi réduiraient le pouvoir discrétionnaire du premier ministre. Croyez-vous que les Canadiens souhaitent que ce pouvoir soit réduit?

Mme Smith : Les Canadiens ne doivent s'attendre à rien d'autre qu'à ce que les acteurs politiques respectent la Constitution, ce qui signifie que si nous sommes censés avoir

be an operative Senate. It is unfortunate that there is a need for a bill like this. It is extraordinary that this kind of a bill is required to remedy a problem that the government is creating.

As to what the Canadian people know or do not know, I have no idea. The assumption that I am making is that they are operating under the expectation that until they are advised or consulted on a change to one of the main institutions under the Constitution of Canada, that they would expect that it is operating as usual. If its membership is in decline, I do not see how that can occur.

Senator Andreychuk: You seem to have come to the conclusion that it is not functioning well. I think you said that the Senate is not performing its duties. You are saying that I am not performing my duties as a senator. What are you basing that on when in fact there have been delays, if you want to call them delays, or discretion of prime ministers not appointing immediately when a vacancy occurs? Why are you telling me that I am not performing my duties?

Ms. Smith: I read the discussion that you had about the various occurrences in the past when years have gone by and senators were not appointed. I am not sure that we are talking about that today. We seem to be talking now about volume. According to your own discussion, with every passing year, more vacancies will occur.

Let us talk about the representation function, for example. If a province has half its senators, is that as good as all of its senators? That is one idea that I had in the back of my mind. I am obviously not referring to any particular senator, and for the remaining senators, as the numbers decline, your workload must grow. That is one point.

Secondly, on the other function of sober second thought, how easy can that be with declining numbers? It cannot be getting easier, so I can only assume it is getting more difficult. I am trying to make a very clear point.

Senator Andreychuk: You say that, constitutionally, if you have three vacancies out of six, a province or a region is not being represented. The Constitution, as Professor Franks pointed out, was based on wealth and provincial representation. There is a case to be made by some provinces out west that, as their population grows, they are under-represented by virtue of the Constitution as it is now. I am not speaking about my own province yet, although we are optimistic that we will soon be in the same category as Alberta and British Columbia.

Senator Murray: I have a resolution to amend the Constitution.

un Sénat efficace, il devrait il y avoir un Sénat efficace. Il est regrettable que le besoin d'un tel projet de loi se fasse sentir. Il est très singulier qu'un projet de loi de ce genre soit nécessaire pour remédier à un problème que le gouvernement est en train de créer.

En ce qui concerne ce que les Canadiens savent ou ne savent pas, je n'en ai aucune idée. Mon hypothèse est que, tant qu'ils n'auront pas été avisés d'un changement apporté à l'une des institutions principales régies par la Constitution du Canada, ou consultés à ce sujet, ils présumeront que cette institution continue de fonctionner comme avant. Mais je ne vois pas comment cela pourrait se produire si le nombre de ses membres décline.

Le sénateur Andreychuk : Vous semblez en être arrivée à la conclusion que l'institution ne fonctionne pas bien. Je crois que vous avez dit que le Sénat ne s'acquitte pas de ses fonctions. Vous affirmez donc que je ne m'accorde pas de mes fonctions en tant que sénateur. Sur quoi vous fondez-vous pour affirmer cela alors qu'on tarde à combler des sièges, si je peux dire, ou que les premiers ministres ont exercé leur pouvoir discrétionnaire en choisissant de ne pas procéder à des nominations sur-le-champ lorsque des sièges sont devenus vacants? Qu'est-ce qui vous permet de me dire que je ne m'accorde pas de mes fonctions?

Mme Smith : J'ai lu les délibérations que vous avez tenues au sujet des divers cas où des années se sont écoulées sans que des vacances au Sénat soient comblées. Je ne suis pas certaine que c'est de cela que nous parlons aujourd'hui. Nous semblons plutôt nous attarder sur la question du volume. Selon vos propres débats, à mesure que les années passeront, de plus en plus de sièges deviendront vacants.

Prenons par exemple la question de la représentation. Si seuls la moitié des sénateurs d'une province ont été nommés, cela a-t-il la même valeur que si elle disposait de tous ses sénateurs? C'est une idée qui me trotte depuis longtemps derrière la tête. Je ne fais évidemment référence à aucun sénateur en particulier. Du reste, la charge de travail des sénateurs en place doit augmenter à mesure que les nombres diminuent. Voilà un premier point.

Par ailleurs, en ce qui concerne le second examen objectif que doit effectuer le Sénat, dans quelle mesure cette tâche peut-elle être exécutée aisément dans un contexte où le nombre de sénateurs décline? Cette tâche ne peut pas devenir plus aisée, et je ne peux que présumer qu'elle devient plus difficile. J'espère que l'on me comprend très clairement.

Le sénateur Andreychuk : Vous dites que, d'un point de vue constitutionnel, une province ou une région est mal représentée si trois de ses sièges sur six sont vacants. Comme l'a souligné M. Franks, la Constitution prévoyait à l'origine la représentation de la richesse et des provinces. Certaines provinces de l'Ouest auraient lieu de faire valoir que, compte tenu de la croissance de leur population, elles sont devenues sous-représentées, en raison du régime constitutionnel actuel. Je ne parle pas encore de ma province, bien que nous ayons bon espoir de nous retrouver bientôt dans la même catégorie que l'Alberta et la Colombie-Britannique.

Le sénateur Murray : J'ai une résolution visant à modifier la Constitution.

Ms. Smith: That goes to the question of change and proposed change to the Senate. There are all kinds of possibilities on that front. That is fine.

Senator Joyal: Thank you, Professor Smith and Professor Franks, for your contribution to this reflection and debate we are having on Bill S-224.

Professor Smith, we are in a very different scenario than we were with former prime ministers, whether Liberal or Conservative. Former prime ministers never stated publicly that they would not appoint new senators. We have a situation where our Prime Minister has made this statement adding that he will not appoint senators unless the provincial governments adopt legislation, as Alberta did.

The odd situation in which we find ourselves as legislators is that, according to the Constitution, section 32, the provinces have no say in the selection of senators. The Constitution provides that the Governor General appoint senators based on the recommendation of the Prime Minister himself. That is the law of the land today.

The Prime Minister wants to compel the provinces to adopt legislation to provide for the selection of senators or candidates for senatorship, and the Prime Minister has said that he will not uphold the Constitution if the provinces do not do it.

That is a very twisted kind of reality and we see the consequence of a depleted Senate, especially of senators from the government side. Those senators remaining do an admirable job because they have to cover committees and all kinds of parliamentary functions. The Prime Minister told the Senate that is the way it will be and it will become worse in the years to come because, according to the list of predictability of retirement, by the end of 2009, there will be 29 vacancies.

The predictability of vacancies in the Senate does not exist in the House of Commons. By-elections in the House of Commons are triggered by either resignation or death. In the Senate, a senator reaching the age of retirement, which is 75 years, triggers a vacancy. It is an odd phenomenon for a senator to die while serving in the Senate. I would have to consult the statistics on the number of senators who have died while in service. In addition, a senator may resign for health or personal reasons; this happens but it is also an exception. The rule in the Senate is predictability.

When you read the section 32 of Constitution it says clearly "when a vacancy happens." As I said, we experience a vacancy when a senator reaches the age of retirement, resigns or dies.

It seems clear to me that we are in a difficult situation whereby we are compelled to accept the Prime Minister's commitment to uphold the law of the land by compelling provincial government legislatures and other levels of government to adopt legislation to

Mme Smith : Cela renvoie à la question du changement et des changements que l'on propose d'apporter au Sénat. Il y a toutes sortes de possibilités de ce côté-là. C'est bien.

Le sénateur Joyal : Merci, madame Smith et monsieur Franks, pour votre participation à notre réflexion et au débat relatif au projet de loi S-224.

Madame Smith, nous nous trouvons dans une situation très différente de celle que nous avons connue avec les anciens premiers ministres, qu'ils aient été libéraux ou conservateurs. Aucun d'entre eux n'a dit publiquement qu'il ne nommerait pas de nouveaux sénateurs. Nous nous trouvons dans une situation où le premier ministre a fait cette affirmation et a ajouté qu'il ne nommerait pas de sénateurs à moins que les administrations provinciales adoptent une loi à cet égard, comme l'a fait l'Alberta.

Nous vivons une situation particulière en tant que législateurs. En effet, selon l'article 32 de la Loi constitutionnelle, les provinces n'ont pas voix au chapitre du choix des sénateurs. En vertu de la Constitution, c'est le Gouverneur général qui nomme les sénateurs sur la recommandation du premier ministre. C'est la loi du pays aujourd'hui.

Le premier ministre veut obliger les provinces à adopter une loi selon laquelle elles choisirraient les sénateurs ou les candidats aux postes de sénateurs. De plus, le premier ministre a dit qu'il ne respecterait pas la Constitution si les provinces ne le faisaient pas.

C'est une réalité très déformée, et nous constatons les conséquences d'avoir un Sénat où siègent moins de sénateurs, particulièrement s'il y a moins de sénateurs du côté du parti au pouvoir. Les sénateurs qui restent font un travail remarquable parce qu'ils doivent œuvrer au sein des comités et s'acquitter de toutes sortes de fonctions parlementaires. Le premier ministre a indiqué au Sénat que c'était la façon dont ça allait fonctionner. Les choses vont empirer dans les années à venir parce que, selon la liste des prévisions de départs à la retraite d'ici la fin 2009, le Sénat comptera 29 sièges vacants.

Contrairement au Sénat, il n'est pas possible de prévoir le nombre de sièges vacants à la Chambre des communes. Les élections partielles à la Chambre des communes deviennent nécessaires soit par suite d'une démission, soit par suite d'un décès. Au Sénat, un siège devient vacant lorsqu'un sénateur atteint l'âge de la retraite, soit 75 ans. Il est plutôt rare qu'un sénateur meure dans l'exercice de ses fonctions. Il faudrait que je consulte les statistiques sur le nombre de sénateurs qui sont décédés dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, un sénateur peut démissionner pour des raisons personnelles ou de santé; ça arrive, mais c'est aussi une exception. Au Sénat, la règle qui s'applique est celle de la prévisibilité.

À l'article 32 de la Loi constitutionnelle, il est clairement dit : « Quand un siège deviendra vacant. » Comme je l'ai mentionné, un siège devient vacant quand un sénateur atteint l'âge de la retraite, qu'il démissionne ou qu'il meure.

Manifestement, nous sommes devant une situation difficile où nous sommes obligés d'accepter l'engagement du premier ministre, qui, pour respecter la loi du pays, veut forcer les administrations provinciales et les autres ordres de gouvernement

provide for selection of senators. I have remarked that the provinces and other governments have nothing to say on the Constitution according to Senate appointments. It seems that this is twisted legal thinking.

Ms. Smith: I find it an extraordinary situation in two ways. First, if it continues, it will be a rare old situation. I noticed in one of your discussions you were broaching this issue by saying if this should continue — meanwhile there is no reform or change process per se under way and this described situation continues — then what. How long can it go on before you do have an institution in crisis and, in fact, it starts to become an issue in throughout the country? What happens then?

You have spoken about the role of the Governor General. I presume that you want to look ahead to figure out how long this can go on and what kind of situation ultimately would you find yourselves in.

Senator Joyal: Would it not be absurd to have more than 50 per cent of the seats vacant?

Ms. Smith: If that were to happen, I assume people would start scanning options and one could run through them. You discuss the issue with the Governor General, and I have thought about that. I think that one probably might have to be set aside, and I can explain why I think that. Another option, of course, is the court. A third option is that in engendering a kind of institutional crisis one starts to drive parties towards finding a solution. Someone might say the government already has a solution in the form of bill this and bill that. The problem is there is no consensus on those ideas and yet, this is the Senate. It is interesting this way.

Nova Scotia, many decades ago, was like many of the other provinces; it had a bicameral legislature. Over a long period of time, the effort was made to abolish the upper chamber, and eventually it was. It required, among other things, a court case to do that. When the court gave the all clear, as it were, eventually the Conservative government, in fact, was able to effect that change.

There is one huge difference between the situation in a province and the situation in Canada. When you speak about the Senate, it is a nation-wide institution and, therefore, not one for which a change can be made on a unilateral basis. That is a huge difference. When I say option 3, discrediting an institution to the point where you drive a crisis, you are into a political situation and trying to find your way out of that.

That is about as far as I have been able to go in my thinking because I do not like to think ahead in those ways.

à adopter une loi leur permettant de choisir les sénateurs. J'ai remarqué que, selon la Constitution, les provinces et les autres ordres de gouvernement n'ont rien à dire sur les nominations au Sénat. Cela me paraît un peu tordu sur le plan juridique.

Mme Smith : Selon moi, c'est une situation exceptionnelle pour deux raisons. Premièrement, si ça continue, ça deviendra une situation exceptionnelle chronique. J'ai remarqué que, dans une de vos discussions, vous avez abordé la question en disant que si ça devait continuer — en attendant, il n'y a aucun processus de réforme ou de changement en tant que tel, qui soit en cours, et la situation décrite perdure —, qu'est-ce que ça changerait? Pendant combien de temps est-ce que ça durera avant qu'une crise institutionnelle éclate et que ça devienne en fait un problème à la grandeur du pays? Qu'est-ce qui se passera alors?

Vous avez parlé du rôle du Gouverneur général. Je suppose que vous essayez d'imaginer ce qui va se passer pour déterminer pendant combien de temps ça va durer et dans quelle situation on risque de se retrouver en définitive.

Le sénateur Joyal : Ne serait-il pas absurde que plus de 50 p. 100 des sièges soient vacants?

Mme Smith : Si cette situation devait survenir, je suppose que les gens commenceront à chercher des solutions et que quelqu'un pourrait les examiner. Vous avez parlé de la question concernant le Gouverneur général, et j'y ai réfléchi. Je crois qu'une solution devra peut-être être mise de côté, et je peux expliquer pourquoi je pense ainsi. Une autre solution, évidemment, consiste à recourir aux tribunaux. Une troisième option serait de provoquer une espèce de crise institutionnelle qui pousserait les parties à trouver une solution. Certains diront probablement que tel ou tel projet de loi constitue déjà une solution pour le gouvernement. Le problème, c'est qu'il n'y a aucun consensus sur ces idées et pourtant, on parle du Sénat. Ce point de vue est intéressant.

Il y a plusieurs décennies, la Nouvelle-Écosse était comme beaucoup d'autres provinces : elle était gouvernée selon un système bicaméral. Pendant longtemps, on a essayé d'abolir la Chambre haute, et on y est finalement parvenu. Il a fallu, entre autres choses, s'adresser aux tribunaux pour y arriver. Lorsque la cour a donné son autorisation, pour ainsi dire, le gouvernement conservateur a finalement été en mesure d'appliquer le changement.

Par contre, il y a une énorme différence entre la situation dans une province et la situation au Canada. Lorsqu'il est question du Sénat, on parle d'une institution pancanadienne et, par conséquent, il n'est pas possible d'y apporter un changement de façon unilatérale. C'est là une énorme différence. Lorsque j'ai parlé de la troisième solution, soit le fait de discréditer une institution au point de provoquer une crise, on se retrouve alors dans une situation politique d'où l'on tente de sortir.

Voilà à peu près où s'est arrêtée ma réflexion, parce que je n'aime pas envisager l'avenir de cette façon.

Mr. Franks: In some ways, I think the Senate is already feeling the pinch. My understanding is that some senators wanted to create an arts and culture committee and there was a shortage of members on one side. The demands on the time of senators exceeded the ability to fill the positions.

We have that problem in the House of Commons. I have not looked at Senate committees, but I do not believe that members of the House of Commons adequately prepare themselves for committee work. The demands of their time far exceed their ability to meet the demands of committee. Every senator that you lose, the bell is tolling for the rest of you. It is tolling for thee. I think the problem is already here.

Senator Joyal: At what point in time do you draw the line? When does the situation become untenable?

Mr. Franks: The Senate has to do that itself. I cannot say. That is one of the places where the real strength of the Senate should come in as the capacity of the two sides of the house to work together and come to an agreement.

The burden will increase, and some day I think that this committee or another committee will say, "It is not working. The Senate is not doing what it should and we cannot do it." You might find a broad consensus amongst members, and at that point I hope you are all sober and you give thought to it and give some suggestions to the government.

To put it another way, I do not think there is any absolute place where it becomes unbearable. It is something that you as senators will have to feel as a collegial body, when are we no longer able to do our work, when has this rather silly approach become too much for the Parliament of Canada to fulfill its function?

Senator Stratton: My question evolves around the appointment in a timely fashion to which Professor Smith referred. Historically, there have been vacancies for quite a period of time, as Senator Murray had pointed out in a small brief speech when Senator Moore was introducing this, and Senator Murray went into the history.

Senator Murray: It was related to another motion.

Senator Stratton: One of the positions in Manitoba was vacant for over five years. In 1979, and Senator Murray can correct me on this, there were only a dozen or so Conservative senators. It got down that low and it operated, albeit with difficulty, but it operated. Historically, the argument is that the Senate has operated legitimately for a number of years at times since Confederation with much diminished numbers on one side or another. Therefore, I really wonder whether this "timely fashion" issue exists.

Currently we have 22 Conservatives, 60 Liberals, 6 or 7 independents and 14 vacancies. The place seems to be operating, although we admit that it is difficult, but it is

M. Franks : D'une certaine façon, je crois que le Sénat paie déjà le prix. Je crois savoir que certains sénateurs voulaient créer un comité sur les arts et la culture, mais qu'il n'y avait pas assez de membres d'un côté. Le temps que les sénateurs auraient dû consacrer au comité dépassait leur capacité.

Nous avons le même problème à la Chambre des communes. Je n'ai pas examiné la situation en ce qui concerne les comités du Sénat, mais je ne crois pas que les membres de la Chambre des communes se préparent suffisamment pour le travail qu'ils doivent effectuer en comité. Le temps qu'ils doivent y consacrer dépasse de loin leur capacité à répondre aux demandes du comité. Chaque fois que l'on perd un sénateur, le glas sonne pour le reste du Sénat. Il sonne pour toi. Je crois que nous sommes déjà face au problème.

Le sénateur Joyal : Où fixez-vous la limite? À quel moment est-ce que la situation devient intenable?

M. Franks : Les membres du Sénat doivent le faire eux-mêmes. Je ne peux pas me prononcer. C'est l'une des situations où la véritable force du Sénat devrait se manifester dans la capacité des deux côtés de la Chambre à travailler de pair pour en arriver à une entente.

Le fardeau s'alourdit, et un jour, je crois que ce comité ou un autre dira : « Ça ne fonctionne pas. Le Sénat ne fait pas ce qu'il devrait faire, et nous ne pouvons pas le faire. » Il se peut qu'il y ait un vaste consensus parmi les membres, et lorsque ça arrivera, j'espère que vous serez tous réalistes, que vous y réfléchirez et que vous formulerez des suggestions au gouvernement.

En d'autres termes, je ne crois pas qu'il y ait une limite absolue où la situation devienne insupportable. C'est quelque chose que vous, les sénateurs, devrez établir d'instinct dans un esprit de collégialité. Vous devrez vous demander : quand ne serons-nous plus capables de faire notre travail, quand est-ce que cette approche plutôt ridicule empêchera le Parlement du Canada de remplir ses fonctions?

Le sénateur Stratton : Ma question tourne autour du délai raisonnable de nomination auquel a fait référence Mme Smith. Par le passé, il y a eu des postes vacants pendant assez longtemps, comme le sénateur Murray l'a souligné dans un bref exposé lorsque le sénateur Moore a présenté ce projet de loi. Le sénateur Murray s'est alors attardé à l'aspect historique.

Le sénateur Murray : Ça concernait une autre motion.

Le sénateur Stratton : L'un des postes au Manitoba est resté vacant pendant plus de cinq ans. En 1979, et le sénateur Murray peut me corriger à ce sujet, il n'y avait qu'environ une douzaine de sénateurs conservateurs. Le nombre était aussi bas mais ça fonctionnait, même si c'était difficile, ça fonctionnait. Historiquement, le raisonnement c'est que, depuis la Confédération, le Sénat a exercé ses activités en toute légitimité pendant des périodes de plusieurs années avec un effectif très réduit d'un côté ou de l'autre. Par conséquent, je me demande vraiment si cette question des « meilleurs délais » existe.

Actuellement, nous avons 22 conservateurs, 60 libéraux, 6 ou 7 indépendants et 14 postes vacants. Le Sénat semble fonctionner, même si nous admettons que c'est difficile, mais il

operating and the committee structure is operating, albeit with some difficulty. However, being whip on the government side, I see the opposition whip substituting in committees as often as I am because with the 60 Liberal senators, they still have difficulty getting people to attend committees.

Senator Milne: We do not have to come any more.

Senator Andreychuk: That is true.

Senator Stratton: That is true, but why put the onus on the poor whip? He is the guy running around like I am.

When I look at the historical picture of that period around 1979 and I look at how the Senate is operating today, I do not see the urgency of suddenly deciding we have to make appointments. In my view, the argument is not there. The Senate has operated under these conditions for some time.

The vast majority of Canadians want an elected Senate. In addition, a growing number of Canadians want the place abolished. Alberta has had two elected senators. What happens in a situation with nothing other than more provinces deciding to elect Senators? Where are you then?

Ms. Smith: I want to respond to your timely fashion comment. In the past, when appointments were not made, undoubtedly there were reasons for it. I am sure some of them would be partisan reasons having to do with the difficulty of making decisions when there was more demand than supply.

Second, I think that Senator Joyal's point is the critical one. The Prime Minister has thrown down the gauntlet in stipulating his intention. He is taking a very dramatic stand on this issue in declining to make appointments unless the individuals have won a consultative Senate election. That is the key point and is the difference between this current situation and previous situations.

On your point about the vast number of Canadians who want an elected Senate, I do not know what we can make of any of these figures. If you ask people whether they want taxes lowered, you may get a strong favourable response. If you ask them whether they want to reform the Senate, why not? Reform has the implication of being a good thing. We have no idea what that reform means. There could be a very strong component within that who would simply like to see abolition. When an issue is not openly, publicly and widely discussed and when options are not put to people so they can see the possibility, you really have no idea what these polls may mean.

Mr. Franks: I think the Senate can operate with a lot fewer people. However, your committee work would suffer and I think that is the most important thing the Senate does. I have a very high respect for Senate committee work. As I have worked a great deal on House of Commons committee work as well, I say that very sincerely.

exerce ses activités et la structure des comités fonctionne, même s'il y a quelques difficultés. Toutefois, en tant que whip du gouvernement, je constate que le whip de l'opposition fait office de remplaçant à des comités aussi souvent que moi, car malgré les 60 sénateurs libéraux, il est quand même difficile d'amener les gens à assister aux séances des comités.

Le sénateur Milne : Nous ne sommes plus tenus d'y aller.

Le sénateur Andreychuk : C'est vrai.

Le sénateur Stratton : C'est vrai, mais pourquoi le fardeau repose-t-il sur le pauvre whip? C'est lui qui court partout comme je le fais.

Quand je pense à la situation qui existait vers 1979 et que je regarde la façon dont le Sénat exerce ses activités aujourd'hui, je ne vois pas l'urgence de décider soudainement que nous devons faire des nominations. À mon avis, ce n'est pas fondé. Le Sénat exerce ses activités dans ces conditions depuis longtemps.

La grande majorité des Canadiens veut un Sénat élu. De plus, un nombre croissant de Canadiens veut que l'institution soit abolie. L'Alberta a eu deux sénateurs élus. Qu'arrive-t-il si davantage de provinces décident d'élire des sénateurs? Où en est-on à ce moment-là?

M. Smith : J'aimerais répondre à votre commentaire sur les meilleurs délais. Dans le passé, quand on ne procédait pas à des nominations, il y avait sans aucun doute des raisons pour cela. Je suis sûr que c'était parfois par partisannerie, à cause de la difficulté de prendre des décisions lorsque la demande était plus grande que l'offre.

Deuxièmement, je crois que le point du sénateur Joyal est fondamental. Le premier ministre a jeté le gant en faisant connaître son intention. Il prend une position très radicale sur cette question en refusant de procéder à des nominations, sauf si les individus ont gagné une élection consultative du Sénat. C'est ce qu'il faut retenir et c'est la différence entre la situation actuelle et les situations antérieures.

Vous avez parlé du grand nombre de Canadiens qui veulent un Sénat élu; je ne sais pas quoi penser de ces données. Si vous demandez à la population si elle veut une baisse d'impôt, il se peut que vous obteniez une réponse des plus favorables. Si vous lui demandez si elle veut une réforme du Sénat, pourquoi pas? Le terme « réforme » sous-entend une bonne chose. Nous ne savons pas du tout ce qu'on entend par réforme. Une très grande partie de la population pourrait tout simplement vouloir l'abolir. Si une question ne fait pas l'objet d'une discussion ouverte, publique et à grande échelle et que des options ne sont pas offertes à la population afin qu'elle puisse voir les possibilités, on ne peut pas vraiment connaître la signification de ces sondages.

M. Franks : Je crois que le Sénat peut exercer ses activités avec beaucoup moins de gens. Toutefois, les travaux de votre comité en souffriraient et je crois que c'est la chose la plus importante que le Sénat accomplit. J'ai le plus grand respect pour les travaux des comités sénatoriaux. Ayant pris part à de nombreux travaux des comités de la Chambre des communes également, je le dis en toute sincérité.

I do not get excited about this because it will sort out. I am not personally in favour of an elected Senate, but I can see it working. My main concern would be that the people elected are of similar quality to the people who have been selected.

Figures show that if you take the average senator, by-and-large, he or she has had more political experience and has been more successful in his or her previous career. Certainly, they have more experience within the legislature than have members of the House of Commons. That is something you bring to bear.

I want to push my own agenda a bit. In my view, the by-election issue is more important at this point than the Senate one. Senate reform is underway here and there. However, the by-election issue is one of those unreformed parts the Parliament that has been ignored for far too long. That is why I put those detailed comments in my paper. I think that needs close attention.

Senator Stratton: It will be interesting if we go to the end of 2009 with 29 vacancies. That will about an election issue if nothing else.

Mr. Franks: There will be many slathering, ambitious, drooling politicos out there.

Senator Milne: Senator Joyal largely covered my point. In spite of the fact that Senator Stratton does not think our committee work is suffering currently, I believe it is. This committee itself should have five Conservative members.

Senator Stratton: It should have four.

Senator Milne: It should have four Conservatives and eight Liberals. I would say that we have an average of about 1.5 Conservatives at every meeting.

An Hon. Senator: Point of order. Look around the room and see how many senators are on the Liberal side. How many are there?

Senator Milne: I am quite aware of that today.

Senator Stratton: That is normal.

Senator Milne: No, it is not.

Attendance in committee is severely hampered by the fact that we simply do not have a full roster of Conservatives. I think it is important and it is important to government legislation that there be a full roster of Conservatives able to come to these committees.

I think it should be referred to the Supreme Court, but the Senate does not have the power to make a reference to the Supreme Court. That can only come, I believe, from the Prime Minister through the government. Therefore, we do not have that recourse.

Je ne m'empêtre pas à ce sujet parce que ça va s'arranger. Personnellement, je ne suis pas en faveur d'un Sénat élu, mais je peux voir que ça fonctionnerait. Ce qui importe surtout, je crois, c'est que les personnes qui sont élues soient aussi compétentes que les personnes qui ont été sélectionnées.

Les données montrent que, si on prend le sénateur moyen, de façon générale, il possède une plus grande expérience politique et a connu plus de succès dans sa carrière précédente. Les sénateurs ont certainement plus d'expérience au sein de l'assemblée législative que les membres de la Chambre des communes. C'est quelque chose dont on doit se servir.

Je veux aller un peu plus loin dans mon raisonnement. À mon avis, la question de l'élection partielle est plus importante en ce moment que celle du Sénat. La réforme du Sénat est en cours ici et là. Toutefois, la question de l'élection partielle constitue l'une des parties non réformées du Parlement qu'on ignore depuis beaucoup trop longtemps. C'est pourquoi j'ai inclus ces commentaires détaillés dans mon document. Je crois qu'il faut l'examiner de près.

Le sénateur Stratton : Ce sera intéressant si nous avons 29 postes vacants à la fin de 2009. Ça va poser un problème d'élection, pour le moins qu'on puisse dire.

M. Franks : On verra saliver de nombreux politiciens ambitieux.

Le sénateur Milne : Le sénateur Joyal a en grande partie abordé mon point. En dépit du fait que le sénateur Stratton ne pense pas que les travaux des comités sont négligés en ce moment, je crois qu'ils le sont. Notre comité devrait compter cinq membres conservateurs.

Le sénateur Stratton : Il devrait y en avoir quatre.

Le sénateur Milne : Il devrait y avoir quatre conservateurs et huit libéraux. Je dirais qu'en moyenne il y a 1,5 conservateur à chaque réunion.

Une voix : J'invoque le Règlement. Regardez dans la salle et voyez combien de sénateurs sont du côté libéral. Combien y en a-t-il?

Le sénateur Milne : Je suis tout à fait au courant de la situation aujourd'hui.

Le sénateur Stratton : C'est habituel.

Le sénateur Milne : Non, ça ne l'est pas.

La présence aux séances du comité est sérieusement réduite en raison du fait que tous les conservateurs ne sont pas présents. Je crois que c'est important et qu'il est important pour les projets de loi du gouvernement que tous les conservateurs qui siègent aux comités puissent assister aux séances.

Je crois que la question devrait être soumise à la Cour suprême, mais le Sénat n'a pas le pouvoir de renvoyer une question à la Cour suprême. Cela ne peut venir, je crois, que du premier ministre par le biais du gouvernement. Par conséquent, nous ne pouvons exercer ce recours.

It comes down to the consequences involved with these vacancies. There will be 29 vacancies by the end of next year. I will be the last one to go at the end of next year. In January, Senator Grafstein will leave. That will make the 13 who will leave next year. I think it will have a severe effect on how this place operates, how it can operate and how government legislation can pass.

The Chair: Do you have a question?

Senator Milne: I am making a political statement just as Senator Stratton did.

My question has to do with Ms. Smith's sixth point. In your outside opinion, what are the consequences of these vacancies? What will happen when this place becomes dysfunctional? Is that perhaps a goal the Prime Minister quietly has in mind?

Ms. Smith: So much of this is contingent on the political situation, who is in charge of the government, and so on. One interesting consideration is my third point when I spoke about the legitimacy of an institution. You are reaching something quite serious. If, for example, the government were to change and a government came in that did not have Senate change as an item on its agenda, do we really think that such a government could turn around and make a slew of appointments easily? At one time, a lot of attention might not have been paid to that. However, I am not sure that would be the case now.

In other words, I think that with the decision that the Prime Minister has made and the action he has taken, it actually has moved the goalposts on the issue of the Senate and Senate change. I am not sure there is the option to go back. I am not sure where we are going moving ahead, but I think there will be ramifications of this decision and the action he has taken. Pieces are moving on the chessboard, the terrain has shifted and we cannot really be all that certain of what we will see. However, I do not think it is business as usual.

Mr. Franks: If I knew what Senate elections were supposed to achieve I would be much happier. However, apart from saying that elected officials are better than appointed officials are, I do not know what an elected Senate supposed to achieve; therefore, my views on Senate reform are not terribly helpful in the present atmosphere.

I do have a concern that, over time, we cannot let the Senate atrophy. It either has to be abolished or it has to be a functioning part of Parliament. Death by 100 cuts is not the way to go.

Senator Watt: I very much enjoyed both of your presentations. I have dealt with a number of constitutional violations, especially as it relates to my people, probably more than any other senator.

I was encouraged by your presentation. I was looking for an answer on how we get out of the mess we are in now. I have been listening carefully to the responses that each of you have made to

Tout cela se résume aux conséquences résultant de ces postes vacants. Il y aura 29 postes vacants d'ici la fin de la prochaine année. Je serai la dernière à partir à la fin de l'an prochain. En janvier, le sénateur Grafstein partira. Cela donnera les 13 sénateurs qui partiront l'an prochain. Je crois que les départs auront de graves conséquences sur la façon dont le Sénat exerce ses activités, sur la façon dont il pourra les exercer et sur l'adoption des projets de loi du gouvernement.

La présidente : Avez-vous une question?

Le sénateur Milne : Je fais une déclaration politique, tout comme le sénateur Stratton vient de faire.

Ma question se rapporte au sixième point de Mme Smith. À votre avis, selon un point de vue externe, quelles sont les conséquences de ces postes vacants? Qu'arrivera-t-il lorsque le Sénat deviendra dysfonctionnel? Est-ce là peut-être un objectif auquel le premier ministre songe secrètement?

Mme Smith : Cela dépend en grande partie de la situation politique, de la personne qui dirige le gouvernement, notamment. Mon troisième point est particulièrement intéressant : j'ai parlé de la légitimité d'une institution. On touche quelque chose de très sérieux. Si, par exemple, le gouvernement était remplacé et que le nouveau gouvernement n'avait pas comme priorité les modifications à apporter au Sénat, croyons-nous réellement que le gouvernement pourrait changer de cap et procéder à une foule de nominations facilement? À une certaine époque, cela n'aurait peut-être pas attiré beaucoup d'attention. Toutefois, je ne suis pas certaine que ce serait le cas aujourd'hui.

En d'autres termes, je crois que la décision du premier ministre et les mesures qu'il a prises brouillent les cartes dans le dossier du Sénat et des modifications à apporter au Sénat. Je ne suis pas certaine que nous avons l'option de retourner en arrière. Je ne suis pas certaine de savoir où nous allons, mais je crois qu'il y aura des conséquences à la suite de la décision et des mesures qu'il a prises. Les pièces se déplacent sur l'échiquier, le contexte a changé et nous ne pouvons pas vraiment être certains de ce que nous verrons. Toutefois, je ne crois pas que ça s'inscrit dans l'ordre normal des choses.

M. Franks : Si je connaissais l'objectif visé par les élections au Sénat, je serais beaucoup plus heureux. Toutefois, outre le fait de dire que des représentants élus valent mieux que des représentants nommés, je ne sais pas à quoi on s'attend d'un Sénat élu; par conséquent, mes opinions sur la réforme du Sénat ne sont pas vraiment utiles dans le présent contexte.

Le fait que le Sénat puisse s'atrophier au fil des ans me préoccupe. Il faut soit l'abolir, soit en faire une entité fonctionnelle du Parlement. La mort à petit feu n'est pas la voie à suivre.

Le sénateur Watt : J'ai beaucoup aimé vos deux exposés. J'ai été témoin de certaines infractions à la Constitution, tout particulièrement en ce qui concerne mon peuple, et ce probablement plus que tout autre sénateur.

Votre exposé m'a encouragé. Je cherchais une réponse quant à la façon de nous sortir de ce bourbier. J'ai écouté attentivement les réponses que chacun de vous avez données aux différentes

a number of our senators' questions. However, there is still an area that remains grey in my mind: We cannot go to court as an instrument. Only the Prime Minister, a government, can go to court.

I know for a fact that the provinces, if they disagree with the action that is taken by the central government, can also challenge that matter in the court. However, I have never heard of a matter as important as this is. I do not know whether the individual or a group of individuals can take this matter seriously. In my opinion, this is a people's government, as you have indicated; it is the people who need to be consulted. Not only consulted but they have to be engaged in the discussion on what will be tomorrow.

They have not had that opportunity, as you have rightly state. I concur with that strongly. I always believe that the Constitution is there for a good purpose and good reasons; it is to be followed until there is public engagement or until the public outcry is asking for the government to make a change.

That is my problem.

Given this is where we are, what is your opinion regarding the predicament we are now in on how to get out of it while at the same time stopping or preventing a politician or a government taking up by his own hand, moving ahead, operating above the Constitution or operating above the rule of law?

That is the crux of the issue. I feel that needs to be answered. I have not heard that answer. If we are to continue to keep talking without getting to the bottom of the problem, we are wasting our time and we are wasting money.

Mr. Franks: I think at this point, it is bending the law rather than breaking it. As the point has been made before, Senate positions remain vacant for a long time. I have never seen a thorough study on how long they have remained vacant, but we all know there have been vacancies for well over months and into years.

The question that faces the Senate is when does the accumulation of vacancies reach a point that you feel prevents this institution from doing what it must do? By that I do not mean what you would like it to do, but what it must do.

I do not know the answer to that question. However, at some point something will have to give on this. I do not know when or how it will happen. It might be that Bill C-20 moves through the House of Commons and comes to the Senate and you say, "Fine, we will agree to this, provided that we have some assurance that the other branch of this reform — the term limits — is done to our satisfaction." However, I think that one would wind up as a reference to the Supreme Court.

questions posées par nos sénateurs. Toutefois, il subsiste une zone grise dans mon esprit : nous n'avons pas la possibilité de nous adresser aux tribunaux. Seuls le premier ministre ou un gouvernement peuvent s'adresser aux tribunaux.

Il s'avère que les provinces, si elles ne sont pas d'accord avec les mesures prises par le gouvernement central, peuvent également présenter des contestations judiciaires. Toutefois, je n'ai jamais entendu parler d'une affaire aussi importante que celle-ci. Je ne sais pas si une personne ou si un groupe de personnes peuvent prendre cette question au sérieux. À mon avis, notre gouvernement est un gouvernement du peuple, comme vous l'avez indiqué; il est donc de mise de consulter la population. Non seulement de la consulter, mais d'obtenir sa participation aux discussions qui concernent l'avenir du Sénat.

Les gens n'ont pas eu l'occasion de s'exprimer, comme vous l'avez très justement fait remarquer. Je partage tout à fait votre opinion. Je crois toujours que la Constitution existe pour le bien de la population et qu'elle a sa raison d'être; il faut y adhérer jusqu'à ce qu'un engagement public se prenne ou que la grogne populaire incite le gouvernement à apporter un changement.

Voilà mon problème.

Comme nous en sommes rendus là, que pensez-vous de cette situation difficile qui nous oblige à trouver une solution tout en empêchant un politicien ou un gouvernement d'agir de façon unilatérale, d'aller de l'avant, de faire fi de la Constitution ou de faire entorse au principe de la primauté du droit?

Voilà le cœur du problème. J'estime qu'il faut répondre à cette question. Je n'ai pas entendu cette réponse. Si nous devons pour poursuivre nos discussions sans aller au fond des choses, nous perdons notre temps et nous gaspillons de l'argent.

M. Franks : Je pense qu'en ce moment, on contourne la loi plutôt qu'on ne l'enfreint. Comme il a été dit précédemment, les postes au Sénat demeurent vacants longtemps. Je n'ai jamais vu d'étude poussée sur la durée de ces vacances, mais nous savons tous que certains sièges sont inoccupés depuis de longs mois voire des années.

Le Sénat doit se demander à quel moment les sièges vacants s'accumuleront au point où cette institution ne sera plus en mesure de s'acquitter de ses fonctions. Je ne parle pas ici des fonctions que vous souhaiteriez la voir exercer, mais bien des fonctions qu'elle doit exercer.

Je ne connais pas la réponse à cette question. Toutefois, quelque chose va finir par céder. Je ne sais ni quand ni comment. Peut être que la Chambre des communes va adopter le projet de loi C-20, que ce projet de loi va se retrouver devant le Sénat et que vous allez dire : « D'accord, nous y consentons, pourvu qu'on nous donne l'assurance que l'autre volet de cette réforme — la durée du mandat — soit mené de façon satisfaisante pour nous. » Cependant, je pense qu'une telle situation donnerait lieu à un renvoi à la Cour suprême.

It is a messy, ugly situation. I do not particularly like it and if I was choosing an approach to Senate reform, I would not choose it. However, no other approach that is ever been taken has worked in the 100-plus years of Canadian history.

On the other hand, I often remember what Samuel Johnson said when Boswell said to him, "So, sir, you laugh at schemes for political improvement." Johnson said, "Well, sir, most schemes for political improvement are very laughable things."

I feel that way about many of proposals for Senate reform. I cannot answer your question. This is one of those open-ended, evolving stories that is in its opening chapters, and I do not know what the last chapter is.

Ms. Smith: It is a political situation. If everyone is to agree with the Prime Minister, then that would be one way of resolving it, but if people do not and his idea does not come to fruition, what happens then? What does his government do? Does it persist in not making these appointments except under certain circumstances? What does another government do? If the aim of the exercise is somehow to drive the country towards considering change to the Senate, then the current path may lead there.

Senator Moore: Professor Smith, I thought the House of Commons took care of the increased numbers in the Senate vis-à-vis the provincial populations. I think back to Confederation, the compromise that was reached, and the fact that Nova Scotia was given 10 seats.

In another appearance, you talked about pulling out the rug from under the people. Would it not be pulling the rug out from under the people of Nova Scotia if someone were trying to increase numbers outside of the regional basis on which the country was established?

Ms. Smith: Are you referring to vacancies?

Senator Moore: I am referring to the idea that because there are more people in another province now than were there at the time of Confederation, therefore they should have more senators.

Ms. Smith: You are talking about the distribution of Senate seats and whether it should be changed and, if so, how and so on.

To my way of thinking, the answer to that question depends on your opinions about a prior set of questions. People have to decide if they want a bicameral Parliament, whether it is a parliamentary upper house first, which means sober second thought, scrutiny, dealing with legislative difficulties of one kind or another, and perhaps studying particular issues and so on. Is that the fundamental practical function of a parliamentary upper house? Alternatively, do the people want to put more emphasis on the provincial-territorial representation component? On the one hand, it would not be a replica of the House of Commons, at the same time that would be an aspect of things. Then one

C'est une situation compliquée, qui prend une mauvaise tournure. Je n'aime pas particulièrement cette situation et si j'avais à choisir une approche pour ce qui est de la réforme du Sénat, ce n'est pas celle que j'adopterai. Toutefois, aucune autre des approches adoptées par le passé n'a fonctionné, et ce, depuis plus d'un siècle d'histoire dans notre pays.

D'autre part, je me rappelle souvent ce que Samuel Johnson a répondu lorsque Boswell lui a dit : « Ainsi, monsieur, vous vous moquez des plans du gouvernement tendant à améliorer la situation des citoyens? » Johnson a répondu : « Mais mon ami, la plupart des plans politiques n'excitent que la moquerie. »

C'est dans le même esprit que j'analyse de nombreuses propositions de réforme du Sénat. Je ne peux répondre à votre question. Il s'agit d'un de ces romans dans lequel tout peut arriver, qui ne cesse d'évoluer, qui n'en est qu'à ses premiers chapitres et dont nous ne connaissons pas la fin.

Mme Smith : Il s'agit d'une situation politique. Si tout le monde accepte de se ranger du côté du premier ministre, on aurait une façon de régler le problème, mais si les gens décident autrement et que son idée ne porte pas fruit, que se passe-t-il? Que fera son gouvernement? Persistera-t-il à ne pas nommer de sénateurs, sauf dans certaines circonstances? Que ferait un autre gouvernement? Si le but de l'exercice est en quelque sorte d'amener le pays à envisager une réforme du Sénat, la voie déjà empruntée pourrait s'avérer la bonne.

Le sénateur Moore : Madame Smith, je croyais que la Chambre des communes s'était occupée de revoir le nombre accru de sièges au Sénat par rapport à la population de chaque province. Je me reporte à la Confédération, au compromis auquel on en est arrivé et au fait que la Nouvelle-Écosse s'est vu attribuer dix sièges.

À l'occasion d'un témoignage antérieur, vous avez parlé de couper l'herbe sous les pieds des gens. Ne couperait-on pas l'herbe sous les pieds des Néo-Écossais si on tentait d'accroître le nombre de sièges autrement qu'en fonction de la représentation des régions qui constituent ce pays?

Mme Smith : Parlez-vous des sièges vacants?

Le sénateur Moore : Je parle de l'idée selon laquelle on devrait attribuer davantage de sièges à une province dont la population est aujourd'hui plus importante qu'elle ne l'était à l'époque de la Confédération.

Mme Smith : Vous parlez de la distribution des sièges du Sénat et vous vous interrogez à savoir s'il conviendrait de la changer et, le cas échéant, comment le faire et ainsi de suite.

Selon moi, la réponse à cette question dépend de votre opinion sur un ensemble de questions préalables. Les gens doivent décider s'ils veulent un Parlement bicaméral, s'il s'agit avant tout d'une Chambre haute parlementaire, ce qui veut dire une entité chargée d'assurer un second examen objectif, de passer les lois au crible, de s'occuper des questions posant des difficultés législatives de tous genres, et peut-être d'examiner des problèmes particuliers et ainsi de suite. Est-ce là le rôle fondamental d'une Chambre haute parlementaire? En revanche, les gens veulent-ils mettre davantage l'accent sur la composante de la représentation provinciale-territoriale? D'une part, on éviterait ainsi de créer une réplique

must decide whether one wants to look at a model like that in the United States or at different kinds of models that you see in European countries with bicameral legislatures and different ways and so on.

I think you have to answer those prior questions first. I tend to see it as a bit of a whole. There are many pieces of the puzzle, but you must start with first principles and how you conceive of this body in terms of function.

Senator Moore: Related to the filling of vacancies aspect of the bill and the current situation, as a Nova Scotian, we have three vacancies, so 30 per cent of our constitutional entitlement is not being filled, and this is by the direction of the Prime Minister.

What do you have to say about that in terms of pulling the rug out from underneath Nova Scotians? The Yukon is entitled to one and now has none, so a 100 per cent vacancy, and B.C., which is entitled to six, has only three, so it is down to half.

Ms. Smith: I do not think it is a good thing at all. The Constitution is fairly clear on the situation, and it is an extraordinary situation when you do not have a functioning body in the manner prescribed.

Senator Moore: Senator Stratton mentioned selection and elections and so on. Really, the method of selection he was talking about is irrelevant to this conversation. What we are talking about here is vacancies cannot be tolerated on an indefinite basis, and that is what I am trying to get at in this bill. I think we have your comments on that earlier, and those of Professor Franks.

Senator Murray: Mr. Chair, the comments that I am going to make, and they are comments will be as timely, I hope, when the second panel is at the table as they would have been with the first panel. However, I thank Professor Smith and Professor Franks for coming here today.

I want to say for the record, apropos Senator Moore's comments, that while we are emphatically on the same side with this bill, we are emphatically on opposite sides on the issue of western regional representation.

The Chair: And the motion you have made.

Senator Murray: The House of Commons is not rep by pop. Seven provinces in the House of Commons are considerably overrepresented in terms of rep by pop, and therefore I find it difficult to accept arguments that —

de la Chambre des communes, mais on ne pourrait pas tout à fait l'éliminer non plus. Ensuite, il faut déterminer si on souhaite envisager un modèle comme celui des États-Unis ou d'autres modèles comme en on voit dans les pays européens, dotés d'assemblées législatives bicamérales, de procédures différentes et ainsi de suite.

Je pense qu'il faut d'abord répondre à ces questions. J'ai plutôt tendance à examiner la chose comme faisant partie d'un tout. Il s'agit d'un problème à facettes multiples, mais il faut d'abord asseoir les principes et établir le fonctionnement d'un tel organisme.

Le sénateur Moore : Pour ce qui est des dispositions du projet de loi qui régissent la façon de pourvoir les sièges vacants au regard de la situation actuelle, en tant que Néo-Écossais, je constate que nous avons trois postes vacants, ce qui veut dire que 30 p. 100 des sièges auxquels nous avons droit en vertu de la Constitution ne sont pas occupés, et ce, selon les directives du premier ministre.

Qu'avez-vous à dire à ce sujet? Les Néo-Écossais se sont-ils fait couper l'herbe sous le pied? Le Yukon a droit à un siège au Sénat, siège qui est actuellement vacant, et la Colombie-Britannique, qui a droit à six représentants au Sénat, n'en a que trois, soit la moitié.

Mme Smith : Je ne crois pas du tout que cela est une bonne chose. La Constitution est relativement claire là-dessus, et on se trouve en présence d'une situation exceptionnelle quand un organisme ne fonctionne pas comme il devrait.

Le sénateur Moore : Le sénateur Stratton a parlé de sélection et d'élection, et ainsi de suite. À vrai dire, la méthode de sélection dont il parlait n'est pas pertinente dans le contexte actuel. Ce dont il est question ici, c'est qu'on ne peut tolérer indéfiniment que des sièges restent vacants, et c'est ce à quoi j'essaie de remédier avec le présent projet de loi. Je crois que vous nous avez déjà fait part de vos commentaires à ce sujet, de même que le professeur Franks.

Le sénateur Murray : Madame la présidente, j'espère que les commentaires que je m'apprête à formuler, et je dis bien commentaires, seront aussi à propos quand le second groupe d'experts se présentera à cette table, qu'ils l'auront été devant le premier groupe. Néanmoins, je remercie Mme Smith et M. Franks de leur présence ici aujourd'hui.

A propos des commentaires du sénateur Moore, je tiens à préciser que, même si nous sommes clairement du même côté en ce qui concerne le présent projet de loi, nous avons des points de vue diamétralement opposés sur la question de la représentation des provinces de l'Ouest.

La présidente : Et la motion que vous avez présentée.

Le sénateur Murray : La composition de la Chambre des communes ne repose pas sur le modèle de la représentation selon la population. Si l'on se fonde sur ce mode de représentation, on constate que sept provinces sont nettement surreprésentées à la Chambre des communes; par conséquent, je trouve difficile d'accepter les arguments selon lesquels...

The Chair: That are beyond the scope of this bill. We promised Professor Smith that she could leave 10 minutes ago. We thank you very much indeed and apologize for keeping you overtime.

Senator Moore: Mr. Franks, I am interested in your comments with regard to the British and Australian situations. Are there other democracies where the executive can selectively or capriciously fill or refuse to fill vacancies?

Mr. Franks: New Zealand is the other democracy, but in recent years, most of the vacancies that have occurred are on list members rather than constituency members, so they simply put in the next person on the list to replace the list member. You see, it is a mixed member PR.

Senator Murray: It is unicameral.

Mr. Franks: Yes, so the issue is not the same as by-elections here in Canada. That is why I used Australia and Britain as the two comparisons.

Senator Andreychuk: Professor Franks, you said that the worth of the Senate is in our committee work. I have always thought that as our value-added. We do an extremely good job in committees; however, our raison d'être is legislation and our sober second thought on legislation. That is the essence of our work and debate in the chamber.

Mr. Franks: I absolutely agree, but in my view the committee work on legislation is often better in the Senate than in the House, and there is value-added there too.

Senator Milne: Professor Franks, why do you believe that the 180-day maximum for Senate vacancies is too long and it should be at most, 90 days. In addition, you would suggest amending Senator Moore's bill so that by-elections are held within 90 days of a vacancy.

Mr. Franks: My reasoning on that is sort of the reverse of the presentation. In his bill, Senator Moore explained the 180 days because it exists in the Parliament of Canada Act; it exists as the time within which a writ must be issued. That is not when the election is held, but when a writ must be issued.

I find that too long and I cannot defend that length of time. I do not see the sense or rationale in waiting for that length of time. In fact, I would be happy to have it go down to 60 days for by-elections. I would be comfortable with that and, using Senator Moore's approach to Senate vacancies; I see no reason for waiting longer than 90 days, as well. I cannot imagine it takes a Prime Minister more than 90 days to decide on a Senate appointee. It was for the sake of consistency that I used the 90 days for both recommendations.

La présidente : Qui vont au-delà de la portée du présent projet de loi. Nous avons promis à Mme Smith qu'elle pourrait partir, il y a dix minutes. Nous vous remercions infiniment et nous nous excusons de vous avoir gardée plus longtemps que prévu.

Le sénateur Moore : Monsieur Franks, vos commentaires sur la situation en Grande-Bretagne et en Australie ont suscité mon intérêt. Y a-t-il d'autres démocraties où le pouvoir exécutif peut, de façon sélective ou comme bon lui semble, combler ou refuser de combler des sièges vacants?

M. Franks : L'autre pays est la Nouvelle-Zélande, mais depuis quelques années, la plupart des vacances touchent la liste des candidats plutôt que les sièges eux-mêmes, de sorte qu'on prend simplement la personne suivante sur la liste pour remplacer celle qui n'y figure plus. Il s'agit, voyez-vous, d'un système mixte proportionnel.

Le sénateur Murray : C'est monocaméral.

Mr. Franks : Oui, de sorte que l'enjeu n'est pas le même que lors des élections partielles ici, au Canada. Voilà pourquoi j'ai choisi l'Australie et la Grande-Bretagne pour fins de comparaison.

Le sénateur Andreychuk : Monsieur Franks, vous avez dit que la valeur du Sénat se trouvait dans les travaux de nos comités. J'ai toujours vu en cela notre valeur ajoutée. Nos comités font de l'excellent travail; cependant, notre raison d'être est d'étudier les lois et d'en faire un second examen objectif. C'est l'essence même de nos travaux et de nos discussions au Sénat.

Mr. Franks : Je suis parfaitement d'accord, mais à mon avis, le travail des comités qui étudient les lois est souvent meilleur au Sénat qu'à la Chambre, de sorte qu'il y a là aussi une valeur ajoutée.

Le sénateur Milne : Monsieur Franks, pourquoi estimatez-vous que le délai maximal de 180 jours, en ce qui concerne les sièges vacants au Sénat, est trop long et qu'il devrait être d'au plus 90 jours? En outre, vous semblez proposer d'amender le projet de loi du sénateur Moore afin que les élections partielles se tiennent dans les 90 jours suivant la date où un siège devient vacant.

M. Franks : Mon raisonnement à ce sujet va en quelque sorte à l'encontre de l'exposé. Dans son projet de loi, le sénateur Moore explique le délai de 180 jours en invoquant le fait qu'il est mentionné dans la Loi sur le Parlement du Canada. En fait, il s'agit du délai à l'intérieur duquel doit être émis le bref d'élection. On ne parle pas du délai avant la tenue de l'élection, mais bien du délai avant l'émission d'un bref d'élection.

Je trouve ce délai trop long et je ne crois pas qu'on puisse le justifier. Je ne vois pas l'utilité ou la logique d'attendre aussi longtemps. En fait, je serais heureux qu'on le ramène à 60 jours dans le cas des élections partielles. Je serais à l'aise avec cela et, dans l'optique du sénateur Moore quant aux sièges vacants au Sénat, je ne vois également aucune raison d'attendre plus longtemps que 90 jours. Je ne peux imaginer qu'un premier ministre ait besoin de plus de 90 jours pour nommer un sénateur. C'est par souci d'uniformité que j'ai parlé d'un délai de 90 jours dans les deux recommandations.

Senator Joyal: Professor Franks is it not illogical that the government has proposed Bill C-16 to establish a fixed general election date to remove the so-called prerogative of the Prime Minister, while by-elections remain at the whim of the Prime Minister.

Mr. Franks: I think it was overlooked. It is one of the anomalies of our system. It is one that this current Prime Minister, like previous prime ministers, has used to what he felt would be to advantage in his political games and machinations of winning seats in the House of Commons. I do not like at this time regardless of what party does it. That is why I put it what I did there. I think it was just overlooked. On the other hand, you must appreciate that the bill is now law. The Elections Act has been amended for fixed elections and that means that no election can be held after that period; it must be by a given date. However, it has nothing that prevents an election before that time. In fact, the bill states in its initial paragraphs that nothing in this act prevents the Governor General from dissolving a Parliament for an election. That means that the very firm convention that unless there is an obvious alternative that has a majority in the House of Commons, the Governor General obeys the demand of the Prime Minister still holds. I will bet you that over the next 50 years, the result is that we will not have any parliaments longer than four years. However, we will have some shorter. Likely, the average length of time of a Parliament will be reduced. That is certainly the view of Eugene Forsey, an honourable member of this institution, and I share his view.

Senator Peterson: The Prime Minister has refused to take this to the Supreme Court and is encouraging provinces to have elections. In addition to Alberta, some others may do so. If a province disagreed with this procedure, could it ask that this matter be referred to the Supreme Court?

Mr. Franks: Absolutely. You can ask for anything to be referred to the Supreme Court. The Supreme Court may choose not to hear it. I believe there will be a time when the Senate not only feels it cannot do its job but cannot do it, assuming that nothing changes and no one is appointed. At that time, if Bill C-20 on the election of Senate gets through Parliament, it is perfectly possible that Nova Scotia or British Columbia — feeling hard done by — might ask for it to be considered by the courts.

Senator Moore: Mr. Franks, when I was putting the bill together, I used the 180 days because it was in the Parliament of Canada Act and I thought it would be easy for people to associate with and to perhaps support.

One last item is I would like you to comment on the sequential calling of by-elections.

Mr. Franks: I covered that in my 90 days. The by-elections should be held within 90 days.

Le sénateur Joyal : M. Franks, n'est-il pas illogique que le gouvernement ait présenté le projet de loi C-16 visant à établir une date fixe pour la tenue d'élections générales et à retirer cette soi-disant prérogative du premier ministre, alors que celui-ci peut décider de tenir des élections partielles quand bon lui semble?

M. Franks : Je crois qu'on a fermé les yeux là-dessus. C'est l'une des anomalies de notre système. Une anomalie que le premier ministre actuel, à l'instar de ses prédécesseurs, a utilisé à son avantage, lui semblait-il, dans ses jeux politiques et ses manœuvres pour gagner des sièges à la Chambre des communes. Je n'aime pas cela, peu importe le parti. C'est pourquoi j'ai parlé de cela. Je crois que cet aspect a été simplement négligé. Par contre, il faut bien se rendre compte du fait que le projet de loi est maintenant devenu une loi. La Loi électorale a été modifiée en vue de la tenue d'élections fixes, ce qui signifie qu'aucune élection ne peut avoir lieu au-delà de cette période; elle doit se tenir au plus tard à une date donnée. Toutefois, il n'y a rien qui empêche la tenue d'une élection avant cette date. En fait, le projet de loi prévoit, dans les premiers paragraphes, que rien dans la présente loi n'empêche le Gouverneur général de dissoudre le Parlement en vue d'une élection. Cela signifie que tient toujours le principe fermement établi selon lequel le Gouverneur général acquiesce à la demande du premier ministre à moins qu'une autre solution évidente ne rallie la majorité à la Chambre des communes. Je serais prêt à parier que, pour les 50 prochaines années, cela fera en sorte que nous n'aurons aucune législature qui durera plus de quatre ans. Cependant, certaines dureront moins longtemps. De même, la durée moyenne d'une législature sera réduite. C'est assurément l'opinion d'Eugene Forsey, membre éminent de cette institution, et je partage son point de vue.

Le sénateur Peterson : Le premier ministre a refusé de porter cette question devant la Cour suprême, et il encourage les provinces à tenir des élections. Outre l'Alberta, d'autres provinces pourraient le faire. Si une province n'approuve pas cette façon de procéder, peut-elle demander que cette question fasse l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême?

M. Franks : Tout à fait. On peut toujours demander qu'une question soit soumise à la Cour suprême. Celle-ci peut décider de ne pas l'entendre. Je crois que viendra un temps non seulement où le Sénat aura l'impression de ne pas pouvoir faire son travail, mais où il sera aussi dans l'impossibilité de le faire, en supposant que rien ne change et qu'il n'y ait pas de nominations. À ce moment-là, si le projet de loi C-20 sur l'élection du Sénat est adopté, il est parfaitement possible que la Nouvelle-Écosse ou la Colombie-Britannique — se sentant lésées — demandent à ce que la question soit soumise aux tribunaux.

Le sénateur Moore : Monsieur Franks, quand j'ai élaboré le projet de loi, j'ai fixé le délai à 180 jours parce qu'il était déjà prévu dans la Loi sur le Parlement du Canada et que j'ai pensé qu'il serait facile pour les gens de faire le lien et, peut-être, d'apporter leur appui.

En dernier lieu, j'aimerais avoir vos commentaires sur le déclenchement des élections partielles qui suit.

M. Franks : C'est inclus dans mon délai de 90 jours. Les élections partielles devraient se tenir dans les 90 jours.

Senator Moore: Sequentially?

Mr. Franks: Sequential is less important than the time limit. I appreciate you were trying to eliminate the cherry-picking for by-elections. However, if they will be held within 90 days, there will be little likelihood of being able to defer and try to put something off too long.

The Chair: Thank you very much, Mr. Franks. I want to apologize to you and all senators for my insistence for moving this along. However, the fact is we do have more witnesses and senators have other committees. This goes straight to your point about whether we are overworked. Senators do find themselves obliged to be at two committees at once and that can make life difficult.

For the record, I will invite our next witnesses to come to the table and will remind everyone who they are. Two learned professors, Don Desserud, and David Smith will join us.

David Smith, Professor Emeritus, Department of Political Studies, University of Saskatchewan, as an individual: Honourable senators, thank you for inviting me to appear before you today. Although there are two parts to Bill S-224, An Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies), both deal with a single issue: To curb the discretion of the Prime Minister, first, in the sequence in which by-elections are called to fill vacancies in the House of Commons and, second, to require the Prime Minister to recommend to the Governor General the filling of vacancies in the Senate within 180 days of their creation.

Three arguments are advanced in support of these proposals. First, prime ministerial discretion is at odds with the notion of a properly-functioning Parliament, free from executive influence. Second, prime ministerial discretion used selectively in the case of House of Commons vacancies and indefinitely in the case of Senate vacancies, interferes with the right Canadians enjoy under the Constitution, to representation in Parliament. Finally, there is a syllogism. Part A of the syllogism is the protection of minority rights is a constitutional principle in Canada — see the *Secession Reference* (1998). Part B is that a primary purpose of the Senate is to afford protection to the various sectional interests in Canada — see the *Senate Reference* (1980). Part C, therefore, the Senate cannot fulfill its constitutional obligation in the matter of sectional and regional representation if its composition and function, as set down in the Constitution, are impaired.

Le sénateur Moore : Les unes à la suite des autres?

M. Franks : L'ordre est moins important que le délai. Je comprends que votre but était d'éliminer le déclenchement arbitraire et sélectif d'élections partielles. Cependant, si ces élections doivent se tenir dans les 90 jours, il est peu probable qu'on puisse les remettre à plus tard et essayer de laisser un siège vacant pendant trop longtemps.

La présidente : Merci beaucoup, monsieur Franks. Je voudrais m'excuser auprès de vous et de tous les sénateurs pour mon insistance à faire avancer le débat. Cependant, le fait est que nous avons d'autres témoins à entendre et que des sénateurs siègent à d'autres comités. Voilà qui illustre bien votre point de vue quand vous vous demandiez si nous étions surchargés de travail. Des sénateurs se voient effectivement obligés de participer à deux séances de comité en même temps, ce qui ne facilite guère les choses.

J'inviterais maintenant nos prochains témoins à prendre place à la table. Je rappelle à tous que nous avons devant nous deux éminents professeurs, soit MM. Don Desserud et David Smith.

David Smith, professeur émérite, Département d'études politiques, Université de la Saskatchewan, à titre personnel : Mesdames et messieurs, je vous remercie de m'avoir invité à témoigner aujourd'hui. Le projet de loi S-224, Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants), comprend deux parties, mais les deux se rapportent à une question : restreindre le pouvoir discrétionnaire du premier ministre, d'abord lorsqu'il s'agit d'établir l'ordre du déclenchement d'élections partielles pour combler les vacances à la Chambre des communes, et ensuite, pour obliger le premier ministre à faire une recommandation au Gouverneur général pour combler toute vacance au Sénat dans les 180 jours suivant la date où un siège devient vacant.

Trois arguments sont avancés à l'appui de ces propositions. Premièrement, le Parlement doit fonctionner efficacement, sans influence de l'exécutif, et l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au premier ministre va à l'encontre de ce principe. Deuxièmement, l'utilisation du pouvoir discrétionnaire du premier ministre, de façon sélective dans le cas de vacances à la Chambre des communes et de façon indéfinie dans le cas de vacances au Sénat, porte atteinte à un droit conféré aux Canadiens par la Constitution, soit le droit à la représentation au Parlement. Troisièmement, on se trouve devant un syllogisme, qui repose sur deux énoncés. Le premier énoncé, c'est qu'au Canada, la protection des droits des minorités est un principe constitutionnel, d'après le *Renvoi sur la sécession* (1998). Le deuxième énoncé, c'est que l'un des buts primordiaux du Sénat est de protéger les divers intérêts régionaux au Canada, d'après le *Renvoi sur le Sénat* (1980). Il en découle que le Sénat ne peut pas remplir son obligation constitutionnelle en matière de représentation régionale si on altère sa composition et ses fonctions telles qu'elles ont été établies dans la Constitution.

Vacancies in the Senate at the current time lend support to this line of reasoning. In British Columbia, with a population of 3.25 million, 3 of 6 senatorial positions are vacant while, in the 4 Atlantic provinces with a population 2.3 million, 6 of 30 positions are vacant.

The discrepancy accentuates the long-standing grievances about unequal provincial representation in the upper house while, in the case of British Columbia, it mutes the expression of that province's sectional concerns in the Senate. Absent any change in policy by the Prime Minister, vacancies are projected to rise from 14 at present to 30 by late 2009. This is the heart of matter: The vacancies are the consequence of a policy choice by the Prime Minister not to make Senate appointments.

An upper chamber of senators appointed for terms as opposed to retirement at age 75 or, better still, one where consultative elections precede recommendation for appointment by the Governor General is the Prime Minister's preferred option for Senate reform. Until the Prime Minister has achieved that objective, he has stated he will not exercise the prerogative of his office and make personal recommendations to the Governor General to fill vacancies in the Senate.

Here in the self-abnegation of the use of the prime ministerial prerogative to advise the Crown on appointments rather than in the exercise of the prerogative itself and its implication for the independence of Parliament is the fundamental issue to be considered.

The prerogative is central to the functioning of constitutional monarchy in a Westminster-style parliamentary system. Indeed, only with its use can that arrangement of powers, persons and structures operate in a coherent way and in a manner that permits the realization of the modern Constitution's fundamental principle of responsible government.

That being the case, is it permissible for the prime minister not to exercise the prerogatives which adhere to his or her office — and have adhered for more than a century and a half — and which make the principle of responsible government a political reality? As the first minister in a constitutional monarchy, is the prime minister not obliged to tender advice to the Crown?

What would one say if the issue at hand were section 96, the appointment of judges, rather than section 24, the summoning of senators? If, as a matter of deliberate policy, advice were not given to the Crown in respect to appointing judges to senior courts, would not the argument be made that this inaction eroded the rule of law, another constitutional principle noted in the *Secession Reference*, one associated with a sense of orderliness — and that phrase comes from the *Patriation Reference* — to the detriment of the courts and their operation?

Ce qui se produit actuellement au Sénat avec le nombre de sièges vacants donne du poids à ce raisonnement. En Colombie-Britannique, où la population est de 3,25 millions de personnes, trois des six sièges de sénateurs sont vacants, alors que dans les quatre provinces de l'Atlantique, qui comptent une population de 2,3 millions de personnes, six des 30 sièges sont vacants.

Ces écarts amplifient les récriminations de longue date à propos de l'iniquité de la représentation des provinces à la Chambre haute, et dans le cas de la Colombie-Britannique, la situation limite réellement les possibilités d'expression des préoccupations régionales au Sénat. Si le premier ministre ne change pas sa politique, le nombre de vacances devrait passer de 14 à 30 d'ici la fin de 2009. Voilà le nœud de l'affaire : les vacances résultent de la décision stratégique du premier ministre de ne pas nommer de sénateurs.

Le premier ministre voudrait réformer le Sénat de façon à ce que la Chambre haute soit constituée de sénateurs nommés pour des mandats d'une durée déterminée et non jusqu'à l'âge de 75 ans, et il préférerait que des élections consultatives précèdent les recommandations visant des nominations par le Gouverneur général. Le premier ministre a déclaré que, avant d'avoir atteint cet objectif, il n'exercerait pas sa prérogative pour faire des recommandations au Gouverneur général en vue de combler les sièges vacants au Sénat.

Ce n'est pas tant à l'exercice de la prérogative du premier ministre et à son incidence sur l'autonomie du Parlement qu'il faut s'arrêter, mais au fait que le premier ministre renonce à cette prérogative qui lui est accordée afin qu'il conseille la Couronne sur les nominations.

Cette prérogative revêt une importance clé pour le fonctionnement de la monarchie constitutionnelle dans un système parlementaire de type Westminster. En effet, elle doit être exercée pour que les différents pouvoirs et les différentes personnes et structures puissent fonctionner d'une manière cohérente qui permette d'assurer un gouvernement responsable, un principe fondamental de la Constitution moderne.

Dans ce contexte, est-il acceptable pour le premier ministre de ne pas exercer les prérogatives qui sont rattachées à ses fonctions — des prérogatives que les premiers ministres ont exercées pendant plus d'un siècle et demi — et qui font du principe de gouvernement responsable une réalité politique? En tant que premier ministre dans une monarchie constitutionnelle, le premier ministre n'est-il pas tenu de conseiller la Couronne?

Que dirions-nous si la question à l'étude était plutôt l'article 96, qui concerne la nomination des juges, et non l'article 24, sur la nomination des sénateurs? Si les personnes qui doivent guider la Couronne relativement à la nomination des juges aux cours supérieures s'abstenaient délibérément de donner des conseils, ne dirions-nous pas que cette inaction porte atteinte à la primauté du droit — un autre principe constitutionnel figurant dans le *Renvoi relatif à la sécession*, et qu'on associe à un mode de fonctionnement ordonné — au détriment des tribunaux

How is the matter of the failure to recommend appointment of senators different from this hypothetical instance?

I understand that there are strong differences of opinion in and outside of this chamber on the form and function that Parliament's upper house should take. However strong and however reasonable these proposals may appear to be to supporters, they do not, in my opinion, allow the first minister in Canada's constitutional monarchy to abdicate his existing constitutional responsibility to advise the Governor General.

If earlier discussion in this committee is any gauge, the adverse consequences of the Prime Minister's failure to perform his constitutional duty in the matter of recommending appointments to fill Senate vacancies could be serious indeed.

For instance, I believe it is been suggested that the Governor General might make appointments in the absence of prime ministerial recommendations. Surely, this would be a remedy worse than the disease it is intended to cure. It would refute the principle of responsible government while at the same time undermine two parts of Parliament — the office of Governor General and the Senate.

The preamble of the Constitution Act, 1867, speaks of the original provinces of Canada desiring to be "...federally united in one dominion under the Crown of the United Kingdom with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom."

Since the provisions of the Constitution Act, 1867, deal almost exclusively with the structure and powers of the units of the new federation, one must assume that the preambular phrase just quoted refers to the unwritten constitution whose purpose, since the mid-19th century, has been to achieve the realization of responsible government in a constitutional monarchy.

The unwritten constitution comprises parliamentary customs, usages, understandings and conventions. Among the features these elements of the Constitution share in common is the fact that they are not well known to the general public, if only because there are not set down in written law. It would require some study to speak with authority on such matters. Interpreters of the Constitution are a rare breed. In consequence, one might think that codifying conventions, and thus extinguishing say discretionary authority on the part of the prime minister, is an object to be sought.

I am not so sure about this, nor do I think it is easily attainable. To codify the unwritten constitution would be a complex, difficult and ambiguous undertaking. What I am sure of is that codifying parts of the Constitution *seriatim*, so to speak, is a bad idea for two reasons.

et de leur bon fonctionnement, comme il est dit dans le *Renvoi relatif au rapatriement*? En quoi le défaut de recommander la nomination de sénateurs diffère-t-il de cette situation hypothétique?

Je comprends qu'il y a de profondes divergences d'opinions au Sénat et à l'extérieur de celui-ci en ce qui concerne la forme et la fonction que devrait prendre la Chambre haute du Parlement. En dépit de la force et du caractère raisonnable que semblent revêtir ces propositions aux yeux de leurs défenseurs, je ne crois pas qu'elles donnent le droit au premier ministre du Canada, dans une monarchie constitutionnelle, de se soustraire à la responsabilité constitutionnelle de conseiller le Gouverneur général.

Si on se fie aux discussions précédentes du comité, les conséquences néfastes qu'entraînerait le défaut du premier ministre de remplir son devoir constitutionnel, qui consiste ici à recommander la nomination des personnes qui combleront les vacances du Sénat, pourraient être très graves.

Par exemple, je crois qu'on a proposé que le Gouverneur général puisse procéder à des nominations sans avoir reçu de recommandations du premier ministre. Cette solution serait bien pire que le problème qu'on tente de régler. Cette solution irait à l'encontre du principe de gouvernement responsable tout en diminuant la crédibilité de deux éléments constitutifs du Parlement — la charge de Gouverneur général et le Sénat.

Dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, on stipule que les premières provinces du Canada ont exprimé le désir de « contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

Comme les dispositions de la Loi constitutionnelle de 1867 traitent presque exclusivement de la structure et des pouvoirs des unités de la nouvelle fédération, il faut présumer que l'extrait du préambule que je viens de citer renvoie à la constitution non écrite dont l'objectif, depuis le milieu du XIX^e siècle, est de réussir à avoir un gouvernement responsable dans une monarchie constitutionnelle.

La constitution non écrite comprend les coutumes, les usages, les arrangements et les conventions parlementaires. Ces éléments partagent entre autres la caractéristique d'être méconnus de la population, ne serait-ce que parce qu'ils ne sont pas consignés par écrit dans la loi. Il faudrait bien étudier la question avant d'en savoir assez pour se prononcer. Rares sont les gens qui peuvent interpréter la Constitution. Par conséquent, on pourrait penser que la codification des conventions, donc la suppression du pouvoir discrétionnaire du premier ministre, par exemple, est un but à atteindre.

J'ai des réserves sur ce point et je ne pense pas qu'il soit facile d'atteindre cet objectif. Codifier la constitution non écrite serait une entreprise complexe, difficile et pleine d'ambiguïté. Par contre, je suis certain que la codification de sections de la Constitution l'une après l'autre est une mauvaise idée, et ce pour deux raisons.

First, to codify means to set limits or to rigidify. To do this with only part of the Constitution would set up tension and create incoherence with other parts of the Constitution. Legislation providing for fixed dates for federal elections is a case in point. Fixed election dates will work differently depending upon whether there are two or more parties in a legislature. In the former, majority government will prevail. In the latter, it may not. It is also of some consequence whether the legislature is unicameral or bi-cameral. The confusion we have witnessed in parliamentary debates in recent months over what constitutes a matter of confidence suggests to me that the ramifications for government and Parliament of establishing fixed election dates were not given thorough study.

The second reason why I think codifying the unwritten constitution as proposed in Bill S-224 is undesirable is that it undervalues what is of central political importance, that is, the Constitution. The Constitution is not a tax code, to be serially or regularly changed. A constitution requires clarity, certainty and coherence. Inaction instead of action, as the unwritten constitution demands for the prime minister for the operation of section 24 of the act, supports none of these values. Senate vacancies and the speed with which they are filled are far more fundamental to good constitutional government in Canada than an ordinary amendment to the Parliament of Canada Act would suggest.

The other object of Bill S-224 is to statutorily require the prime minister to call by-elections to fill vacancies in the House of Commons in the order in which the seats become vacant. While both parts of the bill deal with vacancies in the two Houses of Parliament, the intent of each is different. The Senate provision seeks to protect the integrity of that body as a functioning part of Parliament in its investigative, representational and scrutinizing roles. The House of Commons provision, in the democratic-deficit language popular today, seeks a level playing field so that the prime minister's discretion may not be used for partisan favouritism. It also employs a right-to-representation argument for those constituents who experience inequitable periods without representation in the Commons.

How could one oppose the House of Commons provision of Bill S-224 except on the grounds of consistency? Representation of Canadians in the House of Commons is now so distorted because of the formula used and will remain at some distance from rep by pop principle even if the proposed democratic

Premièrement, « codifier » signifie établir des limites ou rendre rigide. Si on n'applique cette mesure qu'à une partie de la Constitution, on risque de créer des tensions et de l'incohérence avec d'autres parties de la Constitution. Les dispositions législatives prévoyant des dates fixes pour les élections fédérales en sont un exemple typique. Les élections à date fixe ne fonctionneront pas de la même façon selon qu'une législature compte deux ou plus de deux partis. Dans le premier cas, c'est le gouvernement majoritaire qui va l'emporter. Dans le deuxième cas, il ne l'emportera peut-être pas. Le fait que la législature soit monocamérale ou bicamérale a aussi un certain impact. Au cours des derniers mois, la confusion qui a coloré les débats parlementaires à propos de la question de confiance semble indiquer que l'établissement d'une date fixe pour les élections présente, pour le gouvernement et le Parlement, des ramifications qui n'ont pas été étudiées en profondeur.

Deuxièmement, je crois que la codification de la constitution non écrite, telle que proposée dans le projet de loi S-224, est peu souhaitable parce que ça ferait perdre de la valeur à ce qui revêt une importance politique centrale, soit la Constitution. La Constitution n'est pas un code fiscal qu'on peut modifier petit à petit ou sur une base régulière. Une constitution doit être claire, sans équivoque et cohérente. De choisir l'inaction plutôt que l'action, alors que la constitution non écrite exige que le premier ministre agisse en ce qui concerne l'application de l'article 24 de la loi, n'appuie aucune de ces valeurs. Les sièges vacants au Sénat et la vitesse à laquelle ils sont comblés sont bien plus essentiels au maintien d'un bon gouvernement constitutionnel au Canada que le serait une modification ordinaire à la Loi sur le Parlement du Canada.

Le projet de loi S-224 vise également à exiger expressément que le premier ministre déclenche des élections partielles en vue de combler les vacances à la Chambre des communes en suivant l'ordre dans lequel les sièges sont devenus vacants. Bien que les deux parties du projet de loi portent sur les vacances dans les deux Chambres du Parlement, le but de chacune est différent. Avec la disposition concernant le Sénat, on cherche à protéger l'intégrité de cet organe en tant qu'élément fonctionnel du Parlement en ce qui concerne ses rôles d'enquête, de représentation et d'examen. Avec la disposition concernant la Chambre des communes, selon les expressions populaires de déficit démocratique qu'on utilise de nos jours, on cherche à avoir des règles de jeu équitables de façon à ce que les pouvoirs discrétionnaires du premier ministre ne puissent pas servir à favoriser un parti en particulier. On avance également l'argument du droit à la représentation pour les électeurs qui doivent parfois composer avec l'iniquité lorsqu'ils ne sont pas représentés à la Chambre des communes.

Quel argument pourrait-on invoquer pour s'opposer à la disposition du projet de loi S-224 concernant la Chambre des communes à part celui de la cohérence? À l'heure actuelle, la représentation des Canadiens à la Chambre des communes ne reflète vraiment pas la réalité à cause de la procédure utilisée, et

representation bill is passed that the premise of Bill S-224 is vulnerable, perhaps not fatally so but vulnerable nonetheless.

To conclude my remarks, let me return to the Senate provision of Bill S-224. There is a real irony in this bill and what it seeks to accomplish. The Fathers of Confederation were determined that the upper house of the new federal Parliament should be no plaything of the political executive but rather that it should be independent. One item of agreement at Charlottetown and Quebec City was that there should be a fixed upper limit on the Senate's numbers. In other words, there should be no possibility of the Senate being swamped as the Legislative Council of the Parliament of United Canada had been swamped at the time of the passage of the Rebellion Losses Bill. They all knew this. It was only 20 years previous. Equally, with an upper limit, there could be no threat of swamping as was to happen in Great Britain at the time of the passage of the Parliament Act in 1911 when the lords were restricted to a suspense of veto.

Nowhere and at no time was it contemplated that the political executive would seek to achieve its policy ends not by swamping the upper chamber but by doing the reverse, whatever word might capture that intent — "sapping" perhaps. Inaction was not contemplated because inaction was not conceived to fall within the range of discretionary choice.

Section 11 of the Constitution Act provides for a Privy Council to aid and advise the Governor General. It says nothing about contemplating withholding aid or advice. The legal or, in the instance of senatorial recommendations, the conventional limits on discretionary action were set by the need to protect the Crown from the consequences of its actions by taking responsibility for those actions. In short, there was a constitutional duty to advise.

Don Desserud, Professor, Department of Political Science, University of New Brunswick: Senators, I thank you for inviting me here today. The bill before us is Bill S-224, to amend the Parliament of Canada Act. It seeks, among other things, to impose the same conditions on Senate vacancies as currently exist for vacancies in the House of Commons, or at least similar ones. It is an attempt to see that Senate vacancies are filled in a timely manner.

This is a very intriguing bill, and it raises a number of interesting constitutional questions. The approach that I will take is the constitutional questions that this bill raises and how I think they can be resolved or not, as the case may be.

nous n'atteindrons pas la représentation selon la population même si le projet de loi sur la représentation démocratique est adopté, tant et si bien que la prémissse du projet de loi S-224 est vulnérable — peut-être pas au point d'être rédhibitoire, mais elle reste tout de même fragile.

Pour conclure, laissez-moi revenir sur la disposition du projet de loi S-224 concernant le Sénat. Il y a une véritable ironie contenue dans ce qu'on cherche à accomplir avec ce projet de loi. Les Pères de la Confédération étaient déterminés à ce que la Chambre haute du nouveau Parlement fédéral ne devienne pas le jouet du pouvoir exécutif; ils tenaient à ce qu'elle reste indépendante. À Charlottetown et à Québec, on s'entendait pour dire qu'il devrait y avoir un nombre maximal fixe de sénateurs. En d'autres mots, ce ne devrait pas être possible que le Sénat soit surchargé comme l'a été le conseil législatif du Parlement du Canada-Uni au moment où on a adopté le Bill des pertes de la rébellion. Ils le savaient tous. Ça ne faisait que 20 ans que ça s'était produit. De même, s'il y a un nombre maximal, on ne risquerait pas de surcharger le Sénat comme ça a été le cas en Grande-Bretagne au moment de l'adoption de la Loi sur le Parlement en 1911, lorsque les lords ont vu leur veto suspendu.

Peu importe le lieu ou l'époque, on n'a jamais songé que le pouvoir exécutif chercherait à atteindre ses objectifs stratégiques non pas en surchargeant la Chambre haute, mais en faisant exactement le contraire, qui serait de la vider, si on peut dire. L'inaction n'a pas été envisagée parce que ce n'est pas considéré comme un choix possible dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

L'article 11 de la Loi constitutionnelle prévoit la constitution d'un conseil privé pour aider et aviser le Gouverneur général. On ne parle pas d'envisager de ne pas fournir d'aide ni de conseil. La limite juridique ou, dans le cas de recommandations du Sénat, la limite conventionnelle qui concerne les mesures discrétionnaires a été fixée parce qu'il fallait protéger la Couronne des conséquences de ses actes en assumant la responsabilité de ces actes. En bref, donner des conseils était un devoir constitutionnel.

Don Desserud, professeur, Département de science politique, Université du Nouveau-Brunswick : Mesdames et messieurs les sénateurs, je vous remercie de m'avoir invité ici aujourd'hui. Le projet de loi à l'étude est le S-224, qui vise à modifier la Loi sur le Parlement du Canada. Par ce projet de loi, on cherche entre autres à imposer les mêmes conditions pour les vacances du Sénat que celles qui existent déjà pour les vacances à la Chambre des communes, ou du moins des conditions très semblables. On essaie de s'assurer que les sièges vacants au Sénat sont comblés sans trop tarder.

C'est un projet de loi très intéressant qui soulève plusieurs questions pertinentes d'ordre constitutionnel. J'aborderai le sujet en parlant des questions d'ordre constitutionnel et des manières dont elles peuvent ou non être résolues, selon le cas.

The first question is whether this bill is at all within Parliament's competence to pass. The answer is that it probably is, at least mostly, but the reasons for that, I would argue, are less obvious than some might assume.

Clearly, under section 44 of the Parliament of Canada Act, Parliament has the unilateral authority to amend its own constitution, and the Parliament of Canada Act is a part of that constitution by virtue of the Constitution Act, 1867, section 18. However, there are some restrictions, as senators know. One of those restrictions is on the method of selecting senators, which under section 42 of the Constitution Act, 1982, suggests that any changes to the method of selecting senators must go through the general formula. At my last appearance here, that was the discussion at hand, so you are familiar with this subject.

The question becomes, would imposing the 180-day limit on the selection process of a senator constitute an amendment to the method of selecting senators? It might, if we assume that the Governor General has a right to receive advice on a Senate appointment that is well pondered and unfettered by time constraints. However, I would suggest that that argument would be a little difficult to maintain, because surely the Governor General also has the right to be advised in a timely manner.

The Constitution Act of 1867, under section 32, merely states that in cases of a vacancy in the Senate, the Governor General shall fill that vacancy by summoning a suitably qualified person. That we do this on the advice of the Prime Minister, of course, is a constitutional convention. It is an important convention because it is intrinsic to our system of responsible government; however, the timeline or how long this should take is not mentioned. It might be that the Governor General has the right to delay such an appointment as long as she wishes. I would suggest that this is probably unlikely, because undue delay would undermine the integrity of Parliament itself. It also might mean that the Prime Minister has the right to ponder such advice as long as is needed, but surely, again, the right of the Governor General to be advised in a timely manner would trump such an indulgence.

The problem is whether the relationship I am referring to here between the Governor General and the Prime Minister and the advice so sought is within Parliament's competence to legislate, and that I do not know. It could be that the bill before us is actually clarifying the terms of that relationship rather than changing it. If it is simply clarifying what this advice is meant to be and what was assumed a part of that advice, then it is, to me, within the competence of Parliament to pass. However, if it is not, then I would suggest you need more advice to find out whether this fits in with a unilateral amendment.

La première question consiste à savoir si le Parlement possède la compétence nécessaire pour adopter ce projet de loi. La réponse est sans doute oui, en grande partie, mais les raisons justifiant cette réponse sont, selon moi, moins évidentes que ce qu'on pourrait imaginer.

Aux termes de l'article 44 de la Loi sur le Parlement du Canada, il est clair que le Parlement possède l'autorité unilatérale de modifier sa propre constitution, et la Loi sur le Parlement du Canada fait partie de cette constitution conformément à l'article 18 de la Loi constitutionnelle de 1867. Toutefois, comme les sénateurs le savent, il existe quelques restrictions. Une de ces restrictions porte sur le mode de sélection des sénateurs. D'après l'article 42 de la Loi constitutionnelle de 1982, toute modification portant sur le mode de sélection des sénateurs doit se faire conformément à la procédure normale. Nous en avons discuté lors de ma dernière comparution devant le comité, alors vous êtes familiers avec ce sujet.

La question est donc la suivante : est-ce que le fait d'imposer une limite de 180 jours au processus de sélection d'un sénateur serait vu comme une modification au mode de sélection des sénateurs? Peut-être, si on suppose que le Gouverneur général a le droit de recevoir des conseils sur les nominations au Sénat qui sont réfléchis et qui ne sont soumis à aucune restriction de temps. Je dirais toutefois que cet argument serait un peu difficile à défendre, car le Gouverneur général a sûrement le droit lui aussi de recevoir des conseils rapidement.

L'article 32 de la Loi constitutionnelle de 1867 dit simplement qu'en cas de vacance au Sénat, le Gouverneur général doit pourvoir le poste en nommant une personne qui possède les qualifications nécessaires. Le fait que cette démarche soit entreprise sur la recommandation du premier ministre est, bien sûr, une convention constitutionnelle. Il s'agit d'une convention importante, car elle fait partie intégrante de notre système de gouvernement responsable. Cependant, l'article ne fait mention d'aucun échéancier, d'aucun délai. Le Gouverneur général a le droit de retarder cette nomination aussi longtemps qu'il le souhaite, ce qui me semble improbable, car un retard excessif porterait atteinte à l'intégrité du Parlement. -Le premier ministre a aussi le droit de réfléchir à la recommandation qu'il formulera aussi longtemps qu'il le faut, mais, encore une fois, le droit du Gouverneur général de bénéficier de la recommandation en temps opportun prévaudrait certainement.

Le problème consiste à déterminer si la relation à laquelle je fais référence, entre le Gouverneur général et le premier ministre, en ce qui concerne la recommandation demandée, relève du pouvoir de légiférer du Parlement. Cela, je l'ignore. Le projet de loi qui nous est présenté apporte peut-être tout simplement des éclaircissements sur les modalités de cette relation au lieu de les modifier. S'il apporte seulement des éclaircissements sur l'objet de cette recommandation et sur ce qu'elle sous-entend, le Parlement a, à mon avis, le pouvoir de l'adopter. Néanmoins, si ce n'est pas le cas, je crois que vous aurez besoin de plus d'information pour savoir s'il est possible de procéder à un amendement unilatéral.

Another question I would like to raise is the question of wording, because the bill specifically calls on the Prime Minister to make this recommendation. It does not do what we normally see in legislation, referring instead to the Governor-in-Council. In the Parliament of Canada Act, there is no mention specifically of the Prime Minister, with two exceptions. The Prime Minister is mentioned in terms of salaries and in a new section whereby the Conflict of Interest and Ethics Commissioner reports to the Prime Minister. I am wondering why the term Governor-in-Council was not used rather than Prime Minister. I suspect I know, and perhaps you will tell me if I am right. I suspect it is because if you did say Governor-in-Council, you would be clearly legislating on the powers and responsibilities of the Governor General, and therefore this is a way of avoiding that. However, my question then becomes, has this really avoided that problem?

I refer you back to a ruling by Speaker Michener in 1960. He argued that Parliament cannot call upon the government to take one course of action or another, and this has been a point of constitutional debate for some time.

I am saying this in an ambiguous way because I know about that quotation because of an article by Eugene Forsey who argues that Michener is wrong in saying they cannot, and Forsey says of course they can call upon the government to take action because they can advise. However, both concluded that in the offering of that advice, it was not necessarily an obligation for the Prime Minister or the Governor-in-Council to follow that advice.

I do not know how to work this out, because I conclude that the legislation is probably within the competence of Parliament to enact, and it probably does not affect other sections of the Constitution in terms of the amending formula, but I do not know what would happen if the Prime Minister were simply to refuse to follow the legislation. I do not know how you would enforce such a provision and whether this act provides any way in which those provisions could be enforced.

I find myself in a conundrum. I see the point. I see where it is going. I see the purpose of it. I am not 100 per cent convinced it can work in its current form. I will leave it at that and invite your questions.

The Chair: Thank you very much. We do, of course, have questions.

Senator Andreychuk: Thank you, both, for your presentations. They were intriguing. You have brought interesting perspectives to this bill, which at first blush, seems short and crisp, but you brought out more nuances and legal issues.

Professor Smith, are you saying that some of the problems associated with not making appointments is because no bill has come because of inaction by other prime ministers. Is it the number of vacancies or some other trigger mechanism that gives legitimacy to this bill? You have said it is the Prime Minister's statement that he would not exercise his prerogative. Are you

J'aimerais soulever une autre question, celle de la formulation, car le projet de loi fait expressément appel au premier ministre pour formuler cette recommandation. Cette formulation va à l'encontre de ce qu'on voit habituellement dans les lois, qui font plutôt référence au gouverneur en conseil. La Loi sur le Parlement du Canada ne comporte aucune mention du premier ministre en tant que tel, sauf à deux endroits. On le nomme dans un article sur les traitements et dans un nouvel article en vertu duquel le commissaire aux conflits d'intérêt et à l'éthique relève du premier ministre. Je me demande pourquoi on n'a pas employé le terme « gouverneur en conseil » au lieu de « premier ministre ». Je me doute de la réponse, et vous pourrez peut-être me dire si j'ai raison. Je crois que si le terme « gouverneur en conseil » avait été utilisé, le projet de loi aurait directement touché les pouvoirs et les responsabilités du Gouverneur général, ce qu'on a voulu éviter. Je me demande toutefois si on a bel et bien su éviter ce problème.

Je vous renvoie à une décision rendue par le Président Michener en 1960. Il soutenait que le Parlement ne pouvait pas demander au gouvernement de suivre une voie ou une autre, ce qui fait l'objet d'un débat constitutionnel depuis un certain temps.

J'utilise une formulation ambiguë, car j'ai pris connaissance de ces faits dans un article d'Eugene Forsey, qui soutient que M. Michener avait tort. En effet, il estime qu'il est évident que le Parlement peut demander au gouvernement de suivre une voie en particulier, car il peut formuler des recommandations. Toutefois, l'auteur et le Président concluent tous deux que le premier ministre ou le gouverneur en conseil ne sont pas nécessairement tenus de suivre les recommandations du Parlement.

Je ne comprends pas très bien, car je déduis que le Parlement a probablement le pouvoir d'adopter cette mesure législative et que celle-ci n'aura probablement aucune conséquence sur les autres articles de la Constitution en ce qui concerne la procédure de modification, mais je ne sais pas ce qui se produirait si le premier ministre refusait tout simplement de suivre la loi. Je ne sais pas comment il serait possible de faire respecter une pareille disposition ni si cette loi offre un mécanisme pour veiller à son application.

J'ai devant moi une énigme. Je comprends l'idée et l'objectif de cette mesure, mais je ne suis pas entièrement convaincu qu'elle puisse être mise en œuvre dans sa forme actuelle. Sur ce, je vous invite à poser vos questions.

La présidente : Merci beaucoup. Effectivement, nous avons des questions.

Le sénateur Andreychuk : Merci à vous deux pour vos exposés qui incitent à la réflexion. Vous avez jeté un éclairage intéressant sur ce projet de loi qui, à première vue, semblait sans ambiguïté. Vous en avez fait ressortir les nuances et soulevé les aspects juridiques.

Monsieur Smith, dites-vous que certains des problèmes relatifs à l'absence de nominations existent parce qu'aucun projet de loi n'a été déposé en raison de l'inaction d'autres premiers ministres? Est-ce le nombre de postes vacants qui justifie ce projet de loi, ou existe-t-il un autre élément déclencheur? Vous avez dit que c'était la déclaration du premier ministre selon laquelle il n'exercerait pas

resting your case of the Prime Minister's statement that he will not exercise his prerogative, or on the cumulative number of vacancies?

Mr. Smith: I think it is the former and not the latter. It seems to have been stated as a public policy. My analogy then is to the courts. If the same thing were done with the courts and the prime minister said he would not appoint judges and starve the courts of personnel that would bring the rule of law and the administration of the courts into disrepute. How, then, is it different with regard to the Senate? Obviously it is different in many ways, but how is it in principle different from the Senate? I would put to one side my view or anyone else's view about reform of the Senate. That is a separate matter. The consequences of action or, in this instance, inaction are actually almost palpable given what was said a few minutes ago when the other witnesses were here.

I cannot see a difference in principle. Is it possible for the chief adviser of the Crown not to give advice when in fact it is only on advice that you have democratized our system of government? How then can you not give advice? I do not think discretion extends to not doing something. It has a breadth of range of things you may do, but I do not think it includes doing nothing.

Senator Murray: What is the remedy?

Mr. Smith: Maybe I need to take longer to work it out. I respect Senator Moore and the proposed amendment. I think it is always easy with the unwritten constitutional question of conventions to say these are small things that no one understands and they really do not matter. It does matter. It matters fundamentally. However, this is the weak position because you are forced to argue about something that is difficult to see why it matters. Ultimately, it comes down to this being a constitutional monarchy. It is the representative of the sovereign that performs the actions on advice. We used to teach about responsible government and its achievement.

It was through this kind of advice that the Governor General acted. If you do not give the advice, where are you? It seems to me that the system grinds to a halt. There is a paralysis. It is not only that there are not more senators. There is a paralysis elsewhere.

There is another aspect of this. Parliament has three components and at least two are affected by not doing this. It detrimentally affects the Crown; it detrimentally affects the Senate; and it affects the House to some degree through the Prime Minister.

It is sufficiently significant that it needs to be made a matter of a resolution. I do not think constitutional amendments should be made this way unless it is fully clear that is what we are doing. This almost disguises that fact, either deliberately or inadvertently by following this route. It is much more important than that.

sa prérogative. Vous fondez-vous — sur la déclaration du premier ministre selon laquelle il n'exercerait pas sa prérogative ou sur le nombre croissant de postes vacants au Sénat?

M. Smith : Je pense que c'est le premier argument et non le deuxième. Il semble que cette déclaration ait été prononcée en tant que politique officielle. J'ai ensuite fait une analogie avec les tribunaux. Si le même cas se présentait pour ceux-ci, à savoir que le premier ministre déclarait qu'il ne nommerait pas de juges et laisserait les cours aux prises avec un manque de personnel, cela jetterait le discrédit sur la primauté du droit et sur l'administration de la justice. Pourquoi, alors, en serait-il autrement du Sénat? Manifestement, il y a de nombreuses différences entre les deux instances, toutefois, comment, en principe, la situation serait-elle différente de celle du Sénat? Je mettrai de côté mon point de vue ou le point de vue de quiconque sur la réforme du Sénat. C'est une tout autre question. Les conséquences des actions ou, en l'occurrence, de l'inaction sont en fait presque tangibles d'après ce qui a été dit il y a quelques minutes par les autres témoins.

Je ne vois pas de différence de principe. Le conseiller en chef de la Couronne peut-il ne pas conseiller quand, en réalité, c'est sur conseil uniquement que notre système de gouvernement a été démocratisé? Comment alors peut-on ne pas conseiller? Je ne pense pas que le pouvoir discrétionnaire aille jusqu'au droit de ne rien faire. Il permet de faire toutes sortes de choses, mais je ne crois pas qu'il confère le droit de ne rien faire.

Le sénateur Murray : Quel est le remède?

M. Smith : Je dois sans doute prendre plus de temps pour l'exposer. Je respecte le sénateur Moore et l'amendement proposé. Je crois qu'il est toujours facile, à propos des éléments non écrits de la Constitution comme les conventions, de dire qu'il s'agit de petites choses que personne ne comprend et qui n'ont pas vraiment d'importance. Mais ces éléments sont importants. Ils sont d'une importance fondamentale. C'est toutefois une position d'infériorité puisqu'il s'agit de défendre une cause dont il est difficile de saisir l'importance. En fin de compte, tout vient du fait que nous sommes dans une monarchie constitutionnelle. C'est le représentant du souverain qui agit selon les conseils. Notre programme d'enseignement portait sur le gouvernement responsable et sur ses résultats.

C'est sur ce type de conseil que le Gouverneur général agit. Si vous ne conseillez pas, qu'arrive-t-il? Il me semble que la machine s'arrête. C'est la paralysie. Ce n'est pas seulement qu'il n'y a pas plus de sénateurs. La paralysie touche d'autres secteurs.

Voici un autre aspect de la question. Le Parlement est composé de trois éléments et au moins deux sont touchés par cette inaction. Cela nuit à la Couronne; cela nuit au Sénat et cela touche, dans une certaine mesure, la Chambre des communes par l'intermédiaire du premier ministre.

La question est suffisamment importante pour faire l'objet d'une résolution. Je ne pense pas qu'on devrait apporter des modifications à la Constitution de cette manière, à moins qu'on le fasse savoir clairement. Cette façon de faire masque la réalité, délibérément ou par inadvertance. La question est beaucoup

Prime ministerial discretion is an important aspect of our Constitution and has always been. To ignore that by an ordinary amendment undervalues what is occurring here.

Senator Andreychuk: The Prime Minister has said he will not exercise his prerogative and you used the judges as an example. Consider that the prime minister says I am not going to appoint any other judges because I want to put in place a different, more meritorious system of appointing judges. The prime minister may set a quasi-judicial group of police or former police, lawyers and some members of the public at large. That process may take some time to work its way through. It is not a prime minister saying I will not appoint judges because I am going to starve the system.

Is that not similar when you have a prime minister who says I am not going to make appointments because I want to have an election process in place?

Mr. Smith: These matters are far too important for prime ministers to determine in a democracy. Our historic way of dealing with these matters has been things such as white papers and royal commissions. These are fundamental to the way we govern ourselves and not to be determined by a single individual despite recognizing that prime ministers have great power and necessarily so in many instances. However, that does not mean there are no limits to prime ministerial powers.

I certainly could not see that an analogous situation regarding the courts in which there would be no comment. The courts must function; that is a fundamental test of whether government is working and they cannot function if the judiciary does not properly staff them. Presumably, the same applies to the Senate. This is separate from the question of wanting a reformed Senate which many people do. Some people may want to abolish the Senate, but that is different from this question.

Senator Andreychuk: It seems to me that one remedy would be the next election. I am more confident that people understand issues. I think that if we have ground to a halt, would not this be a matter of discussion? Different parties could take this up as an intensely important democratic issue to bring to the electorate in the next election?

Ms. Smith: Yes, I think the purpose of Parliament is to take notice, to inform and to scrutinize. I am not sure that excludes doing something else prior to an election.

Senator Andreychuk: I am building on this because you said resolution might be the way to do it. It seems this follows that line of reasoning.

Senator Joyal: Professor Smith, if you conclude that there is a constitutional duty to advise, then what is the sanction of the breach in our institution to say the constitutional principles that are ours?

plus importante que cela. Le pouvoir discrétionnaire du premier ministre est, et a toujours été, un aspect important de notre Constitution. L'ignorer en faisant adopter un simple amendement, c'est sous-estimer ce qui se passe ici.

Le sénateur Andreychuk : Le premier ministre a dit qu'il n'exercerait pas sa prérogative et vous avez pris pour exemple les juges. Supposez que le premier ministre dise : « Je ne vais pas nommer d'autres juges parce que je veux mettre en place un autre système de nomination des juges, plus fondé sur le mérite. » Le premier ministre peut mettre sur pied un groupe quasi-judiciaire composé de policiers, d'anciens policiers, d'avocats et de membres du grand public. Ce processus pourrait prendre du temps à se mettre en place. Le premier ministre ne dit pas qu'il ne nommera pas de juges parce qu'il veut priver le système de personnel.

N'est-ce pas la même chose lorsqu'un premier ministre dit qu'il ne nommera pas d'autres sénateurs parce qu'il souhaite la mise en place d'un processus électoral?

M. Smith : Ces questions sont bien trop importantes pour qu'un premier ministre les tranche dans une démocratie. Depuis toujours, nous traitons ce genre de question en ayant recours aux livres blancs ou aux commissions d'enquête parlementaires. Ces questions sont fondamentales pour la façon dont nous nous gouvernons et ne doivent pas être tranchées par un seul individu, même s'il faut reconnaître que les premiers ministres ont beaucoup de pouvoir et que ce pouvoir est nécessaire à bien des égards. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de limites aux pouvoirs du premier ministre.

Je ne pourrais certainement pas imaginer qu'une situation semblable concernant les tribunaux puisse être ignorée. Les tribunaux doivent fonctionner; ils sont le reflet du fonctionnement du gouvernement et ils ne peuvent pas fonctionner si l'appareil judiciaire n'y affecte pas le personnel nécessaire. On peut penser que le même principe s'applique au Sénat. Cela n'a rien à voir avec le fait qu'on veuille ou non réformer le Sénat, ce que beaucoup souhaitent. Certains voudraient même abolir le Sénat, mais là n'est pas notre propos.

Le sénateur Andreychuk : Il me semble que la prochaine élection pourrait permettre d'apporter une solution. Je suis certain que les gens comprennent les problèmes. Si la machine est paralysée, la question ne mériterait-elle pas d'être débattue? Les différents partis pourraient considérer qu'il s'agit d'une question d'une extrême importance sur le plan démocratique, qui doit être soumise aux électeurs lors de la prochaine élection.

M. Smith : Oui, je pense que le rôle du Parlement est de prendre connaissance des dossiers, de les réviser en profondeur et d'informer. Cela n'exclut pas nécessairement qu'il fasse autre chose avant une élection.

Le sénateur Andreychuk : J'insiste sur cet aspect parce que vous avez dit qu'une résolution serait peut-être le moyen de régler la question, ce qui semble suivre le même raisonnement.

Le sénateur Joyal : Monsieur Smith, si vous concluez qu'il y a un droit constitutionnel de conseiller, quelle infraction y a-t-il à ce que notre institution énonce les principes constitutionnels qui sont les nôtres?

Let me suggest an approach. The Supreme Court has ruled that conventions are a very important part of our Constitution. The *Patriation Reference* ruled that there was no specific responsibility under the Constitution for the government to seek provincial concurrence. Nevertheless there has been a convention established in the opinion of the court. The court ruled, not in unanimity, but with more than 50 per cent. The court came to the conclusion after reviewing historical precedents in the way former provincial and federal governments have behaved.

The court concluded that it could not prevent the federal government from proceeding with the resolution, but that the resolution would be illegitimate. The Prime Minister of the time called another meeting and there was an agreement.

Would it not be a possible for a province to seek a reference to its Court of Appeal stating that the Prime Minister has a constitutional duty to advise and asking its court to pronounce on that duty? The court pronouncing would probably not grant an injunction against the Prime Minister to advise, because it is not the proper procedure under our constitutional principle. However, the court can conclude, as you did, that there is a constitutional duty to advise. For that very principle of institutional integrity, as long as the Constitution remains the same, the Prime Minister has to abide by those principles. The Prime Minister has to abide by those principals or seek the respective level of concurrence from the other parts of the Constitution to come to terms with it. Professor Desserud mentioned section 42 or section 44, depending on the level of the changes that are sought. Is that not one way for that constitutional duty to be sanctioned by the court when there is a breach of it?

Mr. Smith: Although I am not a lawyer, it is my understanding that the provincial governments go to their Courts of Appeal, as the previous government of the Province of Saskatchewan submitted to the Court of Appeal the question of equalization. With regard to patriation, three provincial Courts of Appeal examined this right; that is the root.

It seems to me the plaintiff, although that is a wrong language in a reference, or the initiator would be a provincial government. While there are senatorial regions, the senators are assigned to provinces. Nova Scotia and British Columbia only have three senators. It would seem to me one argument would be that we only have 50 per cent of the number of senators.

There have been delays in the past, but going back to the point about it being a public policy, if indeed that can be verified, which I think it can, then that would be the argument for going to the Court of Appeal and then the Court of Appeal rendering its opinion on this matter as to whether indeed there is a constitutional duty to advise and that the chief adviser to the Crown is derelict in not giving this advice. I am not quite sure after that what happens.

Senator Joyal: It is in the court of public opinion.

Permettez-moi de suggérer une approche. La Cour suprême a statué que les conventions sont une partie très importante de notre Constitution. Le *Renvoi relatif au rapatriement* de la Constitution a statué que le gouvernement n'avait aucune obligation particulière, en vertu de la Constitution, d'obtenir l'approbation des provinces. La cour estimait néanmoins qu'il existait une convention en ce sens. Elle a statué, pas à l'unanimité, mais à plus de 50 p. 100. La cour en est arrivée à une conclusion après avoir examiné les précédents historiques, à savoir la façon dont ont agi les anciens gouvernements provinciaux et fédéral.

La cour a conclu qu'elle ne pouvait pas empêcher le gouvernement fédéral d'aller de l'avant avec la résolution, mais que cette résolution n'aurait aucune légitimité. Le premier ministre de l'époque a convoqué une autre réunion, et une entente a été conclue.

Une province ne pourrait-elle pas saisir d'un renvoi sa cour d'appel déclarant que le premier ministre a le devoir constitutionnel de conseiller et demander à sa cour d'appel de se prononcer sur ce devoir? Le verdict de la cour n'entraînerait probablement pas une injonction de consulter contre le premier ministre parce que ce n'est pas la procédure adéquate en vertu de notre principe constitutionnel. En revanche, la cour peut conclure, comme vous l'avez fait, à l'existence d'un devoir constitutionnel de conseiller. Au nom de l'intégrité institutionnelle, tant que la Constitution demeure la même, le premier ministre doit respecter les principes. Il doit respecter les principes ou obtenir les approbations nécessaires des autres parties prenantes à la Constitution. M. Desserud a mentionné l'article 42 ou l'article 44, selon l'ampleur des modifications recherchées. N'est-ce pas là un moyen de faire sanctionner par les tribunaux tout manquement à ce devoir constitutionnel?

M. Smith : Bien que je ne sois pas juriste, je crois comprendre que les gouvernements provinciaux ont recours à leurs cours d'appel, comme l'a fait le précédent gouvernement de la Saskatchewan sur la question de la péréquation. Quant au rapatriement de la Constitution, trois cours d'appel provinciales ont examiné le dossier; voilà la base.

Il me semble que le demandeur, bien qu'il s'agisse d'un terme inadéquat dans un renvoi, ou l'instigateur, serait un gouvernement provincial. Il y a des divisions sénatoriales, mais les sénateurs sont affectés à des provinces. La Nouvelle-Écosse et la Colombie-Britannique n'ont que trois sénateurs. Je dirais comme argument que nous n'avons que 50 p. 100 du nombre de sénateurs.

Il y a eu des retards dans le passé, mais revenir au point d'en faire une politique d'intérêt public, si cela peut effectivement être vérifié, ce qui me semble possible, il s'agirait alors de l'argument qui justifierait la présentation de cette question à la Cour d'appel, qui déterminerait alors s'il existe effectivement le devoir constitutionnel d'offrir des conseils et si le conseiller en chef de la Couronne fait preuve de négligence en ne fournissant pas ces conseils. Je ne suis pas certain de ce qui se passe par la suite.

Le sénateur Joyal : La question se retrouve à la cour de l'opinion publique.

Mr. Smith: There is a court of public opinion. In parliamentary systems, it is the political dynamic that takes over, the public opinion, the media and so forth — not so much the law but public opinion.

Senator Joyal: As I said, according to our principles, a court cannot grant an injunction against an adviser to the Crown.

The Chair: There is, to the best of my knowledge, no rule against BlackBerrys in committee, although there is a rule against BlackBerrys in the Senate chamber. We have had a Speaker's ruling about that. The general rule is, unless otherwise specified, proceedings and demeanour in committee follow the rules in the chamber.

I have until very recently not had occasion to think that BlackBerrys were actually impeding the functioning of the committee, and I would ask all senators to govern themselves accordingly.

As we were. Had you concluded, sir?

Mr. Smith: Yes, I have concluded on that point.

Mr. Desserud: It is actually a very simple solution but you will think it outrageous when I tell you. If the Prime Minister were not performing the functions that he is supposed to perform, then the prerogative of the Governor General would kick in. The Governor General does not have to wait for advice.

If that ever happened, and she ever exercised that prerogative, it would precipitate a massive constitutional crisis because we would not know what to do. That is still the law of the land. The Governor General does not have to wait, and a court ruling as you described could clarify that situation. That is not so much ordering somehow how to advise but it is clarifying the legal position of the Governor General with respect to the Constitution in making those appointments. That is still open.

I am not suggesting that this is a smart thing to do. One of the advantages of the Westminster model we follow is that we tend to favour political solutions over legal solutions to these problems, so probably this situation will work itself out through the political machinery including, as Senator Andreychuk said, in the next election.

There are other solutions beyond that, and I am sure you have thought of them, not the least of which is something similar, a joint address to the Crown requesting that something be done. That is a legal possibility for Parliament. Whether that is politically possible is another question.

There is the availability of the partisan senators to rally the opposition parties in the House of Commons to force a non-confidence vote. Your suggestion, Senator Joyal, of asking a province or consulting with a province to see whether they can make their own reference case is perfectly legitimate. Again,

M. Smith : Il y a une cour de l'opinion publique. Dans les régimes parlementaires, la dynamique politique l'emporte, à savoir l'opinion publique, les médias et ainsi de suite — pas le droit, mais plutôt l'opinion publique.

Le sénateur Joyal : Comme je l'ai dit plus tôt, selon nos principes, une cour ne peut pas adresser une injonction contre un conseiller de la Couronne.

La présidente : Il n'y a, pour autant que je sache, aucun règlement qui interdit les BlackBerry dans les salles de comité, même s'il en existe un qui les interdit dans la salle du Sénat. Une décision de la présidence a été prise à ce sujet. En règle générale, sauf avis contraire, les procédures et les comportements dans les comités sont ceux de la Chambre.

Je n'ai jamais pensé jusqu'à très récemment que les BlackBerry nuisaient au déroulement des activités du comité, et j'aimerais que tous les sénateurs agissent en conséquence.

Poursuivons. Aviez-vous terminé?

M. Smith : Oui, j'ai terminé mon intervention pour ce point.

M. Desserud : Il y a en fait une solution très simple, mais vous allez la trouver scandaleuse lorsque je vous aurai dit de quoi il s'agit. Si le premier ministre n'assumait pas ses fonctions, la prérogative de la Gouverneure générale entrerait alors en vigueur. Elle n'a pas besoin d'attendre des conseils.

Si cela se produisait, et si elle exerçait ce droit, cela entraînerait rapidement une crise constitutionnelle parce que nous ne saurions pas quoi faire. Cela demeure la loi du pays. La Gouverneure générale n'a pas à attendre, et une décision judiciaire, comme vous l'avez décrit, éclaircirait la situation. Il ne s'agit pas réellement de dire à quelqu'un comment fournir des conseils, mais plutôt d'éclaircir la position juridique de la Gouverneure générale en ce qui a trait à la Constitution lorsqu'il faut faire les nominations. Le dossier demeure ouvert.

Je ne veux pas dire qu'il s'agit là d'un geste sensé. Un des avantages du modèle traditionnel britannique que nous avons adopté, c'est que nous favorisons les solutions politiques au lieu des solutions juridiques pour ce genre de problèmes. Cette situation va donc probablement se régler d'elle-même par l'entremise du régime politique, ce qui comprend, comme l'a dit le sénateur Andreychuk, la tenue de la prochaine élection.

Il y a d'autres solutions, et je suis certain que vous y avez pensé, y compris quelque chose de semblable, c'est-à-dire une adresse du Sénat et de la Chambre des communes à la Couronne pour demander une intervention. Il s'agit d'une possibilité juridique pour le Parlement. Il reste à savoir si cela est possible sur le plan politique.

De plus, les sénateurs partisans peuvent rallier les partis de l'opposition à la Chambre des communes pour qu'ils exigent un vote de censure. Votre suggestion, sénateur Joyal, de demander à une province d'intervenir ou de la consulter pour déterminer si elle peut établir son propre renvoi est parfaitement légitime. Ne

please do not think I am recommending such a course of action, but when a crisis is imposed on you, you can react in kind so you force your crisis back.

Having said all that, I am a little alarmed by how seriously we are taking the words of the Prime Minister when he says he intends not to do X, Y and Z. Are these policy or political statements? If they were said during an election campaign, we would take them one way. If they were said in this environment, how serious are they?

Before we jump into crisis management, which I seem to be good at, as I said, I would like to see the situation calm down a bit and perhaps see what will happen. This legislation is interesting. It will provoke more questions. If it gets to the House of Commons and goes through committee there, many interesting questions will be raised. To me, that would be the safest course of action, to let the legislation proceed and see what occurs. I am not as alarmed as I think others might be.

Senator Milne: Professor Smith, you are against this bill, but you have not offered us any solutions. As we are living in the effects of the Prime Minister's present inaction, what do we do when the Prime Minister refuses to do his duty? This is not just a prerogative of the Prime Minister. This is, as you said in your presentation, the constitutional duty of the Prime Minister. You are saying that our hands are tied and just let the things fall out as they may.

Mr. Desserud has suggested a few other approaches to deal with it, and one of them is letting this bill proceed to see what comes of it.

We are not too likely to get a presentation to the Governor General from both Houses of Parliament. That is highly unlikely. Would this bill, in effect, have the effect of shaming the Prime Minister into actually doing something?

Mr. Smith: I could not speak to that. I have never met the Prime Minister.

The gist of my comments was that this issue is very important and central. As my colleague says, one must be clear that this is not a false issue.

If it is not, I think it is an extremely important one, more important than I think an amendment to an existing statute would suggest as a remedy. Although I do not see what the Senate itself could do, I would prefer that a province would seek a reference opinion from its Court of Appeal. It is the province whose interests are affected directly. What a court would say, I have no idea; but I think that would be the remedy; and it would be the remedy on several grounds. One is that it would be a very public one. That is important in the sense of informing and making the issue clear to the public. Senator Andreychuk has suggested, perhaps, in an election. That could be a second extreme.

pensez pas que je recommande la prise de telles mesures, mais si on vous impose une crise, vous pouvez réagir de la même manière pour la repousser.

Cela dit, je suis un peu alarmé par le degré de gravité accordé aux propos du premier ministre lorsqu'il dit qu'il a l'intention de ne pas faire telle ou telle chose. S'agit-il de déclarations stratégiques ou politiques? Si elles étaient faites durant une campagne électorale, nous les interpréterions d'une certaine façon. Si elles étaient faites dans ce contexte, quel serait leur degré de gravité?

Avant de passer à la gestion des crises, domaine que je semble bien maîtriser, comme je l'ai dit, j'aimerais que la situation se calme un peu et ensuite voir ce qui va se produire. Cette loi est intéressante et elle va entraîner d'autres questions. Si la Chambre des communes en est saisie et si un comité l'examine, de nombreuses questions intéressantes seront soulevées. À mon avis, ce serait la façon de faire la plus sûre, c'est-à-dire laisser le projet de loi poursuivre son cours et voir ce qui va se passer. Je ne suis pas aussi inquiet que d'autres personnes semblent l'être à ce sujet.

Le sénateur Milne : Monsieur Smith, vous êtes contre ce projet de loi, mais vous ne nous avez pas offert de solution. Puisque nous subissons les effets de l'inaction actuelle du premier ministre, que devons-nous faire quand il refuse de faire son devoir? Il ne s'agit pas simplement d'une prérogative du premier ministre. C'est, comme vous l'avez mentionné dans votre exposé, un devoir constitutionnel du premier ministre. Vous dites que nous ne pouvons rien faire et qu'il faut laisser faire les choses.

M. Desserud a proposé d'autres approches pour faire face à cette situation, notamment de laisser passer ce projet de loi pour voir ce qu'il va en découler.

Il est peu probable que les deux Chambres du Parlement présentent un exposé à la Gouverneure générale. C'est en fait très peu probable. Ce projet de loi, dans les faits, couvrirait-il de honte le premier ministre, le forçant ainsi à agir?

M. Smith : Je ne sais pas. Je n'ai jamais rencontré le premier ministre.

Grosso modo, je voulais dire que cet enjeu est très important et fondamental. Comme l'a dit mon collègue, il faut s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une fausse alerte.

S'il s'agit d'une situation réelle, je pense qu'elle est extrêmement importante, et à mon avis, si importante qu'il ne suffirait pas de modifier une loi existante pour pouvoir la régler. Bien que je ne voie pas ce que le Sénat puisse faire, je préférerais qu'une province demande une opinion à sa Cour d'appel. Ce sont les intérêts de la province qui sont directement touchés. Je ne sais pas ce que dirait une cour, mais je pense qu'il s'agirait de la solution attendue, et ce, à plusieurs niveaux. D'abord, ce serait un enjeu très public, ce qui est important pour informer le public et lui présenter clairement cet enjeu. Le sénateur Andreychuk a déclaré que cette situation se réglerait, peut-être, dans le cadre d'une élection. Cela pourrait être une autre solution extrême.

As I said earlier, matters of convention are subtle and often difficult to articulate. A Court of Appeal would be a better forum to canvass the range of the issues.

Senator Moore: Mr. Smith, I listened to your answers to Senator Milne. I still do not know what your answer is regarding an alternative. Are you suggesting that we simply submit to this policy by this Prime Minister vis-à-vis the Senate aspect of the bill?

Mr. Smith: I support the intent, the principle or the motive behind the impending legislation. I think the issue is more central than the remedy that is being suggested. Perhaps one has to take a less overt action, but I do not think it is a desirable one. I would much prefer to see the issue of the convention of advice examined and pronounced upon rather than working this route.

Senator Moore: The Parliament of Canada Act already constrains the Prime Minister. He has to call a by-election within 180 days. If that is the situation with the House of Commons, why is it wrong for the same situation to prevail vis-à-vis the Senate?

Mr. Smith: It is not wrong, but it is substantively different. What is happening with regard to the Senate and the inaction of the Prime Minister is to alter the Senate in its fundamental character by not appointing senators. That seems to me be quite different as to when a by-election is held for a vacancy for a seat in the House of Commons.

Senator Moore: It is still a constraint on the discretion of the Prime Minister on both issues; a constraint is a constraint regardless of which House.

Mr. Smith: Again, I am not necessarily in favour of constraint of discretion. If the idea is that the Prime Minister should have no discretion, I would not support that. I think the prime ministerial government requires discretion. I think you need to have that. The question is how much discretion and what context. Are there to be some limits? However, I am not opposed to discretion. I do not think the parliamentary system can work without prime ministerial discretion.

Senator Moore: Do you mean unfettered or unlimited discretion? I am not just speaking of this Prime Minister, but past prime ministers as well. I am speaking about prime ministers of any stripe. I do not think it is right. That is why I took this initiative.

Mr. Smith: You do not think discretion is right?

Senator Moore: I do not think the time that they were taking was right. I felt the prime ministers were taking too long to fill the positions and in taking that time were not fulfilling the constitutional rights of Canadians to have representation in the Houses.

Comme je l'ai dit plus tôt, les questions de convention sont subtiles et souvent difficiles à exprimer clairement. Une Cour d'appel serait un forum qui conviendrait davantage à l'examen de l'ampleur des enjeux.

Le sénateur Moore : Monsieur Smith, j'ai écouté les réponses que vous avez données au sénateur Milne. Je ne sais toujours pas quelle est votre réponse concernant les solutions de rechange. Proposez-vous de simplement suivre la politique du premier ministre en ce qui a trait à l'aspect de ce projet de loi qui touche le Sénat?

M. Smith : J'appuie l'intention, le principe ou le motif sous-jacent à la loi imminente. Je pense que l'enjeu est plus fondamental que le recours proposé. Peut-être faut-il prendre des mesures moins évidentes, mais je ne pense pas que cela soit souhaitable. Je préférerais nettement qu'on examine l'enjeu de la convention relative aux conseils et qu'on se prononce à ce sujet au lieu de vouloir suivre davantage cette voie.

Le sénateur Moore : La Loi sur le Parlement du Canada exerce déjà des contraintes sur le premier ministre. Il a 180 jours pour déclencher une élection partielle. Si c'est le cas pour la Chambre des communes, pourquoi cette situation ne devrait-elle pas s'appliquer dans le cas du Sénat?

M. Smith : Elle peut s'appliquer, mais la situation est nettement différente. Ce qui se passe concernant le Sénat et l'inaction du premier ministre, c'est que l'on modifie les fondements du Sénat en ne nommant pas les sénateurs. Cela me semble très différent du choix de la date d'une élection partielle pour combler un siège vide à la Chambre des communes.

Le sénateur Moore : C'est tout de même une contrainte quant au pouvoir discrétionnaire du premier ministre sur les deux questions. Une contrainte est une contrainte, peu importe la Chambre qu'elle vise.

M. Smith : Je le répète, je ne suis pas nécessairement en faveur des contraintes relatives au pouvoir discrétionnaire. Je ne suis pas d'accord pour que le premier ministre n'ait pas de pouvoir discrétionnaire. Je crois que c'est une nécessité. Il faut déterminer le degré de pouvoir discrétionnaire et préciser le contexte. Doit-il y avoir des limites? Par contre, je n'ai rien contre le pouvoir discrétionnaire. Je ne crois pas qu'un système parlementaire puisse fonctionner sans le pouvoir discrétionnaire du premier ministre.

Le sénateur Moore : Voulez-vous dire un pouvoir discrétionnaire sans entrave ou sans limite? Je ne parle pas seulement du premier ministre actuel, mais aussi des premiers ministres précédents, peu importe leur parti politique. Je crois que ce n'est pas correct. C'est pourquoi j'ai pris cette initiative.

M. Smith : Vous vous opposez au pouvoir discrétionnaire?

Le sénateur Moore : Je m'oppose au temps qu'ils prenaient. Je crois que les premiers ministres prenaient trop de temps pour combler les vacances et que, ce faisant, ils ne respectaient pas les droits constitutionnels des Canadiens d'avoir des représentants dans les deux Chambres.

Mr. Smith: The current limit on the Prime Minister concerning the House of Commons came about because of public opposition; there was a lot of criticism in the House 20 years ago or so that the government was derelict in that regard.

Senator Moore: It did not account for the sequential calling of by-elections, which has been an abuse by all prime ministers since the clean up that you are talking about 20 or so years ago.

Mr. Smith: If you will have a requirement that there be by-elections, the filling by sequence of vacancies seems to be a reasonable procedure to follow; if you are going to have a statutory requirement that they be filled. I cannot see a principled reason to oppose that. My principal argument is with regard to discretion; I do not object to prime ministerial discretion.

Senator Moore: I wondered what your thoughts would be if did the reverse — if we were lengthening out the time period. Would we be doing that? I do not think so.

Mr. Smith: No, we would not.

Mr. Desserud: There is always a problem when we are dealing with these constitutional issues, particularly issues dealing with conventions. One, we look at the issue of whether a certain action should or should not occur, is it the right thing to do, should people do it and are they being a good person if they do it or not. The second issue is do we have the constitutional mechanism or power to force the person to do what we think is the right thing?

The two issues are separate and they are not easy to keep separate. Morally, the senator is correct: If the Prime Minister is not making Senate appointments to undermine deliberately the integrity of the Senate, then that is immoral. Do we have a remedy within our Constitution to prevent that action? No, we do not have a very good one. The fact that we do not speak to the problem we have with our Constitution, including, may I say it, the very way in which we select our Governors General. We have not dealt with these things. I had a list of possible solutions when you were speaking earlier.

This solution is from the political scientist. We love constitutional conferences. I know no one else does but I miss those days. Maybe that is what we need. It is not just this issue; there are so many of these issues that include fixed date elections, which I have spoken about before, the electing of senators, the possible electing of senators, et cetera. There are lots that are in the hopper. I think maybe it is time for another round.

Senator Murray: Mr. Smith says he is not against discretion. I take it that he is not against placing limits on prime ministerial discretion, but that the issue is what limits and in what context and therefore, the issue before us will be whether the limits proposed by Senator Moore are reasonable, in a free and democratic society.

M. Smith : La limite actuelle imposée au premier ministre concernant la Chambre des communes est issue de l'opposition publique. Il y a de cela environ 20 ans, le gouvernement a fait l'objet de vives critiques voulant qu'il soit négligant à cet égard.

Le sénateur Moore : Cette limite ne tenait cependant pas compte du déclenchement séquentiel d'élections partielles, dont tous les premiers ministres ont abusé depuis le redressement dont vous parlez, qui date de 20 ans environ.

M. Smith : Si l'on exige la tenue d'élections partielles, combler les vacances de façon séquentielle semble être une façon raisonnable de fonctionner, à condition d'imposer une obligation légale de combler les vacances. Je ne vois aucune raison justifiée pour m'y opposer. Mon argument principal porte sur le pouvoir discrétionnaire; je ne m'oppose pas au pouvoir discrétionnaire du premier ministre.

Le sénateur Moore : Je me demande ce que vous penseriez si nous faisions l'inverse; c'est-à-dire chercher à prolonger le délai accordé. Nous ne ferions pas cela, n'est-ce pas? Je ne le crois pas.

M. Smith : Non, nous ne le ferions pas.

M. Desserud : Il y a toujours un problème lorsqu'on traite de ces questions constitutionnelles, en particulier les questions qui traitent de conventions. Premièrement, nous déterminons si une chose devrait ou non se produire, si c'est la chose honorable à faire, si les gens devraient la faire et s'ils agissent correctement s'ils la font ou non. Deuxièmement, nous établissons si nous avons le mécanisme ou le pouvoir constitutionnel de forcer une personne à faire ce qui selon nous est la chose honorable à faire.

Les deux questions sont distinctes et il est difficile de maintenir cette distinction. Sur le plan moral, le sénateur a raison : si le premier ministre, en ne nommant pas de sénateur, agit délibérément afin de miner l'intégrité du Sénat, c'est immoral. Avons-nous un recours dans la Constitution pour prévenir cela? Non, nous n'en avons pas de très bons. C'est justement le fait que nous n'en avons pas qui révèle le problème de notre Constitution, y compris, si j'ose dire, le problème lié à notre façon de choisir nos gouverneurs généraux. Nous n'avons pas abordé ces questions. J'avais une liste de solutions possibles lorsque vous parliez plus tôt.

Ma solution est celle du politologue. Nous, les politologues, adorons les conférences constitutionnelles. Je sais que je suis bien le seul, mais cette époque me manque. C'est peut-être ce qu'il nous faut. Il ne s'agit pas seulement de la question abordée aujourd'hui, il y en a tant d'autres, notamment la tenue d'élections à une date fixe, dont j'ai déjà parlé, l'élection des sénateurs, la possibilité d'élire des sénateurs, et d'autres encore. Il y a beaucoup d'enjeux de la sorte en cause. C'est peut-être le temps d'une autre série de conférences constitutionnelles.

Le sénateur Murray : M. Smith affirme ne rien avoir contre le pouvoir discrétionnaire. J'en conclus qu'il ne s'oppose pas à l'imposition de limites au pouvoir discrétionnaire du premier ministre, mais qu'il faut déterminer les limites et le contexte; par conséquent, il faut savoir si les limites proposées par le sénateur Moore sont raisonnables dans une société libre et démocratique.

Not enough focus has been paid to the fact that Senator Moore, a Liberal, and his Liberal colleagues are proposing and supporting a bill which, if it is passed in a timely fashion, would result in the appointment of 20 or 30 Conservatives to the Senate. For sheer high-mindedness, it would be hard to find anything exceeding that in our history.

As far as the government's long-term intentions on Senate reform are concerned, I think it has to be observed that a lot of this is more apparent than real.

The government brought in a bill to the House of Commons on Senate tenure on November 13, I believe. They brought it forward in February for a day's debate and nothing has been heard of it since. They brought a bill in November on so-called Senate consultative elections. By February, they remembered it was there and they brought it forward for a bit of debate, whereupon it was sent to a legislative committee, which has been examining it in fits and starts ever since. I think it is fair to make the point that the Senate reform initiatives of the government are not a very high priority.

Senator Moore: It is not as good as this.

Senator Murray: It is not as good as my constitutional resolution to improve the Western Senate.

Senator Andreychuk, an election, whatever it produces, will not force provinces to hold Senate elections. A federal election will not force them to do so and I do not know how many are thinking of it.

I do know, because I informed the Senate 18 or 20 years ago when I was in a position to do so, that it was the view of the government, on advice, that the Alberta legislation for Senate elections was ultra vires from stem to stern, not just in one or two respects. My reading as a layman of the legal documents relating to that was and is that it will be very difficult for a provincial government to come up with Senate election legislation that was intra vires that province. We are going nowhere there.

As for this abomination called Senate consultative federal elections that has been brought in by the government, three provinces, I think I am correct, have already indicated that not only will they not hold those elections but that if the bill goes through and gets Royal Assent, they will go to court to challenge it. I think it is Quebec, New Brunswick and Ontario. The quick route, of course, if the government were serious about Senate reform, would be to send that bill to the Supreme Court of Canada immediately for a judgment as to whether it is intra vires the federal Parliament acting unilaterally.

One of the reasons I support this bill of Senator Moore is that the Prime Minister has declared it as his intention, and I take it seriously, that he will not fill Senate vacancies unless candidates

Nous ne nous sommes pas suffisamment penchés sur le fait que le sénateur Moore, un libéral, et ses collègues libéraux, proposent d'appuyer un projet de loi qui, s'il est adopté en temps utile, mènera à la nomination de 20 à 30 conservateurs au Sénat. En fait de noblesse d'âme, il serait difficile de trouver mieux dans toute notre histoire.

En ce qui concerne les intentions du gouvernement à long terme à l'égard de la réforme du Sénat, je crois qu'il faut noter que c'est plutôt une question d'apparence que de réalité.

Le gouvernement a présenté un projet de loi à la Chambre des communes sur la durée des mandats des sénateurs le 13 novembre, je crois. Ce projet a été abordé en Chambre en février pour un débat d'une journée et plus rien n'a été mentionné par la suite. De plus, toujours en novembre, un projet de loi sur de soi-disant élections sénatoriales consultatives a été présenté. En février, on s'est souvenu de son existence et on l'a abordé pour en débattre un peu, puis le projet de loi a été confié à un comité législatif, qui l'étudie sporadiquement depuis. Je crois que l'on peut en déduire que les projets de réforme du Sénat ne font pas partie des priorités du gouvernement.

Le sénateur Moore : Ce n'est pas aussi bon que le projet de loi à l'étude ici.

Le sénateur Murray : Ce n'est pas aussi bon que ma résolution constitutionnelle pour une meilleure représentation de l'Ouest au sein du Sénat.

Madame le sénateur Andreychuk, une élection, peu importe son résultat, ne forcera pas les provinces à tenir des élections sénatoriales. Une élection fédérale ne peut pas les forcer à le faire, et j'ignore combien de gens pensent ainsi.

Ce que je sais par contre, pour l'avoir annoncé au Sénat il y a 18 ou 20 ans, alors que j'étais en mesure de le faire, c'est que, selon le gouvernement, qui avait été conseillé à ce sujet, la loi de l'Alberta concernant les élections des membres du Sénat était *ultra vires* intégralement, et non seulement par rapport à un ou deux aspects. Mon interprétation, en tant que non-initié, des documents juridiques à ce sujet était, et est toujours, qu'il sera très difficile pour un gouvernement provincial de mettre au point une loi sur l'élection de sénateurs qui restera dans les limites du pouvoir de cette province. Nous n'aboutissons nulle part.

Pour ce qui est de cette abomination que l'on appelle élections sénatoriales consultatives, que le gouvernement a proposée, trois provinces — je crois que c'est bien ça — ont déjà indiqué que non seulement elles ne tiendront pas ces élections, mais que, si le projet de loi est adopté et qu'il obtient la sanction royale, elles le contesteront devant les tribunaux. Je crois qu'il s'agit du Québec, du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario. La solution la plus rapide, évidemment, si le gouvernement était vraiment sérieux au sujet de la réforme du Sénat, ce serait de saisir immédiatement la Cour suprême du Canada du projet de loi afin que cette dernière détermine s'il est constitutionnel que le Parlement agisse unilatéralement.

Une des raisons pour laquelle j'appuie le projet de loi du sénateur Moore, c'est que le premier ministre a fait valoir, et je le prends au sérieux, qu'il ne comblerait aucun poste de sénateur à

for the Senate are somehow elected. He is the first Prime Minister to have indicated that he will not exercise his discretion. My second reason for doing so, or one of the factors, at any rate, is that the so-called Senate reform initiatives proposed by the government are going nowhere slowly, and I think the government knows that perfectly well. What the fate of this bill will be, I do not know, but I intend to support it.

Mr. Desserud: You said something that alarmed me slightly when you suggested that if this bill were challenged on the grounds that it was interfering with the method of appointment and the prerogative of the Prime Minister to recommend, at his leisure, names of Senate candidates, that it could be interpreted as simply clarifying the advice. What alarmed me about it was the possibility that the same argument might be used to justify what I call this abomination of federal consultative Senate elections.

Mr. Desserud: You are talking about Bill C-20. I just finished a paper on Bill C-19, and Bill C-20 became a footnote. Although I argue in that paper that the intent of Bill C-20 is clearly a violation of the method of selecting senators as indicated in the Constitution in section 42 because it restricts itself to advice, and there are authorities that have predicted such a thing will happen, the advice does not have to be followed. Since the advice does not have to be followed, it is possible it avoids that problem. It is a back door way of doing something that is not front and centre.

My main position, which I made when I was here last year about another bill, is that we have a wonderfully flexible set of amending formula in our constitution that tries to consider all contingencies, and one of those contingencies is we really do not know what the effect of the proposed amendment will be. We have a general formula that we can use, and that is what we should be using that. It is a basic constitutional principle. If in doubt, go to section 38.

Senator Murray: Are you arguing that Bill C-20 is *intra vires* the federal Parliament?

Mr. Desserud: No, I think it avoids cleverly that charge. I think it could be. I think the intention certainly is, but because it is worded carefully, it may well avoid that charge.

The Chair: I think Senator Murray is asking if you are arguing that Bill C-20 is *intra vires* the federal Parliament.

Mr. Desserud: I think it might be because of the clever wording. In intention, no, but in legal script, yes. I am not saying I like the bill, but I think they can get away with it.

Senator Milne: I understand that both of those bills are on the Order Paper for debate this week in the House of Commons, so they are finally disinterring them again. In that bill, the Prime Minister is narrowing his own prerogative. He is voluntarily narrowing his prerogative. He goes to consultative elections and

moins que les candidats ne soient élus. C'est le premier premier ministre à avoir indiqué qu'il n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire. Ma deuxième raison pour appuyer le projet de loi, ou l'un des facteurs à tout le moins, c'est que les présumés projets de réforme du Sénat proposés par le gouvernement se dirigent lentement vers une impasse, et je crois que le gouvernement le sait pertinemment. J'ignore ce qu'il adviendra de ce projet de loi, mais j'ai l'intention de l'appuyer.

Monsieur Desserud, vous m'avez un peu inquiété tantôt quand vous avez dit que, si le projet de loi était remis en question sous prétexte qu'il nuit à la méthode de nomination et à la prérogative du premier ministre de recommander des candidatures au Sénat comme bon lui semble, il serait possible de voir ce projet de loi simplement comme une façon de préciser les conseils fournis à la Gouverneure générale. Ce qui m'a inquiété, c'est la possibilité que le même argument soit utilisé pour justifier ces horribles élections sénatoriales consultatives fédérales.

M. Desserud : Vous parlez du projet de loi C-20. Je viens de terminer un document sur le projet de loi C-19, et le projet de loi C-20 est devenu sans importance. Dans le document, j'affirme que l'intention du projet de loi C-20 contrevient clairement à la méthode prévue pour la sélection des sénateurs à l'article 42 de la Constitution. Puisque le rôle se limite à formuler des recommandations, comme certains l'ont prévu, il n'est pas nécessaire de suivre ces recommandations. Par conséquent, il est possible d'éviter le problème. Il s'agit d'un moyen détourné de faire les choses.

Comme je l'ai indiqué devant vous l'an dernier au sujet d'un autre projet de loi, nous avons une excellente série de formules de modification dans notre Constitution qui cherchent à parer à toutes les éventualités. En l'espèce, nous ne savons pas vraiment quelles seront les répercussions de la modification proposée. Nous avons à notre disposition une formule générale, et nous devrions nous en tenir à celle-ci. Il s'agit d'un principe constitutionnel de base. En cas de doute, il faut se référer à l'article 38.

Le sénateur Murray : Prétendez-vous que le projet de loi respecte la compétence du Parlement?

Mr. Desserud : Non, je crois qu'il contourne habilement le problème. Il pourrait toutefois y contrevenir. Tel est le but selon moi, mais puisqu'il a été libellé avec soin, il risque de ne pas donner prise à ce genre de reproches.

La présidente : Le sénateur Murray vous a demandé, me semble-t-il, si le projet de loi C-20 respectait selon vous la compétence du Parlement.

Mr. Desserud : Peut-être que oui, parce qu'il a été formulé avec soin. Le texte, oui, mais l'intention, non. Je ne dis pas que je souscris à ce projet de loi, mais je pense qu'on pourrait réussir.

Le sénateur Milne : Il semble que les deux projets de loi en question sont inscrits au *Feuilleton* et feront l'objet d'un débat cette semaine. On les a enfin déterrés. Par l'intermédiaire de ce projet de loi, le premier ministre limite plus étroitement sa prérogative. Il le fait volontairement. Il prévoit la tenue

narrowes himself into choosing senators who have so-called been elected. This whole argument of discretion, it seems to me, falls apart.

Mr. Smith: The whole argument to maintain the integrity of the discretion falls apart because the Prime Minister is supporting a bill that would allow its limitation?

I think the question is how far may a prime minister alienate his or her discretion, and is it binding on the next? I do not think it is self-evident to me that a single prime minister can do that. Discretion is a bit like sovereignty. What can be done with regard to discretion? Can it be alienated away? I am not sure that is possible. Permanently, I am not sure that it is. If we go back to the business about law, and law being coherent and predictable, I am not sure that this lends support to that view of law.

The Chair: This committee is just endlessly interesting.

Senator Joyal: Let us go back to the *Repatriation Reference*. The reference began in 1980 when Manitoba, Quebec and Newfoundland wanted to fight the federal government. Under the convention, there was no amending formula. These provinces were opposed to the federal government initiative and wanted to stop it from moving along with its resolution. At the point in time when the federal government realized that it would be stuck with three different references from three different Courts of Appeal, it decided to make its own reference to the Supreme Court of Canada. The federal government decided to fight the provinces on the legal grounds of the interpretation of the nature of the convention.

The Supreme Court handed down its ruling and even though it was not legally binding because it interpreted the convention, it was seen as a legitimate ruling to inspire the action of the federal government. The federal government acted to seek the concurrence of at least seven provinces. Following that, there was an agreement to define the convention in a statutory, constitutional form, namely, the 7/50 amending formula that we now have in section 38 of the Constitution.

Let us take a parallel route to the situation we are in now. The federal government wants to force the provinces to adopt consultative, municipal, whatever elections. Many provinces do not want to go that route. I will speak for my own province, which is on the record many times on this issue.

I think Quebec is right not to go that route because I happen to share the views of Senator Murray that it is ultra vires; the responsibility of the provincial government under section 92. Section 92 has no residual clause except the last one, which says "all matters of a private or local nature." That has nothing to do with a local nature; it is a House of Parliament. I strongly share that view.

d'élections à des fins de consultation et limite son rôle à la nomination des sénateurs soi-disant élus. L'argument fondé sur la discrédition me paraît renversé.

M. Smith : Ainsi, l'argument voulant que l'on protège l'intégrité du pouvoir discrétionnaire peut être rejeté parce que le premier ministre appuie un projet de loi qui limiterait ce pouvoir?

Il faut, selon moi, savoir à quel point un premier ministre peut aliéner son pouvoir discrétionnaire et si une telle mesure est contraignante pour ses successeurs. Il ne va pas de soi, selon moi, qu'un premier ministre puisse prendre à lui seul une telle décision. Le pouvoir discrétionnaire est assimilable à la souveraineté. Que peut-on faire avec ce genre de pouvoir? Peut-on l'aliéner? Je ne sais pas si c'est possible, surtout de façon permanente. Si nous nous concentrons sur la loi, je ne suis pas convaincu, compte tenu du fait que la loi se veut cohérente et prévisible, que cette interprétation soit défendable.

La présidente : Les débats de notre comité sont toujours très intéressants.

Le sénateur Joyal : J'aimerais reparler du *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*. En 1980, le Manitoba, le Québec et Terre-Neuve ont voulu s'opposer au gouvernement fédéral. La convention constitutionnelle ne prévoyait aucune formule de modification. Or, ces provinces n'appuyaient pas l'initiative du gouvernement et voulaient empêcher ce dernier d'aller de l'avant. Lorsqu'il s'est rendu compte que trois renvois distincts seraient présentés à des cours d'appel différentes, le gouvernement a décidé de renvoyer lui-même la question à la Cour suprême du Canada. Le gouvernement fédéral a défié les provinces en invoquant, pour motifs d'ordre juridique, l'interprétation de la nature de la convention.

La Cour suprême du Canada a rendu sa décision. Même s'il s'agissait uniquement d'une interprétation de la convention, cette décision a légitimé l'action du gouvernement fédéral. Le gouvernement s'est efforcé d'obtenir l'accord d'au moins sept provinces. Ensuite, les parties ont convenu d'établir juridiquement et constitutionnellement la formule de modification 7/50, que l'on trouve maintenant à l'article 38 de la Constitution.

Faisons maintenant le parallèle avec la situation actuelle. Le gouvernement fédéral veut forcer les provinces à mettre en œuvre des élections consultatives, municipales ou quelque chose du genre. Un grand nombre de provinces s'y opposent. Je parlerai pour ma province, qui a indiqué publiquement sa position à maintes reprises.

Selon moi, le Québec fait bien de ne pas jouer le jeu. Je suis du même avis que le sénateur Murray, c'est-à-dire que c'est invalide. En ce qui concerne les responsabilités des provinces, l'article 92 ne contient pas de disposition résiduelle, sauf la dernière, qui précise « toutes les matières d'une nature purement locale ou privée ». Or, la question qui se pose n'a rien de local, elle touche une Chambre du Parlement. Je suis fortement de cet avis.

The federal government wants to push provinces to take a certain route, but provinces are resisting. The retaliation on the federal side is to say, "If you do not go that route, you will not have senators to speak on behalf of your sectional and minority interests," as you appropriately stated. That is very serious. Minority interests are a defining principle of this country. It would not have been a federation if there would not have been protection of minority interests. I do not need to retell our history.

A province would see two political routes to adopt in such a case either a preventive initiative by making a reference to its Court of Appeal, thus forcing the Government of Canada probably to go to the Supreme Court, which we saw that in the patriation reference. The other option is to wait until federal legislation is adopted and is already on the record to challenge the constitutionality of that legislation.

Professor Desserud, even though Bill C-20 might be dressed up within the competence of Parliament, the test the Supreme Court would apply is in pith and substance. The pith and substance of this bill is essentially to establish elections. As the common dictum says, "If it walks like a duck, is dressed like a duck and quacks like a duck, it is a duck." Similarly, it is an election.

A prime minister would feel much more compelled to appoint a senator who has been "elected" than to appoint someone of his own or her own choice. There would be no more discretion. The only discretion left is within those who are supposed to be elected. It reduces the scale of those being elected.

It seems to me that our Constitution, in its broadest terms, provides some ways and means. There is the political route, as Senator Andreychuk alluded to — an electoral campaign; a platform. Plebiscite or referendums are not part of our Constitution. It is an opinion, but some provinces who might want to concur into that reform would have to hold referendums besides the federal election. Manitoba and B.C., and there are three other provinces that have provincial referendum acts to directly seek the concurrence of their own citizens. In other words, we have in the whole of the panoply of the tools at stake an element of pressure to bring a result that would yield a legitimate result if we want to have proper and sound reform.

The bill we have before us, through the initiative of Senator Moore, is a bill that seems to be innocuous, as you have said, because it seems to be simple. It raises many questions, but it has exactly the same weight as a constitutional resolution or the initiative of the government. The government says "If we are to change things, here is a proposal. Let us see if we can change things."

This is exactly the same route. If that bill were to be adopted, someone would question the constitutionality of it, or a province can have a reference on it. It is part of the parliamentary initiative to try to come to terms with a fundamental problem. Can we have an institution, one of the two Houses of Parliament, depleted to a point where it cannot give its advice and consent to the Governor

Le gouvernement fédéral veut forcer les provinces à faire les choses d'une certaine façon, mais les provinces opposent une résistance. Comme vous l'avez si bien indiqué, le gouvernement fédéral rétorque en disant que si elles ne suivent pas la voie proposée, les provinces n'auront aucun sénateur pour défendre leurs intérêts locaux et minoritaires, ce qui est très grave. La défense des intérêts minoritaires est l'un des principes fondamentaux de notre pays. Il n'y aurait pas eu de fédération s'il n'y avait pas eu de protection des intérêts minoritaires. Je n'ai pas besoin de vous rappeler l'histoire.

Deux options politiques se présentent aux provinces, soit agir de manière préventive en renvoyant la question à la cour d'appel, ce qui forcerait le gouvernement du Canada à recourir à la Cour suprême, comme ce fut le cas pour le rapatriement. Elles peuvent aussi attendre que le projet de loi soit adopté, puisqu'on a déjà dit publiquement qu'on en contesterait la constitutionnalité.

Monsieur Desserud, bien que le projet de loi C-20 semble respecter, par son libellé, la compétence du Parlement, la Cour suprême en étudierait le but et la portée. Or, ce projet de loi vise essentiellement à établir un processus électoral. Comme le veut le dicton, il faut « appeler un chat un chat ». De même, une élection est une élection.

Tout premier ministre se sentirait sensiblement contraint de nommer un sénateur « élu » plutôt qu'une personne de son choix. Il n'y aurait plus de pouvoir discrétionnaire, sauf en ce qui concerne le choix des personnes à élire, ce qui a pour effet de réduire le bassin des personnes pouvant être élues.

Il me semble que la Constitution, dans son ensemble, nous offre des moyens de trouver une solution. Il y a la voie politique, à laquelle a fait illusion le sénateur Andreychuk, soit une campagne électorale. La Constitution n'ouvre pas la porte au plébiscite et aux référendums. Ce n'est qu'une opinion, mais je pense que certaines provinces, désireuses d'appuyer cette réforme, devront peut-être tenir des référendums, qui s'ajouteraient alors aux élections fédérales. Le Manitoba, la Colombie-Britannique et trois autres provinces ont en place des lois référendaires provinciales pour obtenir l'assentiment de leur population. Autrement dit, les instruments proposés visent à exercer des pressions dans le but d'obtenir un résultat légitime, et ce pour en arriver à une réforme judicieuse et concrète.

Le projet de loi à l'étude, proposé par le sénateur Moore, semble inoffensif, comme vous l'avez dit, en raison de sa simplicité apparente. Il soulève toutefois un grand nombre de questions, puisqu'il a exactement le même poids qu'une résolution constitutionnelle ou l'initiative du gouvernement. Pour sa part, le gouvernement nous propose un moyen de changer les choses et nous invite à voir si c'est possible.

Or, le projet de loi à l'étude propose exactement la même chose. Si ce projet de loi est adopté, quelqu'un en contesterait la constitutionnalité ou encore une province renverra la question devant un tribunal. C'est le rôle du Parlement de tenter de trouver une solution à un problème fondamental. Pouvons-nous accepter qu'une institution, une des deux Chambres du Parlement, soit

General in the proper and legitimate form that it has been created to give? That, too, is a very important compelling element of the Constitution.

The Chair: Is this a question?

Senator Joyal: Is it not a possibility to address the issue in a responsible way?

Mr. Smith: You make quite a strong case for using that route from that perspective; that is, that it becomes the grounds for challenging the inaction of the Prime Minister in making appointments. Is that right?

Senator Joyal: Yes.

Mr. Smith: I suppose that is one possibility. I had not thought of that particularly. I was looking at it from the way I think most people would look at it, which is not actually seeing it as the end game in terms of what the ultimate objective is, which, as you lay out, would be to challenge the use or non-use of discretionary power.

Senator Joyal: Yes, the non-use of it.

Mr. Desserud: I would agree with almost everything you said. I still say this with reluctance because this is not about Bill C-20, so we should not get caught up in it. Maybe you are right, and I hope you are right, about how a court would respond. I am not 100 per cent convinced. Otherwise, yes, I agree if terms of strategy that this is probably the most sensible one that you have before you. There are others. Some are dangerous and some are not as sensible. However, letting the legislation go through to see what happens is as good as any.

Senator Andreychuk: You are saying to get this through and see what happens. Would that not be more dangerous? That would then be the position we could take on virtually every law.

Mr. Desserud: No, I argue that this is okay; that it is within your competence to do so. I say it is tricky and I think you might need more advice on some areas I do not know the answers to. In balance, I think it is okay. I would not suggest you do something unconstitutional.

Senator Moore: Mr. Smith, you seem to be focused on the matter of prime ministerial discretion. This bill would require things to happen in set periods of time; it would be consistent with what is there now in terms the House of Commons and filling of vacancies — 180 days and a by-election called sequentially.

We had Mr. Franks before us earlier this afternoon. His position is that there should be a lessening of discretion to 90 days so that the citizens can have their constitutionally-guarded rights of representation in both Houses.

What do you have to say about that?

réduite au point de ne plus pouvoir donner des conseils ou son consentement au Gouverneur général dans la forme prescrite et légitime qui constitue sa raison d'être? Il s'agit là d'un élément probant très important de la Constitution.

La présidente : S'agit-il d'une question?

Le sénateur Joyal : N'est-ce pas une façon responsable d'aborder le tout?

M. Smith : Vous présentez d'excellents arguments en faveur cette option, selon laquelle l'échéance devient un motif de contestation de l'inaction du premier ministre en matière de nomination. Est-ce exact?

Le sénateur Joyal : Oui.

M. Smith : C'est une possibilité à laquelle je n'avais pas pensé. Comme la plupart, je crois, j'examinais le problème sous un tout autre angle. Je ne m'étais pas penché sur la question de l'objectif final qui est, comme vous le mentionnez, la contestation de l'utilisation ou l'inutilisation du pouvoir discrétionnaire.

Le sénateur Joyal : Oui, son inutilisation.

M. Desserud : Je suis du même avis que vous, à quelques exceptions près. C'est avec réticence que je le dis, car les discussions ne visent pas le projet de loi C-20, alors nous ne devrions pas nous attarder sur le sujet. Peut-être avez-vous raison, je l'espère, en ce qui a trait à la façon dont la cour réagirait. Je ne suis pas entièrement convaincu. Cela dit, je dois avouer qu'il s'agit probablement de la stratégie la plus raisonnable. Des stratégies présentées, certaines sont dangereuses et d'autres moins raisonnables. En revanche, adopter le projet de loi pour voir ce qui arrivera est une solution comme une autre.

Le sénateur Andreychuk : Vous suggérez d'adopter le projet de loi pour voir ce qui arrivera. N'est-ce pas un peu risqué? Rien ne nous empêcherait d'adopter cette position à l'égard de n'importe quel projet de loi.

M. Desserud : Non, j'affirme que c'est correct, que cela est de votre ressort. Selon moi, c'est une solution compliquée. Vous aurez probablement besoin de conseils éclairés sur certains points qui ne relèvent pas de mes compétences. Dans l'ensemble, c'est une solution acceptable. Jamais je ne vous proposerais une solution anticonstitutionnelle.

Le sénateur Moore : Monsieur Smith, le pouvoir discrétionnaire du premier ministre semble constituer votre principale préoccupation. Ce projet de loi établit des échéances particulières pour certaines choses; il est conforme aux exigences actuelles de la Chambre des communes concernant la dotation des sièges vacants — 180 jours et déclenchement d'une élection partielle.

Nous avons entendu le témoignage de M. Franks un peu plus tôt cet après-midi. Selon lui, les nominations devraient avoir lieu dans les 90 jours suivant les vacances de façon à respecter le droit de représentation des citoyens dans les deux Chambres, lequel est prévu par la Constitution.

Qu'en pensez-vous?

Mr. Smith: I heard him say that. Not to be disputatious, but why not 45 days? The trouble with time limits is that there seems to be no particular rationale for one or another. If short is what you seek, make it shorter. I do not see that 90 days is particularly better than 180 days. Why not make it shorter still?

It is one of the troubles with limits. I do not think they are particularly self-evident often; the reasoning is not necessarily self-evident. A limit is a limit; that limit can simply be chosen. I do not particularly support making it 90 days. There could be some argument to say that 90 days is better, but what would be the argument?

Senator Moore: In terms of the fact that 180 is the number of days now provided for —

Mr. Smith: There is a precedent for 180, so that kind of coherence seems to make at least some arithmetical continuity.

Senator Moore: That is consistent and has been in the past.

Mr. Smith: Yes; however, once you go beyond that, it is not at all clear to me.

Senator Moore: You would not go the other way and lengthen it out to 360 days?

Mr. Smith: No. In one of your earlier meetings I believe Senator Murray raised a comment. I know we have fixed election dates in a very Canadian way — fixed election dates, maybe. What is our national sport, lacrosse or hockey? It is this institutional ambivalence. We try to meet all standards.

As I recall, Senator Murray raised the point of what do you do if you have 180 days and there will be an election, we think, in 140 days or even in 220 days, will we go ahead with an election?

Senator Moore: That is provided for already.

Mr. Smith: How is it provided for?

Senator Moore: In the House of Commons.

Senator Milne: In the Elections Act.

Senator Moore: There is a section that deals with that.

Mr. Smith: How do you anticipate that?

Senator Moore: There is a provision in the statute now.

The Chair: We have kept the witnesses nearly 45 minutes longer than we promised to keep them. We are very grateful to them. This has been an extremely interesting session. I meant it when I said this committee is endlessly fascinating, and this has been one of the more interesting sessions. We are very grateful to you both.

M. Smith : C'est ce que j'ai entendu. Je ne souhaite pas lancer un nouveau débat, mais pourquoi ne pas avoir choisi un délai de 45 jours? Il semble que le choix des échéances ne repose sur rien. Si vous souhaitez obtenir des résultats rapides, fixez une échéance plus rapprochée. Je ne vois pas en quoi l'échéance de 90 jours est préférable à celle de 180 jours. Pourquoi ne pas la devancer encore plus?

C'est l'un des problèmes engendrés par les échéances. Dans la plupart des cas, elles ne vont pas de soi; leur fondement ne va pas de soi. Une échéance est une échéance, elle peut être établie de façon arbitraire. Je n'approuve pas l'échéance de 90 jours. Elle est préférable selon certains, mais pour quelle raison?

Le sénateur Moore : En ce qui à trait aux 180 jours prévus actuellement...

M. Smith : Il y un précédent à cet égard; il y a une cohérence qui semble offrir une certaine continuité arithmétique.

Le sénateur Moore : Cela correspond à ce qui a été fait dans le passé.

M. Smith : Oui; cependant, si on en fait abstraction, ce n'est pas clair.

Le sénateur Moore : Vous ne prolongeriez pas l'échéance jusqu'à 360 jours?

M. Smith : Non. Lors de l'une des réunions précédentes, le sénateur Murray, si je ne m'abuse, avait soulevé cette question. Je suis conscient que les dates des élections sont établies de façon très canadienne — dates d'élection fixes peut-être. Quel est notre sport national, la crosse ou le hockey? C'est un cas d'ambivalence institutionnelle. Nous essayons de répondre à toutes les normes.

Si je me souviens bien, le sénateur Murray se posait la question suivante : Comment procède-t-on dans les cas où le premier ministre dispose de 180 jours pour procéder à une nomination et que des élections pourraient avoir lieu dans 140 jours ou même 220 jours. L'élection serait-elle déclenchée quand même?

Le sénateur Moore : C'est déjà prévu.

M. Smith : Comment?

Le sénateur Moore : Par la Chambre des communes.

Le sénateur Milne : Par la Loi électorale.

Le sénateur Moore : Une section de la loi traite de ce sujet.

M. Smith : Comment est-ce prévu?

Le sénateur Moore : À l'heure actuelle, la loi contient des dispositions à ce sujet.

La présidente : Les témoins sont restés 45 minutes de plus que prévu. Nous les en remercions. Ce fut une séance des plus intéressantes. J'avais vu juste en annonçant à quel point les discussions de notre comité sont fascinantes. Ce fut l'une des séances les plus intéressantes. Nous vous en sommes très reconnaissants.

Senator Stratton: This is not a point of order but something I wish to raise. The rule in the Senate chamber with respect to any kind of electronic device is that if it emits a noise or causes interference by noise it is disallowed.

You can use your BlackBerry in the chamber; you can use your laptop in the chamber. They went to the extent of changing the microphones in the chamber to prevent that noise interference.

The Chair: Unsuccessfully, but they tried.

Senator Stratton: Ninety-nine per cent of the noise is now eliminated. I can set my BlackBerry on my table top and it does not cause interference in the chamber. With respect, that is the rule.

The Chair: You are right Senator Stratton. This came up very quickly and I did not want to have a long excursion into this issue because we had substantive things to discuss.

My understanding of the Speaker's reasoning in those rulings is that the object was to avoid interference with the proceedings of the chamber, to avoid having proceedings of the chamber disrupted, either in general or locally.

Senator Stratton: By the noise.

The Chair: Whatever.

Senator Stratton: As a comparison, in the House of Commons, BlackBerrys are allowed, Madam Chair.

The Chair: At the point at which the issue was raised, I made the point of saying there was no rule against the use of them here, but I also tried to allude to the need to avoid disrupting procedures. You may recall that there appeared to be a fascinated conversation going on in connection with, it appeared, something that was legible on a BlackBerry at that time. That discussion was on the verge of becoming, perhaps, a disruption of the proceedings for other senators who wanted to listen to the witness.

Senator Stratton: That part I can accept.

The Chair: That was the point I was trying to raise, and I really think that, while it was not a ruling, it was a strong suggestion, and I would propose that we now conclude these proceedings.

Senator Andreychuk: I propose we take that up in the steering committee.

The Chair: You can certainly do that.

The committee adjourned.

OTTAWA, Thursday, May 1, 2008

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-224, an Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies), met this day at 10:50 a.m. to give consideration to the bill.

Le sénateur Stratton : Ce n'est pas un rappel au Règlement, mais je souhaiterais soulever un point. Selon la règle concernant les dispositifs électroniques dans la salle du Sénat, si un dispositif émet des bruits ou cause des interférences sonores, il est interdit.

Vous pouvez utiliser votre BlackBerry dans la salle ou encore votre ordinateur portable. Les microphones de la salle ont été changés afin d'éviter les interférences sonores.

La présidente : On a essayé d'éliminer les interférences, sans beaucoup de succès.

Le sénateur Stratton : On a réussi à éliminer 99 p. 100 du bruit. Je peux désormais déposer mon BlackBerry sur la table sans causer d'interférence dans la salle. Sauf le respect que je vous dois, c'est la règle.

La présidente : Vous avez tout à fait raison, sénateur Stratton. Ce point a été présenté à la dernière minute, et je voulais éviter de longues discussions étant donné que nous devions traiter d'importantes questions.

Si j'ai bien compris, le Président de la Chambre souhaitait éviter toute interférence dans la salle du Sénat et éviter de perturber les délibérations, de façon générale ou locale.

Le sénateur Stratton : Par le bruit.

La présidente : Par quoi que ce soit.

Le sénateur Stratton : À titre de comparaison, il est possible d'apporter un BlackBerry à la Chambre des communes, madame la présidente.

La présidente : Au moment où cette question a été soulevée, j'ai précisé qu'il n'y avait pas de règle contre leur utilisation ici. J'ai toutefois fait allusion à la nécessité de ne pas interrompre les travaux. Vous vous souviendrez peut-être qu'il semblait y avoir une conversation fascinante liée à quelque chose affiché à l'écran d'un BlackBerry. Cette discussion était, probablement, sur le point de déranger les autres sénateurs qui souhaitaient écouter les propos du témoin.

Le sénateur Stratton : Je suis d'accord avec vous sur ce point.

La présidente : C'est là où je voulais en venir. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une décision, j'estime que c'est une recommandation sérieuse. Je propose de mettre un terme aux délibérations.

Le sénateur Andreychuk : Je propose que l'on soumette la question au comité de direction.

La présidente : Vous pouvez certainement le faire.

La séance est levée.

OTTAWA, le jeudi 1^{er} mai 2008

Le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-224, Loi modifiant la loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants), se réunit aujourd'hui, à 10 h 50, pour examiner le projet de loi.

Senator Joan Fraser (Chair) in the chair.

[*Translation*]

The Chair: Colleagues, welcome to this meeting of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. We are continuing our study of Bill S-224, an Act to amend the Parliament of Canada Act (vacancies). We have the great pleasure of welcoming as our first witness today, Mr. Gérald R. Tremblay, who is a partner at the McCarthy Tétrault law firm in Montreal. Thank you very much for having accepted our invitation, Mr. Tremblay. You are aware of our procedures; we ask you to make a presentation and afterwards, we will move on to a question period.

Gérald R. Tremblay, Partner, McCarthy Tétrault LLP, as an individual: I thank you for your invitation, Madam Chair. It is always a pleasure and a privilege to appear before you. It would be the second time that I appear on the issue of Senate reform. The first was last September 21. At the time, we were discussing the 10-year mandate; seven, eight, or nine years as compared to 75 and of Senate elections.

I had the opportunity to appear with Senator Beaudoin, who was sitting beside me. He is a friend of yours as well as mine because he was my teacher at law school at the University of Ottawa. I am alone today and therefore I have neither the moral nor the physical support of Senator Beaudoin, but I do hope that he will not be disappointed in his student's statements. His name is Gérald-A. Beaudoin and I am Gérald R. Beaudoin. It has often been said that Gérald A. brought Gérald R. into this world.

The question posed by the bill is an interesting one. Even though this is a private senator bill, it provides us with the opportunity to stir up some extremely important concepts in the evolution of the Canadian Constitution.

[*English*]

Basically, there are four issues. First, we assume that the Governor General has full discretion to appoint whomever she wants. That is what the British North America Act said in 1867 and continues to say, but the Governor General must respect the numbers of representation per province, and so on.

Second, by giving Royal Assent to a bill that would have that effect, can the Governor General acquiesce to a limitation to her own discretion? Is it illegal for someone who has full discretion to agree to have some legislative guidelines to exercise his discretion? If the Governor General does so by giving Royal Assent to a bill, is she, directly or indirectly in a matter like this one, affecting the constitutional balance? Is she amending the Constitution? If she does, in view of the wording of section 41, does it affect only the federal side of the Constitution, which the federal Parliament has the right to amend?

Le sénateur Joan Fraser (présidente) occupe le fauteuil.

[*Français*]

La présidente : Je vous souhaite la bienvenue au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Nous poursuivons notre étude du projet de loi S-224, loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (sièges vacants). Nous avons le très grand plaisir d'accueillir comme premier témoin aujourd'hui, M. Gérald R. Tremblay, partenaire chez McCarthy Tétrault à Montréal. Merci beaucoup d'avoir accepté notre invitation, Me Tremblay. Vous connaissez notre procédure; on vous demande de faire votre présentation et ensuite, nous passerons à la période des questions.

Gérald R. Tremblay, partenaire, McCarthy Tétrault LLP, à titre personnel : Madame la présidente, je vous remercie de votre invitation. C'est toujours un plaisir et un privilège de comparaître devant vous. En ce qui me concerne, sur la question de la réforme du Sénat, c'est la deuxième fois. J'ai comparu le 21 septembre dernier. On discutait à l'époque du terme de dix ans; sept, huit, neuf ans, par rapport à 75 ans et de l'élection au Sénat.

J'avais eu la chance de comparaître avec le sénateur Beaudoin, qui était assis à côté de moi. C'est un ami de vous tous et un ami à moi parce que j'ai appris mon droit de lui lorsque j'étais étudiant à l'Université d'Ottawa. Je suis seul aujourd'hui et donc je n'ai pas le soutien moral ou physique du sénateur Beaudoin, mais j'ose espérer qu'il ne sera pas déçu des déclarations de son élève. Lui, c'est Gérald-A. Beaudoin et moi Gérald R. Beaudoin. Souvent, on disait que Gérald A. avait mis au monde Gérald R.

La question posée par le projet de loi est intéressante. Même s'il s'agit d'un projet de loi d'initiative privée, il donne l'occasion de brasser des notions extrêmement importantes dans l'évolution constitutionnelle canadienne.

[*Traduction*]

Essentiellement, il y a quatre questions. Tout d'abord, nous présumons que la Gouverneure générale a toute discréption en matière de nomination. C'est ce que prévoit l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, encore à ce jour, bien que des critères de représentation par province doivent être respectés, entre autres.

Deuxièmement, en donnant sa sanction royale à ce projet de loi qui aurait l'effet dont nous venons de parler, la Gouverneure générale se trouve-t-elle à accepter de limiter son propre pouvoir discrétionnaire? Est-ce illégal, pour quelqu'un qui a tout pouvoir discrétionnaire, d'accepter des limites législatives à ce pouvoir? Si elle l'accepte en accordant la sanction royale à ce projet de loi, est-ce que directement ou indirectement la Gouverneure générale modifie l'équilibre constitutionnel? Est-ce qu'elle modifie la Constitution? Le cas échéant, étant donné le libellé de l'article 41, cela ne touche-t-il que l'aspect fédéral de la Constitution, que le Parlement fédéral a le droit de modifier?

Third, does framing the power or the discretion to appoint affect the federal-provincial balance of power as established in the British North America Act, 1867, and now incorporated in the Constitution Act, 1982?

Finally, there is the problem of sanction. I read the debate in which Senator Joyal participated. The question was asked: What do we do if someone who has either a constitutional duty or a legal duty to do something at that level does not do anything? Do you impeach the Governor General? What do you do? Is the sanction political only? Is it merely public brouhaha? Would a court, for instance, displace the Governor General and say that the Supreme Court must appoint another one because this one does not respect the six-month time limit contained in the act in which the Governor General agreed to be limited by way of discretion?

Those would be the four questions. In my humble opinion, it is not abnormal or uncommon for a government authority that would have total discretion according to the Constitution to accept this power to have boundaries or to have limitations.

[Translation]

The example that most frequently comes to mind and that I believe has been mentioned to you is that of judicial appointments. The Constitution is just as specific and just as vague on judicial appointments as it is on Senate appointments. The Governor General, under sections 96 to 100, appoints judges to the superior courts across Canada. There is absolute discretion. And yet, federal legislation and almost all provinces have Judges Act or Canadian Judicial Councils and in fact there is a debate as to whether or not it is right for this committee to have a policeman as a member with the opportunity to say whether or not this or that person should be appointed as a judge. Today, no one challenges whether or not this kind of legislation is legally correct.

The problem that arises is that of assent. What happens if the Governor General, notwithstanding all of the required mechanisms for consultation before appointing someone, were to decide to set aside the recommendations and to say: the judicial appointment committee is putting forward candidates one, two, three, four and five. I am going to disregard that and appoint six.

That is not right. You have a statutory scheme. The fundamental issue is the following: the Constitution sets out that the Governor General appoints judges. Would this appointment be illegal? It is the parallel situation that most often comes to mind. If we can set out guidelines for judicial appointments, we can no doubt do the same for senatorial appointments.

The proposal is that there would be a requirement to appoint or replace a senator within six months. The question is, and it is very interesting and very theoretical — but it is always when reasoning is pushed to its most absurd that we see where the real principle lies — if the Prime Minister were never to advise the

Troisièmement, est-ce que les limites ainsi imposées au pouvoir discrétionnaire de nomination nuisent à l'équilibre des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces établie par l'AANB de 1867 et maintenant intégré à la Loi constitutionnelle de 1982?

Enfin, il y a le problème des sanctions. J'ai lu la transcription du débat auquel a participé le sénateur Joyal. On posait la question suivante : que faire si quelqu'un qui a un pouvoir constitutionnel ou législatif de faire quelque chose, à un certain niveau, ne le fait pas? Peut-on destituer le Gouverneur général? Que peut-on faire? Est-ce que la sanction n'est que politique? S'agit-il simplement d'un scandale public? Est-ce qu'un tribunal, par exemple, pourrait demander le renvoi du Gouverneur général et dire que la Cour suprême doit en nommer un autre, parce que le titulaire du poste n'a pas respecté l'échéance de six mois prévue par la loi, soit la limite à sa discrétion qu'a acceptée le Gouverneur général?

Ce serait mes quatre questions. Bien humblement, je vous dirais qu'il n'est ni anormal ni inusité qu'un représentant du gouvernement qui a toute discréption en vertu de la Constitution accepte que ces pouvoirs soient limités.

[Français]

L'exemple qui me vient le plus souvent à l'esprit et qui je pense a été mentionné devant vous est celui de la nomination des juges. La Constitution est aussi précise et aussi vague pour la nomination des juges qu'elle ne l'est pour la nomination des sénateurs. Le Gouverneur général, ce sont les articles 96 à 100, nomme les juges des cours supérieures à travers tout le Canada. C'est une discréption absolue. Pourtant, la législation fédérale et presque toutes les législations provinciales ont des Judges Act, ont des Canadian Judicial Councils d'ailleurs il y a un débat à savoir si c'est correct pour ce comité d'avoir un policier comme membre pour opiner sur l'opportunité de nommer un juge, celui-là plutôt que celui-là. Personne aujourd'hui ne conteste que ce type de législation est juridiquement correct.

Le problème qui se soulève est celui de la sanction. Qu'arriverait-il si le Gouverneur général, nonobstant tous ces mécanismes de consultation nécessaires avant de nommer quelqu'un, décidait d'oublier ces recommandations et de dire : le comité de nomination des juges me propose les candidats un, deux, trois, quatre et cinq. J'ignore cela et je nomme six.

Ce n'est pas correct. Vous avez un système législatif. La question fondamentale est la suivante : la Constitution dit que le Gouverneur général nomme les juges. Est-ce que cette nomination serait illégale? C'est le parallèle qui me revient le plus souvent à l'esprit. Si on peut baliser le système de nomination des juges, on peut sans doute baliser le système de nomination des sénateurs.

La proposition est qu'il y aurait une obligation de nommer ou de remplacer un sénateur dans un délai de six mois. La question posée, très intéressante et très théorique est la suivante — mais c'est toujours lorsqu'on pousse des raisonnements à l'absurde qu'on voit où réside le véritable principe — si le premier ministre

Governor General and we found ourselves with no senators after 10 years, we would de facto have abolished the Senate. What would be the penalty?

Could the Supreme Court say: given that no one has acted, we are issuing an injunction under which the Governor General must appoint senators? And if the Governor General did not appoint any senators, I find him or her in contempt to court. Ultimately, that would mean that the House of Lords in England could find Her Majesty guilty of contempt to Parliament if she did not appoint representatives to the House of Lords.

It is rather as one says in diplomacy, the ultimate sanction is war. In this case, in my humble opinion, the ultimate sanction is political. And there are no mechanisms that can ensure the application of such a measure. But what people now call a constitutional convention is created over a period of years. Once the process has been in place for a number of years, no one notices anymore.

The Constitution does not even make any mention of cabinet, of the council of ministers. There has not been a single government since Confederation that has functioned without a cabinet, and the same thing is true for England. There are constitutional conventions that are as robust as legislation, so long as the social contract is respected by those who are living it.

I think that legislation that would define the exercise of discretionary powers, were it be those of the Governor General, could not be legally challenged. It would be allowable legislation.

The other problem is that of assent. In our case, would the fact of defining the power or discretion of the Governor General have the effect of amending or modifying the Constitution? In the case before us, it is even more specific because the bill sets out that there be a six-month maximum period within which vacancies must be filled. Would the Constitution in fact be amended by a simple piece of legislation in having a provision like this, whereas the Constitution says from time to time? Is that the same thing as six months? It is debatable.

I believe we can say that it would amend the Constitution to a certain point. However, does the Canadian Parliament have the right to do so and is this not in fact its internal Constitution? In my humble opinion, I believe the answer is yes.

[English]

The famous decision that everyone quotes, the *Senate Reference*, says that any amendment has to be analyzed with one phrase in mind: Does it in any substantial way affect federal-provincial relationships?

It is difficult to pretend that telling the Governor General that she must fill a vacancy within six months affects in a substantial way the federal-provincial relationship. Therefore, in my humble opinion, this amendment, were it an amendment, would not be illegal.

n'avais jamais le Gouverneur général et que l'on se retrouvait sans sénateur au bout de dix ans, on abolirait le Sénat de facto. Quelle serait la sanction?

La Cour suprême pourrait-elle dire : étant donné que personne ne bouge, j'émet une injonction pour que le Gouverneur général nomme des sénateurs? Et si le Gouverneur général ne nomme pas de sénateur, je le trouve coupable d'outrage au tribunal. À la limite, cela voudrait dire que la Chambre des lords en Angleterre pourrait trouver Sa Majesté la reine coupable d'outrage au Parlement si elle ne nommait pas de représentants à la Chambre des lords.

C'est un peu comme on dit en diplomatie, la sanction ultime, c'est la guerre. Dans ce cas, la sanction ultime est, à mon humble avis, politique. Et il n'y a pas de mécanismes qui peuvent assurer l'application d'une mesure comme celle-là. Mais il se crée avec les années ce que tout le monde appelle maintenant une convention constitutionnelle. Une fois le processus vécu pendant des années, personne ne s'en démarque.

La Constitution ne parle même pas du Cabinet, du conseil des ministres. Il n'y a pas un gouvernement depuis la Confédération qui fonctionne sans conseil des ministres et la même chose en Angleterre. Il y a des conventions constitutionnelles aussi solides que la loi en autant que le contrat social soit respecté par ceux qui le vivent.

Je pense qu'une législation qui balise l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, fussent-ils ceux du Gouverneur général, ne serait pas attaquable sur le plan juridique. Ce serait une législation permise.

L'autre problème est celui de la sanction. Dans notre cas, est-ce que le fait de baliser le pouvoir ou la discréption du Gouverneur général a pour effet d'amender ou de modifier la Constitution? Et dans notre cas, c'est encore plus précis parce que le projet de loi voudrait qu'il y ait une période de six mois maximum pour procéder au remplacement. Est-ce amender la Constitution par une simple loi d'avoir une disposition comme celle-là, alors que la Constitution dit de temps en temps? Est-ce la même chose que dans les six mois? On peut en discuter.

Je pense qu'on peut dire que cela amende jusqu'à un certain point la Constitution sur ce point. Cependant, est-ce que le Parlement du Canada a le droit de le faire et est-ce qu'il ne s'agit que de la Constitution interne? À mon humble avis, je pense que oui.

[Traduction]

La célèbre décision si souvent citée, le *Renvoi concernant le Sénat*, affirme que toute modification doit être analysée à la lumière d'une question : Cela affecterait-il de manière substantielle les relations fédérales-provinciales?

Il serait difficile de prétendre que d'obliger la Gouverneure générale à combler les vacances dans les six mois aurait un effet substantiel sur les relations fédérales-provinciales. Par conséquent, à mon humble avis, cette modification, si elle était faite, ne serait pas illégale.

The Chair: Could you please restate the legal-illegal argument? We have some confusion here about exactly the point you have made, sir.

Mr. Tremblay: Either I am not clear, or the translation is not clear. Those guys are trying to do their job.

The Chair: The translators are wonderful members of the Senate administration.

Mr. Tremblay: I am saying that if such a provision were adopted, and if it were considered as an amendment to the Constitution, I do not think that that amendment would be considered illegal, because it does not affect in any substantial way the federal-provincial relationship. That is my point.

Senator Oliver: Now I understand it.

Mr. Tremblay: I apologize for my poor command of the English language.

The Chair: Are you fishing for compliments?

Mr. Tremblay: I play humble at times. Someone once said that if you keep saying that you are humble, you are just proving that you have every reason to be.

What we all have in the back of our minds, though, is how this single private bill, only a clause or two, fits within the context of the other bill. We cannot erase from our minds the debate that we had in September 2006 on the reform of the Senate. Taken in isolation, the bill has one impact, but taken with everything else, it may raise another dimension. Although I have been called here on this particular piece, I will speak about the other stuff, too.

The reduction from 75 years of age to an eight-year or nine-year mandate becomes a question of degree. The Supreme Court also said that it was legitimate or legal for the federal Parliament acting alone to amend the Constitution to take the lifetime tenure and reduce it to 75 years of age, but at the same time they said that you cannot emasculate, and I have to watch my language here, the system by appointing for two or three years because then it becomes at the will of the government of the day. Then it becomes a question of degree.

Personally, I was not totally convinced, because in the United States, there is a completely different approach. They say lifetime tenure, and that is what it is. It would take three quarters of the states to agree to something else. Judges are appointed. You roll them into the courts in their wheelchairs, and if they do not want to resign, there is nothing that can be done. You just speak louder.

However, here it was decided that it was legal. If it is legal to continue until age 75, why not until age 60 or age 55? Where is the line? Then it becomes a question of degree.

That is why this amendment that is on the table today has to be read in the context of what you do with the rest. That was my point. On the rest, too, it would not be illegal for the Governor General to say, "Before appointing a senator, I would like to have

Le président : Pourriez-vous de nouveau nous présenter vos arguments sur la légalité de la chose? Nous ne les comprenons pas très bien, monsieur.

M. Tremblay : Peut-être me suis-je mal exprimé, ou alors c'est un problème d'interprétation. Les interprètes font de leur mieux.

Le président : Les interprètes sont d'excellents membres de l'administration du Sénat.

M. Tremblay : Je dis que si cette disposition était adoptée, et qu'elle était considérée comme une modification à la Constitution, je ne crois pas que ce serait illégal, puisque cela n'a pas d'incidence substantielle sur les relations fédérales-provinciales. C'était mon argument.

Le sénateur Oliver : Je comprends, maintenant.

M. Tremblay : Veuillez m'excuser pour la piètre qualité de mon anglais.

Le président : Vous péchez par fausse modestie!

M. Tremblay : Je suis parfois modeste. Quelqu'un a déjà dit qu'à force de faire preuve d'humilité, on prouve qu'on a toutes les raisons d'être modeste.

Ce qui nous reste en tête, toutefois, c'est que ce court projet de loi d'initiative parlementaire qui ne compte qu'un ou deux articles s'intègre au contexte de l'autre projet de loi. Nous ne pouvons faire abstraction des débats de septembre 2006 sur la réforme du Sénat. Pris isolément, le projet de loi a un effet, mais dans son contexte, bien d'autres questions sont soulevées. Bien qu'on m'ait demandé de parler strictement de ce projet de loi, je vais parler du reste aussi.

Quand on passe d'une limite d'âge de 75 ans à un mandat de huit ou neuf ans, c'est une question de degrés. La Cour suprême a dit qu'il était légitime, ou légal, pour le Parlement fédéral de modifier unilatéralement la Constitution pour faire passer le mandat à vie à un mandat limité jusqu'à l'âge de 75 ans. Mais elle a aussi dit qu'on ne pouvait émasculer, si vous me passez l'expression, le système de nomination en prévoyant des mandats de deux ou trois ans, ce qui soumettrait le Sénat aux caprices du gouvernement du jour. C'est donc une question de degrés.

Personnellement, je ne suis pas tout à fait convaincu du bien-fondé de la chose, car aux États-Unis, la démarche est tout à fait différente. Il s'agit d'un mandat à vie. Il faudrait que les trois quarts des États s'entendent pour qu'il y ait un changement. Les juges sont nommés. Il faut pousser leurs fauteuils roulants pour les amener dans leurs salles d'audience et s'ils ne veulent pas démissionner, on n'y peut rien. Il faut simplement parler plus fort.

Ici, pourtant, on a décidé que c'était légal. Si le mandat peut être accordé jusqu'à l'âge de 75 ans, pourquoi pas jusqu'à 60 ans ou 55 ans? Comment fixer la limite? C'est une question de degré.

Voilà pourquoi la modification proposée dont vous êtes saisis aujourd'hui doit être considérée dans le contexte qui l'entoure. C'était ce que je tenais à dire. Pour le reste, il ne serait pas illégal pour la Gouverneure générale de dire : « Avant de nommer un

the views of the population of the province from where the senator is supposed to come.” It would not be more binding than the judges example I gave a few minutes ago.

Even if you look at the *Reference re Secession of Quebec*, a referendum, where everyone is consulted, cannot have a legislative impact; it is a signal to negotiate, a signal to do something. However, it is not illegal. If it is not illegal to consult the premiers or the people — in fact, it is desirable for the appointment to the Supreme Court of Canada, for instance — it would not be illegal either to say, “Before appointing a senator, I would like to have the views of the people of the province whose interests he is supposed to represent.”

That is why there are two aspects. You take it in isolation, or you take it as part of the package that is currently being considered.

As an aside, on May 31, I will be the head of the Québec Bar. I think it has to be clear that no one knew that I would be the leader of the Québec Bar when I was asked to come here in 2006. It is in the same capacity that I am here today. One day, a bar committee could come with another view, but what I am saying today is my personal view.

The Chair: Congratulations. We are doubly honoured, therefore, to have you with us.

Mr. Tremblay: It does not make me more intelligent.

Senator Andreychuk: Thank you for your comments today. Yesterday, we heard a slightly different version, at least in my assessment of it. If the appointment is made, as you said, and if we reduce the tenure from lifetime to age 75, you have given some reasons why that was adequate. However, you also said they did not rule if we had changed it to age 50 or 45. Therefore, age 75 seemed eminently reasonable to support the working of the Senate in that concept.

Now, the argument I think Senator Moore is making is that at some point vacancies cause a problem for the working of the Senate. At first blush, it looks like a similar situation. Therefore, it is within the workings of the Senate to pass this bill.

However, we heard a comment that the fundamental reason senators are here is to represent provinces and minorities, and if you were to in any way tamper or change the appointment process, which is the fundamental essence of representation from provinces, it would be a federal-provincial issue; it would markedly affect the federal-provincial relationship. Their negotiation and their involvement would be needed, and therefore probably a constitutional amendment would be necessary.

Mr. Tremblay: Before coming here, I read what Mr. Pelletier said in 2006. By the way, he wrote that book. I would not say it is the Bible, but it is one of the basic books. His theory is precisely what you are saying.

sénateur, je voudrais avoir l’opinion des citoyens de la province dont ce sénateur est censé provenir. » Ce ne sera pas une contrainte plus grande que celle dont j’ai parlé pour les juges, il y a quelques instants.

Même d’après le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, un référendum qui consiste à consulter toute la population n’a pas d’effet législatif; c’est un signe qu’il faut négocier, qu’il faut faire quelque chose. Il n’est toutefois pas illégal. Il n’est pas illégal de consulter les premiers ministres des provinces, non plus que la population, ce serait même souhaitable pour des nominations à la Cour suprême du Canada, par exemple. Il ne serait pas non plus illégal de dire : « Avant de nommer un sénateur, j’aimerais savoir ce qu’en pensent les citoyens de la province dont il censé représenter les intérêts. »

Voilà pourquoi il y a deux éléments importants. On peut les considérer isolément, ou tenir compte du contexte actuellement envisagé.

En passant, le 31 mai, je deviendrai bâtonnier du Barreau du Québec. Il est clair que personne ne savait que je deviendrais bâtonnier quand on m’a invité ici en 2006. C’est toujours à ce titre que je me présente devant vous aujourd’hui. Un jour, un comité du Barreau présentera un autre point de vue, mais c’est en mon nom personnel que je vous parle aujourd’hui.

Le président : Félicitations. C’est donc un double honneur de vous recevoir aujourd’hui.

M. Tremblay : Je ne suis pas plus intelligent pour autant.

Le sénateur Andreychuk : Merci pour vos propos. Hier, nous avons entendu une opinion un peu différente, du moins d’après mon interprétation. Si la nomination est faite, comme vous le dites, et que le mandat qui était à vie est réduit jusqu’à la limite de 75 ans, c’est justifié d’après les raisons que vous avez données. Vous avez aussi dit que la cour ne s’était pas prononcée sur un changement qui aurait fait passer l’âge limite à 50 ans ou à 45 ans. Par conséquent, l’âge de 75 ans semble tout à fait raisonnable pour le fonctionnement du Sénat, dans ce cadre-là.

L’argument du sénateur Moore, je crois, c’est que le nombre de vacances peut représenter un problème pour le fonctionnement du Sénat. D’emblée, le problème paraît semblable. Ce projet de loi peut donc être adopté compte tenu du fonctionnement du Sénat.

On nous a aussi dit que la raison fondamentale de la présence des sénateurs au Parlement, c’est la représentation des provinces et des minorités et que si on modifie le processus de nomination, qui touche fondamentalement à la représentation provinciale, cela deviendrait une question fédérale-provinciale et aurait un effet marqué sur la relation fédérale-provinciale. La négociation avec les provinces, et leur participation, seraient nécessaires et par conséquent, il faudrait probablement une modification constitutionnelle.

M. Tremblay : Avant de venir ici, j’ai lu ce qu’avait dit M. Pelletier en 2006. En passant, il a écrit cet ouvrage. Je ne dirais pas que c’est la Bible, mais c’est un ouvrage de référence essentiel. Sa théorie concorde précisément avec ce que vous avez dit.

My own view — and I am just trying to be logical — is this: In what way are the provinces better protected by a non-consultation process rather than by pure discretion of the Prime Minister? They are saying that if you start playing with those concepts, it should involve everyone because it is the Canadian fabric. I think that the views of minorities — French Canadians in Quebec, for example — would be better known if there were an electoral process rather than the discretion of the Prime Minister alone in his office talking to a couple of his advisers. There is no crystal clear answer.

Senator Andreychuk: I was referring to the testimony that we received yesterday. We are talking about responsible government. The provinces, or at least the original provinces, coming into the Constitution in 1867 knew exactly what they were doing when they gave the discretion to the Prime Minister.

I would take it one step further: If the provinces did that, they did it for some reason, I have to assume. That discretion was necessary in the eyes of the provinces as well as in the eyes of the federal government. To step in now and say, "Well, we will give you six months in which to appoint," might limit what a prime minister wants to do in an appointment process. He might want to consult the community or segments of the community or he might want to reflect. There might be a reason for deferral, perhaps a host of reasons. Therefore, the discretion that the provinces gave the Prime Minister should not be taken away unilaterally by the Senate.

Mr. Tremblay: My mindset was larger. I was thinking about the election of the Senate. However, you are talking about the bill here.

First, even in that judgment, they say that water has gone under the bridge. Can you imagine the Province of Ontario saying, "The only reason we are joining is because we have an equal number of senators"? Only federal legislation or order-in-councils took in other provinces and added to the mix, thereby reducing Ontario's percentage of the total.

Senator Oliver: There were the Maritimes, Quebec and Ontario.

Mr. Tremblay: Ontario was a third at the time. Now they are 24 out of 105. Did they have a say in that? No. Therefore, if we talk about the original deal, to follow the same logic we should have said, "Ontario, you joined on the basis that you were one third. Do you agree that you will be reduced to one sixth? If you do not agree, it is breaking the deal. Therefore, we will not do it." That happened. We are living with that now.

I agree with you. There are two ways to go about it. You are taking the Latin way, which is like a French garden: it has to be squared. The other way is the English way, with flexibility.

Senator Murray: They muddle through.

Personnellement, et j'essaie d'être simplement logique, je demanderais de quelle façon un processus de non-consultation protège mieux les provinces que la simple discréction du premier ministre? On nous dit que si on commence à jouer avec ce concept, tous doivent y participer parce que cela fait partie du tissu canadien. Je pense que le point de vue des minorités comme celles des Canadiens français au Québec serait mieux connu s'il y avait des élections qu'avec le pouvoir discrétionnaire du premier ministre seul, ou sur les conseils de quelques collaborateurs. Il n'y a pas de réponse manifeste.

Le sénateur Andreychuk : Je parlais du témoignage entendu hier. Nous parlions de gouvernement responsable. Les provinces, du moins celles qui ont soumis la Constitution de 1867, savaient exactement ce qu'elles faisaient en accordant ce pouvoir discrétionnaire au premier ministre.

J'irais encore plus loin : si les provinces ont accepté cela, ce doit être pour de bonnes raisons. Ce pouvoir discrétionnaire était nécessaire, aux yeux des provinces autant qu'aux yeux du gouvernement fédéral. Si on intervient en disant au premier ministre que désormais, il n'a que six mois pour procéder à une nomination, on risque de limiter ce qu'il peut faire dans le cadre du processus de nomination. En effet, il aurait pu vouloir consulter la communauté ou des groupes de la population, ou il aurait pu vouloir réfléchir davantage. Ces délais sont peut-être justifiés, peut-être même par de nombreuses raisons. Par conséquent, le Sénat ne devrait pas retirer unilatéralement le pouvoir discrétionnaire que les provinces ont accordé au premier ministre.

M. Tremblay : Mon point de vue était plus large. Je pensais à l'élection des sénateurs. Mais vous parlez plutôt de ce projet de loi.

Tout d'abord, même dans cette décision, les juges ont dit que le temps aurait passé. Pourriez-vous imaginer que l'Ontario dise : « La seule raison d'entrer dans la Confédération, c'est pour avoir un nombre égal de sénateurs »? C'est par loi fédérale ou décrets en conseil qu'ont été ajoutées d'autres provinces, réduisant ainsi le pourcentage de sénateurs de l'Ontario.

Le sénateur Oliver : Il s'agissait des Maritimes, du Québec et de l'Ontario.

M. Tremblay : L'Ontario avait le tiers des sénateurs, à l'époque. Elle en a maintenant 24 sur 105. L'Ontario a-t-elle eu son mot à dire? Non. Dans le cas de cette entente initiale, suivant la même logique, il aurait fallu dire : « Vous, de l'Ontario, vous avez accepté l'union à la condition d'avoir le tiers des sénateurs. Acceptez-vous de n'en avoir que le sixième? Dans la négative, l'entente sera rompue. Par conséquent, nous ne le ferons pas. » Vous savez comment les choses se sont passées, et nous vivons avec les conséquences.

Je suis d'accord avec vous. Il y a deux démarches possibles. Vous optez pour la manière latine, qui ressemble à un jardin français : tout doit être clair et net. Mais il y a aussi la manière anglaise, plus souple.

Le sénateur Murray : On s'en tire malgré la conclusion.

Mr. Tremblay: Yes, muddle through; that is well stated. Both are beautiful.

Senator Andreychuk: I rather like the French garden. I still come back to this point that you are taking the logic from one point of view, but you also asked what is the sanction, and you said that ultimately the sanction will be political. To go back to the arguments that I was pondering last night, the discretion was given totally to the Prime Minister. Ultimately, the choice is one that the Prime Minister makes. The sanction will be either an election or some other way in the House of Commons or elsewhere.

Mr. Tremblay: Or the Governor General will dissolve the House.

Senator Andreychuk: Exactly; so they would be political ramifications. Therefore, I think the discretion given to the Prime Minister took that into account.

Mr. Tremblay: The problem of sanction bothers me a lot. The difference between a real constitutional amendment and a simple act of the federal government acting alone creates the anguish about what the sanction would be because it is not contained in the Constitution, it is contained in federal legislation. There is no clear answer to any of that.

[Translation]

Senator Joyal: My first question is related to the Supreme Court decision on the Senate reference. Could you quote the part of the decision where the Supreme Court says that, as far as the term is concerned, since the court has no specific figure before it, it invites the parties to come back before the court with a specific figure.

Mr. Tremblay: It is not an invitation from the court, but it does not want to make a decision in the absence of this information.

[English]

The underpinning of what it is that you want. Are you going to say eight?

[Translation]

Senator Joyal: Can you provide that quote?

Mr. Tremblay: I will try to find it.

Senator Joyal: That is one of my questions.

[English]

Mr. Tremblay: The imposition of compulsory retirement at age 75 did not change the essential character of the Senate. However, to answer this question, we need to know what change of tenure is proposed.

[Translation]

Senator Joyal: Yes, that is exactly what I was looking for. The court having no specific numbers, that is to say on reducing the tenure, states that it cannot make a decision. Before concluding

M. Tremblay : Oui, bien dit. Les deux manières sont admirables.

Le sénateur Andreychuk : Je préfère les jardins français. Revenons à l'un des arguments que vous avez présentés : Vous avez parlé de la logique fondée sur un point de vue, mais vous avez aussi demandé quelle serait la sanction, affirmant qu'il s'agirait ultimement d'une sanction politique. Pour revenir aux arguments auxquels je réfléchissais hier soir, le premier ministre a une discréption totale. Au bout du compte, c'est lui qui fait les choix. Il subira la sanction par voix électorale ou autrement, à la Chambre des communes ou ailleurs.

M. Tremblay : Ou le Gouverneur général fait aussi dissoudre la Chambre.

Le sénateur Andreychuk : En effet, il y aurait donc des conséquences politiques. Je crois par conséquent qu'on en a tenu compte quand on a donné ce pouvoir discrétionnaire au premier ministre.

M. Tremblay : Le problème de la sanction me préoccupe beaucoup. La différence entre une véritable modification constitutionnelle et une simple loi du gouvernement fédéral adoptée unilatéralement crée une certaine anxiété quant à la sanction, puisqu'elle ne serait pas prévue par la Constitution, mais par une loi fédérale. Il n'y a pas de réponse claire à cette question.

[Français]

Le sénateur Joyal : Ma première question est reliée à la décision de la Cour suprême dans la référence du Sénat. Pourriez-vous citer le passage de la décision où la Cour suprême dit que, en ce qui concerne la durée du mandat, la cour n'ayant pas devant elle un chiffre précis, elle invite les parties à revenir devant la cour avec un chiffre précis.

Mr. Tremblay : Elle n'invite pas, mais dit que si ce n'est pas, elle ne veut pas le faire si elle n'a pas.

[Traduction]

Ce qui sous-tend ce que vous voulez. Choisissez-vous huit ans?

[Français]

Le sénateur Joyal : Pouvez-vous le citer?

M. Tremblay : Je vais essayer de vous le trouver.

Le sénateur Joyal : C'est une des questions.

[Traduction]

Mr. Tremblay : L'imposition de la retraite obligatoire à 75 ans n'a pas changé le caractère essentiel du Sénat. Mais pour répondre à cette question, il faut savoir quel changement est proposé à la durée du mandat.

[Français]

Le sénateur Joyal : D'accord, c'est exactement cela que je voulais. La cour n'ayant pas de chiffres précis, c'est-à-dire de réduction du mandat, dit qu'elle ne peut pas se prononcer. Avant

absolutely that reform or a reduction in tenure would be legal, the fundamental question must be asked as to whether or not this has the effect of altering one of the critical features of the institution.

Mr. Tremblay: You are absolutely right; there is a magic number, I do not know what it is, perhaps there is more than one, but there is a point at which the court would say: oh! That changes the essential character of the institution.

Senator Joyal: Yes, very well. My second point is on the subject of assent. As you have well said, in my opinion, let us push the reasoning to the absurd that is to say to its extreme: the Prime Minister does not appoint anyone to the Senate for 10 years. The institution would no longer be able to function normally, as it was designed, according to the features given to it under the Constitution. Would it not come to a point where the legislative process itself would become illegal, unconstitutional, based on section 91. I quote:

It shall be lawful for the Queen, by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. . .

From the moment that the Senate can no longer give its consent or an opinion, the legislation that is passed would be tainted with illegality because it would no longer be the concurrent expression of two forms of consent. Therefore, legislation that would be adopted with an empty Senate would, in my opinion, be illegal and the Supreme Court could declare it so.

Mr. Tremblay: I agree. The Supreme Court said that it was essential to have the opinion and consent of both Houses. It is critical. Therefore, unless the answer is clear: can the Parliament of Canada alone abolish the Senate? The answer is no. Even if we achieve the same result that is to say that there would be no more second or first chamber, let us say that there is one House that is missing, the legislation would not be legal.

Senator Joyal: Precisely. So if we push this reasoning to its extreme, the assent is more than political, it is also constitutional, that is to say that the very exercise of legislative power would be tainted.

Mr. Tremblay: Tainted.

Senator Joyal: Tainted by fundamental irregularities.

Mr. Tremblay: You would have a Parliament, a House of Commons that would be sitting, a government in power whose every piece of legislation introduced would always be illegal, and in fact the Governor General would refuse to give them assent. That is one scenario.

Senator Joyal: We understand each other.

Mr. Tremblay: They have to go to the Senate.

Senator Joyal: Not always, they can be sanctioned in his or her office.

Mr. Tremblay: I am letting my age slip.

Senator Joyal: There is legislation that framed royal assent, that was passed validly by the Parliament of Canada and is now in effect.

de pouvoir conclure de façon absolue que la réforme ou la réduction du terme serait légale, il faut se poser la question fondamentale si cela a pour effet d'affecter une des caractéristiques essentielles de l'institution?

M. Tremblay : Vous avez absolument raison; il y a un chiffre magique, je ne sais pas lequel, peut-être plus qu'un, mais il y a une limite sous laquelle la Cour dirait : oh! cela change le caractère essentiel de l'institution.

Le sénateur Joyal : D'accord, très bien. Mon deuxième point est au sujet de la sanction. Comme vous dites bien, à mon avis, poussons le cas à l'absurde, c'est-à-dire à l'extrême : le premier ministre ne nomme personne au Sénat pendant dix ans. L'institution n'est plus en mesure de fonctionner comme normalement elle était conçue, selon les caractéristiques qu'on lui attribue dans la Constitution. Est-ce qu'il n'arriverait pas à un point où le processus législatif lui-même serait illégal, inconstitutionnel, sur la base de l'article 91. Je lis cet article :

Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes.

À partir du moment où le Sénat ne peut plus donner son consentement ou un avis, la loi adoptée serait entachée d'illégalité parce qu'elle ne serait pas l'expression concurrente de deux consentements. Donc, une loi qui serait adoptée avec un Sénat vide serait, à mon avis, une loi illégale et la Cour suprême pourrait la déclarer illégale.

M. Tremblay : Je suis d'accord. La Cour suprême a dit que c'était essentiel d'avoir l'avis et le consentement des deux Chambres. C'est essentiel. Donc, là où la réponse est claire : est-ce que le Parlement du Canada peut seul abolir le Sénat? La réponse est non. Mais si on en arrive au même résultat à savoir qu'il n'y a plus de deuxième Chambre ou de première, il manque une Chambre, disons, la législation ne serait pas légitime.

Le sénateur Joyal : Exactement. Donc si on pousse le raisonnement à l'extrême, la sanction est plus que politique, mais aussi constitutionnelle, c'est-à-dire que c'est l'exercice même du pouvoir législatif qui serait entaché.

M. Tremblay : Entaché.

Le sénateur Joyal : Entaché d'irrégularités fondamentales.

M. Tremblay : Vous auriez un Parlement, une Chambre des communes qui siégerait, un gouvernement en place dont toutes les lois proposées seraient toujours illégales, d'ailleurs le Gouverneur général refuserait de les sanctionner. Ce serait un cas.

Le sénateur Joyal : On se retrouve.

M. Tremblay : Il faut qu'il vienne au Sénat.

Le sénateur Joyal : Pas toujours, il peut les sanctionner dans son bureau.

M. Tremblay : Je trahis mon âge.

Le sénateur Joyal : Une loi a encadré la sanction royale, qui a été adoptée par le Parlement du Canada validement et qui est maintenant en vigueur.

Mr. Tremblay: It is interesting that you say that; that means framing royal assent, which means that if we can frame royal assent, we can frame many other things as well.

Senator Joyal: That is what I believe. There are many less important things than royal assent that we could frame.

The third question I wanted to ask you concerns section 42(1) (b) of the Constitution Act of 1982. If you had the opportunity to read the testimony of the professor who appeared yesterday, it is on page 71. I will read this section with you:

Any amendment to the Constitution of Canada dealing with the following issues is made pursuant to section 38(1).

That is the 7/50 rule.

(b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;

The issue, as the professor pointed out in his presentation, is to know what the method of selecting senators is. How is this selection method defined? What would change the method of selecting senators? If we were to change any element of the method of selecting senators, we would find ourselves bound by the general formula in section 38(1), that is to say the 7/50 formula. You said earlier on during your presentation that the Prime Minister may consult whomever he wishes.

But the Supreme Court was very clear in the reference that you mentioned to wit that the election of senators would form a chamber other than the one designed at the outset by the Fathers of Confederation. It would therefore be a basic change in the character of the institution and on that basis, it would necessarily come under section 38(1). In what way can we define the method of selection of senators in your opinion?

Mr. Tremblay: I will start with the drafting of section 42. Look at the capitals. Any amendment of the Constitution of Canada. That means we cannot touch this text without using section 38(1).

It means that I cannot and that there would be no constitutional duty to act one way rather than another. I have not dealt with that, but we are at a prior stage; there is no constitutional obligation for the Governor General to consult with anyone, even by referendum or election, regardless of the means. Is there any constitutional impediment to him obliging himself to consult in such a way? What requires the process you are referring to would be someone wanting to alter this text in the same way that we did when we moved from lifetime appointments to a reduction to 75 years. But if the Governor General were to say before taking decision A or decision B, that I accept popular consultation that will not be constitutionally binding, but that would be a consultation through the constitutional lens, I think that would be as legal as the judicial appointment committees.

Senator Joyal: And judicial appointment committees, as you know, do not limit the prerogative of choosing candidates that are on the list or not. There was a Minister of Justice, Mr. Rock,

M. Tremblay : C'est intéressant ce que vous dites; cela veut dire encadrer la sanction royale, cela veut dire que si on peut encadrer la sanction royale, on peut encadrer bien des choses.

Le sénateur Joyal : C'est ce que je crois. Il y a bien des choses moins importantes que la sanction royale qu'on peut encadrer.

La troisième question que je voudrais vous poser est relative à l'article 42(1)b) de Loi constitutionnelle de 1982. Si vous avez eu l'occasion de lire le témoignage du professeur qui a comparu hier, c'est à la page 71. Je lis cet article avec vous :

Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1).

C'est la règle de 7/50.

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

La question est de savoir comme le professeur l'a souligné dans sa présentation : de quoi est constitué le mode de sélection des sénateurs? Comment définir le mode de sélection des sénateurs? Qu'est-ce qui changerait le mode de sélection des sénateurs? Si on change un élément du mode de sélection des sénateurs, on se trouve sous l'emprise de la formule générale de l'article 38(1), c'est-à-dire le 7/50. Vous y avez fait allusion tantôt dans votre présentation que le premier ministre peut consulter qui il veut.

Mais la Cour suprême a été très claire dans la référence que vous avez mentionnée à savoir que l'élection des sénateurs constituerait une autre Chambre que celle que les pères originaux de la Confédération avaient conçue. Ce serait donc un changement substantiel de la nature de l'institution et sur cette base, on serait nécessairement sous l'emprise de l'article 38(1). En quoi ou comment peut-on définir le mode de sélection des sénateurs d'après vous?

Mr. Tremblay : Je commence par la rédaction de l'article 42. Regardez les majuscules. Toute modification de la Constitution du Canada. Cela veut dire qu'on ne peut pas toucher à ce texte sans passer par l'article 38(1).

Cela veut dire que je ne peux pas et qu'il n'y aurait pas de devoir constitutionnel d'agir d'une façon plutôt que de l'autre. Je n'ai pas touché à cela. Mais on est un étage plus bas; il n'y aurait pas d'obligation constitutionnelle pour le Gouverneur général de consulter qui que ce soit, même par référendum ou par élection, quelle que soit la façon. Est-ce qu'il y a un empêchement constitutionnel à ce qu'il s'astreigne lui-même à consulter de cette façon? Ce qui requiert le processus dont vous parlez, c'est quelqu'un qui veut toucher à ce texte de la même façon qu'on l'a touché lorsqu'on est parti des nominations à vie pour les réduire à 75 ans. Mais si le Gouverneur général dit avant de prendre la décision A ou la décision B, j'accepte une consultation populaire qui ne le lierait pas sur le plan constitutionnel, mais qui serait consultative seulement sur le plan constitutionnel, je pense que ce serait aussi légal que les comités de nomination des juges.

Le sénateur Joyal : Et les comités de nomination des juges, comme vous le savez, ne limitent pas la prérogative de choisir un candidat à l'intérieur de la liste ou à l'extérieur de la liste. Il y a eu

who committed to not recommending names that were not on the list, but that was valid only for that particular Minister of Justice as another minister recommended candidates who were not on the list.

Mr. Tremblay: I agree with you.

Senator Joyal: Therefore, the limit is not an imperative limit.

Mr. Tremblay: That is the word you are using. That is why I was talking about assent earlier on.

Senator Joyal: I do not want to get into a debate on Bill C-20 or on Bill C-43, but as soon as you start circumscribing discretion, at this stage, you are putting the method of selection into another context, there is a nuance.

Mr. Tremblay: I agree.

Senator Joyal: There is a difference between the two. And that is where, in my opinion, we are bound by the method of selection. Insofar as the Prime Minister can commit to consulting the provinces or a council of respected citizens, et cetera, through letters or otherwise, in my opinion, there would be no constitutional limitation. But when we start to say: here are the candidates and it will only be one of them, and they will be chosen by popular vote, we are changing the nature of the identification of candidates.

Mr. Tremblay: Let us imagine that the Prime Minister came before a next parliament and said: listen, for that to happen, first a statute needs to be interpreted in such a way as to give it constitutional meaning, rather than the other way around, and for it to be constitutional, it cannot be consultative, even slightly consultative. Just like your justice minister earlier, I am here to tell you right away that I am going to appoint who I want, I am going to look at what people have to say, but I am going to appoint who I want. And how would this be sanctioned?

Senator Joyal: Let me turn the question on its head; let us say that there are three nominees chosen through a consultative vote and the Prime Minister does not appoint any of the nominees and decides, instead, to appoint somebody else. Could one of the individuals who has a legal basis as a nominee, given that this would be a parliamentary statute, could such an individual not go before the courts and say I am one of the three nominees and under the act, the Prime Minister had to make his choice from the list of three nominees; and by extension, the Prime Minister has broken the law.

Mr. Tremblay: Well, that brings me back to what I said before. You are taking the argument to the next step.

[*English*]

At the end of the day, how bound would the Governor General be by such legislation?

un ministre de la Justice, M. Rock, qui s'est engagé à ne pas recommander des noms à l'extérieur de la liste, mais cela ne valait pas que pour ce ministre de la Justice puisqu'un autre ministre de la Justice a recommandé des candidats qui ne faisaient pas partie de la liste.

M. Tremblay : Je suis d'accord avec vous.

Le sénateur Joyal : Donc, la limite n'était pas une limite impérative.

M. Tremblay : C'est le mot que vous utilisez. C'est pour cela que je parlais de sanction tantôt.

Le sénateur Joyal : Je ne veux pas entrer dans le débat du projet de loi C-20 ou du projet de loi C-43, mais à partir du moment où vous encadrez de façon limitative la discréption, à cette étape, vous êtes dans un autre contexte sur le mode de sélection. Il y a une nuance.

M. Tremblay : Je suis d'accord.

Le sénateur Joyal : Entre l'un et l'autre. Et c'est là où, à mon avis, on tombe sous l'emprise du choix de la méthode de sélection. Dans la mesure où le premier ministre s'engagerait à consulter les provinces ou un conseil de citoyens immédiats, et cetera, par lettre ou autrement, à mon avis, il n'y aurait pas de limitation constitutionnelle. Mais à partir du moment où on dit : voici les candidats et ce ne seront que ceux-là et ils seront déterminés par un vote populaire, on a changé la nature de l'identification des candidats.

M. Tremblay : Supposons que le premier ministre arrivait à un Parlement subséquent et disait : écoutez, pour que cela ait lieu, d'abord on doit interpréter une disposition législative pour lui donner un sens constitutionnel plutôt que l'inverse et pour que ce soit constitutionnel, cela ne peut être que consultatif à la limite que consultatif. Comme votre ministre de la Justice tantôt, je vous dis tout de suite que je vais nommer qui je veux, je vais regarder ce que les gens vont dire, mais je vais nommer qui je veux. Quelle serait la sanction?

Le sénateur Joyal : Je vous pose la question inverse; à supposer qu'il y ait trois candidats choisis par un vote consultatif et que le premier ministre ne nomme aucun de ces candidats et décide de nommer à l'extérieur de ces candidats. Est-ce qu'une personne qui serait l'un des candidats déterminés par la loi, parce que ce serait une loi du Parlement, ne pourrait pas à ce moment-là aller devant un tribunal et dire qu'il était l'un des trois candidats déterminés et cette loi détermine, prévoyait que le premier ministre devait choisir à l'intérieur de ces trois candidats; le premier ministre est en violation de la loi.

M. Tremblay : Cela revient exactement à ce que je disais tantôt. Vous apportez un raisonnement à un autre niveau.

[*Traduction*]

Au bout du compte, dans quelle mesure les pouvoirs du Gouverneur général sont-ils limités par cette loi?

[Translation]

Normally, it is an organization that would have discretion in the matter and establish rules. So an individual could say: you have created these rules and I am dealing with you because you created these rules, and since they are your creation, you are bound by your own rules, whether it be the energy commission or any other body.

I am quite sure someone might make a convincing argument and say to the Governor General: you have agreed to be constrained in giving royal assent to this bill, so you are going to have to follow the rules, otherwise it will not be fair. And the Supreme Court could then say: regardless of the wording, at the end of the day, the appointment of another individual would be lawful because the discretion provided for by the Constitution remains.

The Chair: I apologize, but we do not have much time.

Mr. Tremblay: We could spend two days debating this.

The Chair: You are right.

[English]

Senator Di Nino: I want to go back to Senator Joyal's previous comment. It is always interesting to sit as a non-learned counsel at these discussions, which are interesting and educational. Those of us who do not have that training or those skills like to look at it in a more practical way. Senator Joyal was talking about a situation where, in effect, the Senate would have no members. That is a hypothetical. That is not the issue, not what we are facing today. I do not see what that has to do with this bill, frankly, because we have had situations over the years where there have been more than 14 Senate vacancies, and the Senate has continued to function. I just want to put that on the record.

The question really is at what point in time are those vacancies an issue. Is it when quorum is no longer available, or is it when there are no senators at all in the Senate?

Mr. Tremblay: Or no one wants the job?

Senator Di Nino: Or no one wants the job. That could well be, Mr. Tremblay.

Mr. Tremblay: It is absolutely true that when you push it to the absurd, there is no answer. If no one respects or fulfills their constitutional obligation, if the director general for elections does not call an election even if the House is dissolved, if the Supreme Court decides never to render any judgments, it is total chaos. You have places where the legislation was perfect but no system is functioning. You need to take people in good faith and assume that the Prime Minister will do his constitutional job. At one point, the Governor General should dissolve the House if nothing happens there. However, if the Governor General does not do his or her job, who dis-appoints the Governor General? You could create a scenario where there is no country any more. I agree with that.

[Français]

Là, c'est normalement un organisme qui aurait discréption et qui adopte des règles. Le citoyen dit : vous avez adopté des règles et je m'adresse à vous parce que vous avez adopté des règles et si vous avez accepté d'adopter ces règles, vous êtes lié par vos propres règles, que ce soit la commission de l'énergie ou autre.

Je suis convaincu que quelqu'un pourrait proposer un argument passablement convaincant où il dirait au Gouverneur général : vous avez accepté d'être limité en donnant la sanction royale à cette loi, vous allez donc suivre ces règles ou ce n'est pas juste. La Cour suprême pourrait alors dire : quel que soit le choix des mots, à la fin, la nomination d'un autre ne serait pas invalide parce que la discréption donnée par la Constitution n'a pas été enlevée.

La présidente : Je suis désolée, mais nous sommes limités dans le temps.

M. Tremblay : On pourrait passer deux jours sur ce débat.

La présidente : Justement.

[Traduction]

Le sénateur Di Nino : Revenons à ce qu'a dit tantôt le sénateur Joyal. Il est toujours intéressant d'écouter ces discussions en profane. Elles sont intéressantes et édifiantes. Pour ceux d'entre nous qui ne sommes pas juristes et qui n'avons pas ces compétences-là, il faut voir la chose d'un œil pratique. Le sénateur Joyal parlait d'une situation hypothétique où le Sénat n'aurait plus de sénateur. C'est une hypothèse. Ce n'est pas le problème que nous avons actuellement. Je ne vois pas ce que cela a à voir avec ce projet de loi, bien franchement, parce qu'au fil du temps, il est arrivé qu'il y ait plus de 14 vacances au Sénat sans que cela empêche le Sénat de fonctionner. Je tenais à le dire pour les besoins du compte rendu.

Ce qu'il faut savoir, c'est à quel moment ces vacances posent problème. Est-ce lorsqu'on ne peut plus avoir de quorum? Est-ce lorsqu'il n'y a plus de sénateur au Sénat?

M. Tremblay : Peut-être que personne ne veut le poste.

Le sénateur Di Nino : Peut-être bien. C'est fort possible, monsieur Tremblay.

M. Tremblay : Il est vrai que si on pousse l'argument jusqu'à bout, il n'y a pas de réponse. Si personne ne remplit cette obligation constitutionnelle, si le directeur général des élections ne déclenche pas d'élections même si le Parlement est dissous, et si la Cour suprême décide de ne plus rendre de jugements, c'est le chaos total. Il y a en effet des lois parfaites qui existent mais aucun système ne permettant de les mettre en œuvre. Il faut présumer que tous sont de bonne foi et que le premier ministre assumera ses responsabilités constitutionnelles. À un moment donné, le Gouverneur général devra dissoudre le Parlement si rien ne se passe. Toutefois, si le Gouverneur général n'assume pas ses responsabilités, qui destitue le Gouverneur général? Il se pourrait en effet que plus rien ne fonctionne au pays. Je suis d'accord avec vous.

It was all intellectual as to why would it be illegal for the government or Parliament to adopt legislation that would limit the discretion of the Governor General. There were 14 Senate vacancies for years, and at one point, in order to have a piece of legislation passed — for free trade, I think — eight new senators were appointed.

Senator Di Nino: You will agree that that argument will not really impact on this bill. That may happen many years from now, but my suggestion is it will probably never happen.

We are looking at improving the institution. I cannot see how Bill S-224 would be seen as an improvement on the Senate itself. That there are vacancies is an everyday fact of life. Sometimes there are three vacancies. In the 1980s, there were 24 or 26 vacancies and the institution still functioned.

Mr. Tremblay: There is, somewhere, a duty to appoint people to a vacant job. The question is where and when.

Senator Di Nino: Exactly.

Mr. Tremblay: For instance, you have sometimes had vacancies that impacted the Senate to the point where the Chief Justice intervened. There are not supposed to be too many communications between the Prime Minister and the Chief Justice, but it is now dysfunctional because we need someone.

However, where is the sanction? If the sanction is political, and if a Prime Minister does not fulfil his constitutional obligations, what can we do? A case before a court in Quebec could sometimes take months and months. Now, people have learned that it is important for the public to have a full band so that people can have their cases heard, and there is less of that.

However, what do you do if the government does not appoint judges, and people wait for years before their cases are heard? You make a big scene and you defeat the government. This bill wants to give a delay of about six months, a year.

Senator Milne: Mr. Tremblay, to get back to the bill that is before us, in answer to the question of what recourses are possible if a Prime Minister is not fulfilling his constitutional duty to appoint senators, you have said that they are political. I believe the purpose behind this bill, and Senator Moore can certainly tell you exactly, is to address the fact that we now have 13 vacancies in the Senate. By the end of next year there will be 30, and that will definitely affect how the Senate is able to perform its constitutional duty.

How do we force a Prime Minister, who is bound by law to stay in office until at least the next election, for which he has already set the date in legislation?

Mr. Tremblay: Is that constitutional?

La discussion sur la question de savoir s'il serait illégal pour le gouvernement ou le Parlement d'adopter une loi qui limiterait le pouvoir discrétionnaire du Gouverneur général était théorique. Pendant des années, 14 postes de sénateur sont restés vacants jusqu'à ce que, pour faire adopter un projet de loi particulier — sur le libre-échange, je crois — on a nommé huit nouveaux sénateurs.

Le sénateur Di Nino : Vous conviendrez que cet argument n'a pas véritablement d'incidence sur ce projet de loi. Cela pourrait se produire un jour, dans un avenir éloigné, mais selon moi, ça ne se produira jamais.

Nous voulons améliorer l'institution du Sénat. Or, je vois mal comment le projet de loi S-224 améliore le Sénat comme tel. Il arrive que des postes soient vacants, c'est une réalité. Parfois, trois postes sont vacants. Dans les années 1980, il y a eu 24 ou 26 vacances et ça n'a pas empêché le Sénat de fonctionner.

M. Tremblay : Le devoir de combler ces postes vacants existe. La question est de savoir à qui cette tâche incombe et à quel moment.

Le sénateur Di Nino : En effet.

M. Tremblay : Ainsi, il est arrivé qu'il y ait des vacances au Sénat qui avaient des conséquences telles que le juge en chef a cru bon d'intervenir. Le premier ministre et le juge en chef ne sont pas censés avoir des communications régulières, mais leur relation est maintenant dysfonctionnelle parce qu'il faut quelqu'un.

Toutefois, quelle est la sanction? Si la sanction est politique et si le premier ministre n'assume pas ses obligations constitutionnelles, que pouvons-nous faire? Une cause pouvait rester aux mains des tribunaux au Québec pendant des mois et des mois jusqu'à ce qu'on comprenne qu'il fallait doter tous les postes de juges pour que les justiciables puissent se faire entendre par les tribunaux, et les délais sont maintenant plus courts.

Toutefois, que pouvez-vous faire si le gouvernement ne comble pas les postes de juge et que, en conséquence, les gens attendent des années pour faire entendre leurs causes? Vous protestez et vous faites tomber le gouvernement. Ce projet de loi prévoit une période de six mois à un an.

Le sénateur Milne : Monsieur Tremblay, revenons au projet de loi dont nous sommes saisis. En réponse à la question sur les recours qui existent si le premier ministre se soustrait à sa responsabilité constitutionnelle de combler les postes de sénateur, vous avez dit que les recours sont politiques. Selon moi, et le sénateur Moore pourra vous le confirmer, ce projet de loi vise à faire en sorte que les 13 postes actuellement vacants soient comblés. D'ici la fin de l'an prochain, il y aura 30 vacances au Sénat, et cela aura certainement une incidence sur la capacité du Sénat d'assumer ses devoirs constitutionnels.

Comment pouvons-nous forcer le premier ministre à agir? La loi l'oblige à rester en poste au moins jusqu'aux prochaines élections, lesquelles se tiendront à une date qu'il a déjà fixée dans une loi.

M. Tremblay : Cette loi est inconstitutionnelle?

Senator Milne: Good question. You are the expert. Let us talk about that very issue, then.

If this bill becomes law and is violated in the future, would the penalties have to be similar in nature to what would be faced if this recent law about fixed election dates is violated in the future?

Mr. Tremblay: I think a court would say that it is mandatory or directory, but it would not oust the Prime Minister from office if he did not do that. We come back to the issue of sanction. What is the sanction?

Senator Milne: Your third point was whether this affects the federal-provincial balance of power? Right now we have provinces and one territory with no representation in the Senate whatsoever. We have a province with only 50 per cent representation in the Senate. How do we get a sitting Prime Minister to proceed and appoint some senators before some of us die?

Mr. Tremblay: I am looking around. I think you will be around at the next election.

There is no legal way to do so. The problem is that, when you start touching this thing, other issues are raised. What you are saying could be solved only if we had, for instance, the American system where everybody is elected for a fixed term. Then it is all right. There are no vacancies ever because they are elected for a fixed term.

The other side of the coin is that I do not like piecemeal legislation, where you fix it here, fix it there; but in our country, if you do not do something a bit piecemeal, you do nothing, because it takes a century to move anything, especially in constitutional matters.

Senator Milne: Perhaps especially with this Prime Minister.

Mr. Tremblay: I will not go there. I want to be appointed to the Senate.

Senator Joyal: You are not running for election.

Mr. Tremblay: I am no longer running. I have been elected now.

Senator Moore: Thank you for being here, Mr. Tremblay. I have a number of questions.

Senator Andreychuk alluded to one reason that she perceived for me to have brought this bill forward, and that is the issue of whether the Senate can function properly with so many vacancies. Senator Milne said that next year there will be up to 30 vacancies.

Yesterday, in his testimony before us, Professor David Smith told us that there is a duty to appoint. The Constitution does not say "may" but "shall." Do you agree with that?

Mr. Tremblay: Yes, but the problem is when.

Le sénateur Milne : Excellente question. C'est vous l'expert. Parlons donc de ce point.

Si cette mesure législative devient loi et qu'elle fait l'objet d'une violation, les peines devraient-elles être de même nature que celles dont on est possible si on viole la loi adoptée récemment sur les élections à date fixe?

Mr. Tremblay : Selon moi, le tribunal devant trancher déclarerait que cette mesure exprime une obligation ou une directive, mais que le premier ministre ne serait pas destitué s'il ne se conformait pas à la loi. Cela nous ramène à la question de la sanction. Quelle est la sanction?

Le sénateur Milne : Vous avez aussi évoqué l'équilibre des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces. Actuellement, un territoire et des provinces n'ont aucun représentant au Sénat. La moitié des postes de sénateur qui reviennent à une province en particulier sont vacants. Comment pouvons-nous inciter le premier ministre à nommer des sénateurs avant que certains d'entre nous meurent?

Mr. Tremblay : Je regarde autour de moi et je suis convaincu que vous serez tous encore au Sénat aux prochaines élections.

En droit, il n'y a pas de recours. Le problème, c'est que dès qu'on tente d'intervenir, on soulève d'autres questions. Nous pourrions résoudre le problème que vous signalez si notre régime était semblable à celui des Américains où tous sont élus pour un mandat fixe. Dans un tel système, cela serait possible. Il n'y a jamais de vacance parce qu'il y a des élections à date fixe.

En revanche, l'approche fragmentaire ne me plaît pas. Adopter une mesure législative pour régler ce problème, puis une autre pour régler cet autre problème ne fonctionne pas au Canada parce qu'il faut près d'un siècle pour changer quoi que ce soit, surtout en matière constitutionnelle.

Le sénateur Milne : C'est peut-être encore plus vrai pour le premier ministre actuel.

Mr. Tremblay : Je préfère ne pas répondre. Je veux devenir sénateur.

Le sénateur Joyal : Vous n'êtes pas candidat aux élections.

Mr. Tremblay : Plus maintenant. J'ai été élu.

Le sénateur Moore : Merci d'être venu, monsieur Tremblay. J'ai plusieurs questions à vous poser.

Le sénateur Andreychuk a fait allusion à une raison qui m'aurait amené, selon elle, à présenter ce projet de loi. Il s'agit de la question de savoir si le Sénat peut fonctionner convenablement quand il y a tant de vacances. Le sénateur Milne a fait remarquer que, d'ici l'an prochain, il y aura 30 postes vacants.

Hier, lors de son témoignage, le professeur David Smith nous a affirmé qu'il existe un devoir de nommer les sénateurs. La Constitution dit bien « mandera (...) au Sénat (...) des personnes », et non pas « pourra mander »; n'est-ce pas?

Mr. Tremblay : En effet, mais le problème est de savoir à quel moment.

Senator Moore: Exactly. When a vacancy occurs.

Senator Murray: Section 32 states: "When a Vacancy happens."

The Chair: How do you reconcile sections 24 and 32? Section 24 says "from Time to Time" and section 32 says "When a Vacancy happens."

Mr. Tremblay: This is inconsistent. If it is "from Time to Time," what does that mean? Was it only applicable at the beginning because after that it was only vacancies?

The Prime Minister could have taken 10 years at the beginning of the Confederation because it is "from Time to Time," but the minute you have someone, there is a "shall."

Senator Murray: "When," yes.

Mr. Tremblay: But is that the following day?

Senator Murray: That is what we are trying to determine.

Mr. Tremblay: Section 33 is also very interesting. It is even more inconsistent. If it is totally discretionary on the part of the Prime Minister or the Governor General to appoint a senator, how is it the business of the Senate to decide that a senator is not qualified?

Senator Moore: I do not know, but can I get back to the bill? You hinted that if this bill became law and the Governor General did not respect it, there would be no way to sanction a failure to comply except by way of public sanction or general election. Yet, such a provision already exists with respect to the House of Commons, where the Governor General is obliged by statute to exercise the prerogative in 180 days. Why should the same not apply to the Senate?

Mr. Tremblay: That is fine if the act says it must be done within six months. My point was, whether it was the one you just quoted or the one you proposed, what is the sanction if the Governor General does not. It is not particular to that case; it is a general political system.

Senator Moore: I am not happy with governments of any stripe not having filled these vacancies. I will touch on the House of Commons aspect of my bill in a moment. I do not care what political stripe — they have all ignored and abused the rights of the people to have their proper constitutional representation in a timely way in both Houses. I do not think that years and years of waiting are right. I do not think that is what the Fathers of Confederation contemplated. In a modern democracy, I do not think it is reasonable to expect that that is what should prevail.

Based on your approach, would you say that Parliament was making a constitutional amendment when it created the provision in the Parliament of Canada Act to require the Governor General to cause elections within 180 days?

Le sénateur Moore : Oui, quand un poste devient vacant.

Le sénateur Murray : L'article 32 dit : « Quand un siège deviendra vacant ».

La présidente : Que faites-vous des contradictions entre les articles 24 et 32? L'article 24 dit « de temps à autre » alors que l'article 32 dit « quand un siège deviendra vacant ».

M. Tremblay : Il y a en effet contradiction. Si c'est « de temps à autre », qu'est-ce que cela veut dire? Cela ne s'appliquait-il qu'au début, parce que, ce n'est que par la suite qu'il y a eu des vacances?

Le premier ministre aurait pu attendre dix ans après la naissance de la Confédération pour choisir les sénateurs puisque la Constitution dit « de temps à autre », mais dès que le poste est comblé, s'il devient vacant, il y a une obligation.

Le sénateur Murray : Oui, mais quand?

M. Tremblay : Dès le lendemain?

Le sénateur Murray : C'est ce que nous tentons de déterminer.

M. Tremblay : L'article 33 est aussi très intéressant; il est encore plus contradictoire. Si le pouvoir de nommer un sénateur est un pouvoir discrétionnaire afférant au premier ministre ou au Gouverneur général, comment se fait-il que le Sénat décide qu'un sénateur n'est pas qualifié?

Le sénateur Moore : Je ne sais pas, mais pourrions-nous revenir au projet de loi? Vous avez laissé entendre que, si cette mesure législative devient loi, et que le Gouverneur général ne la respecte pas, il n'y aurait d'autres sanctions que la sanction publique ou des élections générales. Hors, une telle disposition existe déjà pour la Chambre des communes : le Gouverneur général est tenu par la loi d'exercer cette prérogative dans les 180 jours. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour le Sénat?

M. Tremblay : Ce pourrait l'être si la loi disait que cela doit être fait dans les six mois. Moi, je voulais souligner le fait que, que l'on invoque la disposition que vous venez de citer ou celle que vous proposez, si le Gouverneur général ne s'y conforme pas, il n'y a pas de sanction. Ce n'est pas une situation particulière à ce cas; mais plutôt une situation qui découle du système politique en général.

Le sénateur Moore : Je juge inacceptable que les partis au pouvoir, quels qu'ils soient, n'aient pas comblé ces vacances. Je reviendrais dans un moment à la partie de mon projet de loi qui touche à la Chambre des communes. Je doute que les formations politiques qui ont constitué le gouvernement ont négligé et même enfreint les droits des Canadiens à une représentation constitutionnelle convenable, assurée sans retard dans les deux Chambres. C'est inacceptable d'attendre des années et des années. Je ne crois pas que ce soit ce que les Pères de la Confédération ont souhaité. Dans une démocratie moderne, il apparaît très raisonnable qu'on s'attende à cela.

Selon votre approche, diriez-vous que le Parlement a modifié la Constitution quand il a adopté la disposition de la Loi sur le Parlement du Canada obligeant le Gouverneur général à tenir des élections dans les 180 jours qui suivent?

Mr. Tremblay: No.

Senator Moore: That provision has never been challenged?

Mr. Tremblay: No.

Senator Moore: When I worked with my colleagues to put this bill together, I looked at that. I thought it was a reasonable approach, and that is why I put it in. I wanted to make sure this bill was on the same solid constitutional footing. Do you have any comment about that? Do you think I am on good constitutional footing?

Mr. Tremblay: I agree with you. It is like your royal sanction, which is now regulated by an act of Parliament. Normally with a royal sanction, the Queen decides if and when to do it. That is not how it works. That is why I was pointing at section 42 of the Constitution. That means this piece of paper. If it is something short of touching that piece of paper, then what is it? I suppose that Senator Joyal's argument could be that you are doing indirectly what you cannot do directly. It is tantamount to a constitutional amendment because you are binding yourself to something that does not bind you in the act itself.

Senator Moore: Another reason I brought this bill forward is the whole idea of the right of people to have representation in both Houses. Senator Milne mentioned a vacancy in the Yukon. Those people have not been represented since December 2006. British Columbia has only half of its constitutional complement. Nova Scotia, my province, has three vacancies among our ten seats. I think also of the House of Commons and the abuse of the discretion of the Prime Minister calling by-elections not sequentially. We had the Roberval situation within 13 days, but seats in Toronto have been empty for nine months. Again, the citizens are denied representation.

Mr. Tremblay: That is more political than juridical, but I agree that it is abnormal in our system for portions of the population to be unrepresented for any amount of time. That time should be as short as possible. How can you force someone's hand?

Senator Moore: I am trying to put in place a provision that will respect and respond to the right of the people and not the right of one person — regardless of who occupies the office of Prime Minister. My concern is that the people of Canada have representation in both Houses, which they are entitled to but not getting.

Mr. Tremblay: I am talking about the legality here. You are talking about the political side. As a citizen, what you are saying makes sense.

For example, to call an election is the exclusive prerogative of the Prime Minister. He looks at the polls and feels it is the correct time, whether or not it is good for anyone other than him as he

M. Tremblay : Non.

Le sénateur Moore : Cette disposition a-t-elle déjà été contestée?

M. Tremblay : Non.

Le sénateur Moore : J'ai examiné cette question quand mes collègues et moi travaillions à ce projet de loi. Cela m'est apparu comme une approche raisonnable et c'est pourquoi je l'ai incluse dans mon projet de loi. Je voulais m'assurer que cette mesure législative aurait les mêmes solides fondements constitutionnels. Qu'en pensez-vous? Estimez-vous que les fondements constitutionnels de ce projet de loi sont bons?

M. Tremblay : Oui. C'est comme votre sanction royale qui est maintenant régie par une loi. Normalement, c'est la reine qui décide de donner sa sanction et du moment où elle le fait. Ce n'est toutefois pas ainsi au Canada. C'est pourquoi j'ai attiré votre attention sur l'article 42 de la Constitution, ce document-ci. Si cela ne touche pas la Constitution, qu'est-ce? Le sénateur Joyal ferait probablement valoir que vous tentez de faire indirectement ce que vous ne pouvez faire directement. Cela équivaut à une modification de la Constitution parce que vous vous assujetchez à une obligation qui n'est pas prévue par la loi.

Le sénateur Moore : J'ai aussi présenté ce texte législatif parce que j'estime que les Canadiens ont le droit d'être bien représentés aux deux chambres. Le sénateur Milne a fait mention du poste de sénateur représentant le Yukon qui est vacant depuis décembre 2006. La Colombie-Britannique n'a que la moitié des sénateurs que lui confère la Constitution. Trois des dix postes de sénateur de la Nouvelle-Écosse, ma province, sont sans titulaires. Je pense aussi à ce qui se passe à la Chambre des communes où le premier ministre abuse de son pouvoir discrétionnaire et déclenche des élections partielles quand bon lui semble. Dans Roberval, il n'a fallu que 13 jours pour que des élections soient déclenchées, alors que, dans la région de Toronto, des sièges sont restés inoccupés pendant neuf mois. Encore une fois, les citoyens de ces circonscriptions ont été privés de représentant.

M. Tremblay : Cette question est davantage politique que juridique, mais j'estime aussi qu'il est anormal dans notre système que des gens restent sans représentant pendant une période prolongée. Cette période devrait être la plus brève possible. Mais comment forcer le premier ministre à agir?

Le sénateur Moore : Je voudrais mettre en place une disposition qui respecterait le droit de la population et non pas le droit d'une seule personne — peu importe celui ou celle qui occupe les fonctions de premier ministre. Je tiens à ce que les Canadiens soient représentés à la Chambre haute et à la Chambre basse; c'est leur droit mais on ne le respecte pas.

M. Tremblay : Moi, je m'intéresse plutôt à la légalité de la chose. Vous, vous abordez plutôt le côté politique. Comme simple citoyen, j'estime que ce que vous dites est très logique.

Ainsi, seul le premier ministre jouit de la prérogative de déclencher une élection. Il examine les résultats des sondages et quand il juge le moment opportun, il déclenche une élection pour

tries to get his party re-elected. It has been the British tradition for centuries and that is how it is done. In the U.S., the election date is fixed.

Senator Moore: We heard yesterday that that is not quite the system now. I am thinking of by-elections, which are part of that bill.

Mr. Tremblay: At least when he calls elections, it is elections for everyone.

Senator Moore: Yes.

Senator Murray: I want to go over with the witness the four questions that he posed to see if my understanding of his answers is correct.

First, does this bill affect the complete discretion that you say the Constitution otherwise gives to the Governor General? Your answer to that is yes.

Second, can the Governor General acquiesce in limiting her own discretion? The answer to that is yes.

Third, if the Governor General does so, would the proposed legislation affect the constitutional balance? That is, is this within our power as a Parliament of Canada? The answer to that is yes.

The fourth question is one of sanctions, which, I think you say, are entirely political.

For the record, given the requirement that a government must issue a writ for a by-election within 180 days of the vacancy occurring in the House of Commons, if the government fails to issue that writ, what happens? Does the Governor General, on her own initiative, issue the writ? Or does someone go to court and demand a judgment from the court that would require the government to issue the writ?

Mr. Tremblay: That is very interesting. I know of one case from Australia where an injunction was issued. It is always parliamentary sanction, but in this case, an injunction was issued. There is also the Air Canada case, where the court says, "I order the members of cabinet to advise the Queen to go in that direction." Suppose that they do not. Do they all end up in jail or are they given a fine?

Senator Murray: Presumably, that is the same sanction that would exist with regard to Senate vacancies under Senator Moore's bill.

Mr. Tremblay: But you advise the Governor General, and the Governor General says no. The apex of the pyramid would not respect the law.

Senator Murray: In that case, the Prime Minister resigns and maybe the Governor General cannot get someone else to carry on the business of government.

Mr. Tremblay: A crisis over crisis.

faire réélire son parti, que cela convienne aux autres ou non. Il y a des siècles que c'est la tradition en Grande-Bretagne, où on procède encore ainsi, alors qu'aux États-Unis, les élections se tiennent à date fixe.

Le sénateur Moore : On nous a dit hier que ce n'est plus tout à fait vrai. Je pense aux élections partielles, qui sont aussi prévues dans mon projet de loi.

M. Tremblay : Au moins, quand il déclenche des élections, ce sont des élections générales.

Le sénateur Moore : Oui.

Le sénateur Murray : Je veux revenir à quatre questions qui ont été posées au témoin afin de m'assurer d'avoir bien compris ses réponses.

Premièrement, ce projet de loi entame-t-il le pouvoir discrétionnaire total que, selon vous, la Constitution confère au Gouverneur général? Vous avez répondu oui.

Deuxièmement, le Gouverneur général peut-il accepter qu'on limite son pouvoir discrétionnaire? Vous avez répondu oui.

Troisièmement, dans ce cas, le projet de loi aurait-il une incidence sur l'équilibre constitutionnel? Autrement dit, cela relève-t-il de notre compétence de Parlement du Canada? Vous avez répondu oui.

La quatrième question portait sur les sanctions qui sont, selon vous, entièrement politiques.

Aux fins du compte rendu, puisque le gouvernement est tenu de délivrer un bref électoral au plus tard 180 jours après qu'un siège de député ne devienne vacant, que se passe-t-il si le gouvernement omet de le faire? Le Gouverneur général peut-il, de sa propre initiative, délivrer le bref? Doit-on demander au tribunal de rendre une décision exigeant du gouvernement qu'il délivre le bref?

M. Tremblay : C'est une question intéressante. Je sais que dans un cas, en Australie, le tribunal a rendu une ordonnance d'injonction. Il y a aussi la cause Air Canada où la cour a ordonné aux membres du cabinet de conseiller à la reine d'aller dans ce sens. S'ils ne l'avaient pas fait, auraient-ils été condamnés à une amende ou à une peine de prison?

Le sénateur Murray : Je présume que la même sanction serait prévue pour les infractions au projet de loi du sénateur Moore concernant les vacances au Sénat.

M. Tremblay : Mais si vous conseillez au Gouverneur général d'agir et que celui-ci refuse, c'est l'organe suprême du pays qui ne respecte pas la loi.

Le sénateur Murray : Dans ce cas, le premier ministre remet sa décision et peut-être que le Gouverneur général ne peut trouver personne pour le remplacer.

M. Tremblay : Il y aurait donc une crise qui en provoquerait une autre.

Senator Moore: I want to touch on something Senator Andreychuk alluded to. I think she is saying that this bill would affect the appointment process and thereby impact on the federal-provincial balance of power; therefore it would be improper, and a constitutional amendment would be required. Let me suggest to you that by acquiescing, by not acting, by not having our constitutionally-provided-for membership in the Senate, in my case of Nova Scotia, and other people can speak for their own regions, we do not have our proper balance of power. We do not have our 10 people. It is the not acting that creates the disturbance of the balance that was provided for, which is what I am trying to achieve here.

Mr. Tremblay: I agree. I understand your concerns, and many Canadians share them, I am sure. The issue is that some people say that if you touch this thing a little bit, you have to touch it all with everybody concerned around the table. Is it internal? Can we do it without talking to provinces, or should the provinces be invited to the table to resolve this issue? That is all it is. In principle, I am 100 per cent in favour of having people represented all the time.

Senator Moore: That is what the Constitution says. “Shall” does not mean take a year or two or three. That is not “shall.” That is ragging the puck.

The Chair: Colleagues, our next witness will be Professor Errol P. Mendes from the Faculty of Law at the University of Ottawa. We are, as we all know, limited to time. This is another extremely learned witness who has given the Senate the benefit of his understanding and experience more than once. Welcome back, Professor Mendes. You know the drill. You make a statement, and then we get to ask you questions.

Errol P. Mendes, Professor, Common Law Section, Faculty of Law, University of Ottawa, as an individual: Thank you. I was just asked by Mr. Tremblay whether I agree with everything he said. In fact, it is the opposite. I will disagree with almost everything he said.

Thank you, Madam Chair, for inviting me. It is an honour to discuss with you some of the most critical issues facing the Senate of Canada.

I will be addressing only the part of Bill S-224 that seeks to amend the Parliament of Canada Act to require the Prime Minister, within 180 days, to fill a vacancy. I do not have the time in this presentation to address the other aspect of the bill, but I will be happy to comment on it in the question period.

Let me begin by suggesting that anyone directly or indirectly attempting to affect the workings of the Senate in its most important deliberative functions must have foremost in his mind the rulings of the Supreme Court of Canada regarding the scope of what is termed “parliamentary privilege.” This area has not cropped up in the discussion but should now be front and centre in your discussions on Bill S-224.

Le sénateur Moore : J'aimerais aborder un point auquel le sénateur Andreychuk a fait allusion. Je crois qu'elle estime que ce projet de loi aurait une incidence sur le processus de nomination et, du coup, sur l'équilibre des pouvoirs entre Ottawa et les provinces. Ce serait inacceptable. Il faudrait alors apporter une modification à la Constitution. À mon sens, en donnant son accord, en s'abstenant d'agir, en ne dotant pas le Sénat de tous les sénateurs que prévoit la Constitution, dans le cas de la province de la Nouvelle-Écosse, par exemple, et dans le cas d'autres régions dont d'autres pourront parler, l'équilibre des pouvoirs est déjà compromis. La Nouvelle-Écosse n'a pas ses dix sénateurs. C'est en s'abstenant d'agir qu'on perturbe l'équilibre qui a été prévu et que je tente d'atteindre avec mon projet de loi.

M. Tremblay : Je suis d'accord. Je comprends vos préoccupations et je suis certain que bien des Canadiens les partagent. Cependant, certains estiment que si vous voulez modifier la moindre petite chose, vous devrez le faire en présence de tous les intéressés. Est-ce un problème interne? Peut-on apporter ce changement sans consulter les provinces ou les provinces devraient-elles être invitées à la discussion sur la solution au problème? C'est tout. En principe, je préfère que la population soit toujours bien représentée.

Le sénateur Moore : C'est ce que dit la Constitution. L'emploi du présent ou du futur de l'indicatif ne signifie pas qu'on peut attendre un an, deux ou trois. Ce n'est pas ainsi qu'on respecte l'esprit et la lettre de la Constitution.

La présidente : Chers collègues, notre témoin est maintenant le professeur Errol P. Mendes, de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Comme vous le savez, nous disposons de peu de temps. Cet autre savant témoin a déjà fait profité le Sénat de ses connaissances et de son expérience à plus d'une reprise. Soyez le bienvenu, monsieur Mendes. Vous savez comment nous procédons. Vous faites votre déclaration puis il y aura une période de questions.

Errol P. Mendes, professeur, Section de common law, faculté de droit, Université d'Ottawa, à titre personnel : Merci. M. Tremblay vient de me demander si j'abonde dans le même sens que lui. En fait, c'est le contraire, je ne suis d'accord avec pratiquement aucune de ses affirmations.

Merci, madame la présidente, de m'avoir invité. C'est un honneur que de discuter avec vous des enjeux les plus cruciaux qui occupent actuellement le Sénat du Canada.

Je n'aborderai que la section du projet de loi S-224 qui vise à modifier la Loi sur le Parlement du Canada afin d'exiger du premier ministre qu'il comble toute vacance dans les 180 jours qui suivent. Je n'ai pas le temps dans cet exposé de traiter des autres aspects du projet de loi, mais je pourrai le faire pendant la période de questions.

Permettez-moi de commencer en affirmant que toute tentative directe ou indirecte de nuire aux travaux du Sénat dans ses plus importantes fonctions délibératives doivent se fonder sur les décisions de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne la portée de ce qui est qualifié de priviléges parlementaires. Ce sujet n'a pas été abordé encore, mais j'estime qu'il devrait être au cœur de vos discussions sur le projet de loi S-224.

In particular, it is hoped that the Prime Minister of Canada and his cabinet take into account a decision of the Supreme Court of Canada, which has not got a lot of attention: *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia*. In this decision, the Supreme Court held that parliamentary privilege was a set of powers and privileges that are necessary to the capacity to function as legislative bodies and are an integral part of the supreme law of Canada, the Constitution of Canada. The court went even further and suggested that this scope of parliamentary privilege, the Senate's powers, is so important that it is on equal footing with the Charter of Rights and Freedoms. That shows how critical it is for you to focus on the scope of your parliamentary privileges as senators.

I have, before this committee and just yesterday in the House of Commons committee on Bill C-20, indicated that any attempt at Senate reform must clearly address whether or not the parliamentary privileges of the Senate are affected. I drew attention in particular to section 38 and section 42, that the powers of the Senate and the method of selecting senators require consultation by the provinces and require ultimately the amending formula to be followed under section 38, seven provinces representing 50 per cent of the population. How would it be any different if a Prime Minister attempted to undermine the Senate's privileges by not filling in vacancies to such an extent that the work of the Senate in its deliberative functions in committees and elsewhere became extremely difficult and perhaps even started to break down? Could a Prime Minister who was re-elected over a very long period even abolish the Senate by stealth by not appointing any senators? It should be noted that the prerogative and constitutional powers of the Prime Minister can be abolished or amended by statute, which is what Bill S-224 is attempting to do.

Some might argue that the present Prime Minister is beginning a very dangerous journey to undermine the Senate by the number of vacancies that now exist in the Senate. There are presently 14 vacancies in the Senate, three in each of Nova Scotia and British Columbia, so 50 per cent of British Columbia's representation is missing. Think about what the founding parts of Canada would have said at the beginning of Confederation if they were told by then future Prime Minister Sir John A. Macdonald, "At some stage, you will be entitled to only half of your representation." Would we even have a country if that had happened?

I give you a table in the handout showing that these vacancies have existed for a long period of time, even, I stress, going back to the previous, Liberal government. The second-longest one is Viola Léger's vacancy, which is now 1,121 days, and the longest is Eileen Rossiter's vacancy, which is now 1,371 days. In addition, there may be three more vacancies this year and possibly twelve more next year, and Senator Moore has tallied the possibility of at least 30 vacancies by 2009 if not more if other resignations follow.

Plus précisément, il est à espérer que le premier ministre du Canada et son cabinet tiennent compte d'une décision de la Cour suprême du Canada qui a reçu peu d'attention, l'arrêt *New-Brunswick Broadcasting Co. c. la Nouvelle-Écosse*. Dans son jugement, la Cour suprême a conclu que les priviléges parlementaires constituaient un ensemble de pouvoirs et de priviléges nécessaires pour que les assemblées législatives puissent fonctionner et qu'ils font partie de la loi suprême du Canada, soit la Constitution du Canada. La cour est même allée plus loin et a soutenu que, dans le cadre de la Constitution du Canada, ces priviléges, les pouvoirs du Sénat, sont si importants qu'ils sont sur le même pied d'égalité que la Charte canadienne des droits et libertés. Cela démontre qu'il est essentiel pour vous de vous pencher d'abord et avant tout sur la portée de vos priviléges parlementaires comme sénateurs.

Comme je l'ai affirmé devant ce comité et hier devant la Commission de la Chambre des communes à propos du projet de loi C-20, toute tentative en vue de réformer le Sénat doit veiller à ce que les priviléges parlementaires du Sénat ne soient pas violés. J'ai signalé tout particulièrement les articles 38 et 42 selon lesquels les pouvoirs du Sénat et la méthode de sélection des sénateurs doivent faire l'objet de consultations auprès des provinces et du recours à la formule de modification prévue à l'article 38, soit sept provinces représentant 50 p. 100 de la population. En quoi est-ce différent si un premier ministre essaie de porter atteinte aux priviléges du Sénat en ne comblant pas les postes vacants et que, en conséquence, le travail du Sénat, le travail de délibération en comité et ailleurs, deviennent extrêmement difficiles si bien qu'ils puissent même ne plus se faire? Un premier ministre réélu sur une très longue période pourrait-il même abolir le Sénat de façon détournée en ne nommant aucun sénateur? Il est à noter que les prérogatives et les pouvoirs constitutionnels dont est investi le premier ministre peuvent être abolis ou modifiés par la loi. C'est ce qu'on tente de faire avec le projet de loi S-224.

Certains avanceront que le premier ministre actuel entreprend ce périple très dangereux pour miner le Sénat en ne comblant pas les sièges vacants. Il y a actuellement 14 vacances au Sénat, trois pour la Nouvelle-Écosse et la Colombie-Britannique, soit 50 p. 100 de sa représentation. Qu'auraient dit les régions fondatrices du Canada au moment de la création de la Confédération si le futur premier ministre Sir John A. Macdonald leur avait annoncé qu'un jour, elles ne jouiraient que de la moitié de leur représentation? Aurions-nous même un pays?

Dans mon texte figure un tableau montrant les vacances qui remontent à assez longtemps, je le souligne, à l'époque du gouvernement libéral. Les postes qui sont restés vacants le plus longtemps sont, premièrement, celui qu'occupait Eileen Rossiter, pendant 1 317 jours, et deuxièmement celui de Viola Léger, qui a quitté son siège il y a 1 121 jours. Il pourrait y avoir trois vacances de plus cette année et douze encore l'an prochain. Le sénateur Moore a calculé que d'ici 2009, au moins 30 sièges seraient vacants si d'autres ne présentent pas leur démission.

If these vacancies are not filled, in effect, the Senate is being slowly throttled by not only an irresponsible neglect of fundamental, constitutional duties, but potentially becoming unconstitutional behaviour. Would anyone argue that it would be unconstitutional for a very long-serving Prime Minister to, in effect, abolish the Senate by not filling any vacancies until there were no senators left? In effect, this would also be bringing the House of Commons to a standstill, as all legislation requires the approval of the Senate before Royal Assent.

The current Prime Minister has named two senators: Senator Fortier, for political representation in the cabinet, and Senator Brown, who was appointed because it fitted in with the Prime Minister's view of how senators should be appointed to the Senate. This again prompts discussion as to whether this is the real purpose behind not filling vacancies. The threat is, "As long as you do not agree with me as to how senators should be appointed, I will slowly throttle you." If that is the case, it is another indication of unconstitutional behaviour.

I will leave out some of my presentation in the interests of time and go on to page 4. I strongly support Bill S-224 because it is an attempt to get the Prime Minister to do one of his most fundamental, conventional and prerogative constitutional duties: to protect the Parliament of Canada as a proper, functioning, deliberative body. Not requesting the Governor General to fill vacancies as they occur, as you have mentioned, in accord with section 32 of the Constitution Act is, in my view, a violation of the Constitution of Canada.

Therefore, Bill S-224 should be regarded as a reasonable attempt to legislate the parliamentary privilege of the Senate to carry out its most critical functions as a deliberative body in the Parliament of Canada. Given the very long period during which vacancies have been not filled, as I have indicated in my table, the Prime Minister surely has sufficient, fit and qualified persons to come within the 180 days that Senator Moore has recommended.

As Senator Moore also pointed out, if the Parliament of Canada Act has a requirement that the Prime Minister must call a by-election for a vacant House of Commons seat within six months, there is no reason why the other House of Parliament should not have a simple drop-dead date by which the Prime Minister must exercise his prerogative powers to recommend to the Governor General appointments to the Senate.

I must stress that these are prerogative powers. They can be overridden by statute. That statute can be enforced by the courts, and I can give you case law. I am surprised Mr. Tremblay did not understand that a statute can be enforced in the courts by interested parties.

Bill S-224 is a legitimate attempt to statutorily curtail the misuse of the prerogative and conventional powers of the Prime Minister to undermine the proper functioning of the Senate as a

Si ces vacances ne sont pas comblées, de fait, on étouffera graduellement le Sénat non seulement par une négligence irresponsable des devoirs constitutionnels fondamentaux, mais par un comportement qui pourrait bien devenir contraire à la Constitution. Quelqu'un pourrait-il faire valoir qu'il serait inconstitutionnel pour un premier ministre en poste depuis de longues années d'abolir le Sénat en ne comblant pas les sièges vacants jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de sénateurs? Cela paralyserait aussi la Chambre des communes étant donné que toutes les lois doivent être approuvées par le Sénat avant de recevoir la sanction royale.

Le premier ministre actuel a nommé deux sénateurs : le sénateur Fortier, pour assurer une représentation politique au cabinet, et le sénateur Brown parce qu'il correspondait à la façon dont, selon le premier ministre, les sénateurs devaient être nommés. Ce qui nous amène à nous interroger si ce n'est pas là la raison pour laquelle les postes vacants ne sont pas comblés. « Tant que vous n'êtes pas d'accord avec moi sur la façon dont les sénateurs doivent être nommés, je vous étoufferai lentement. » Dans ce cas, voilà une autre indication d'un comportement contraire à la Constitution.

Pour gagner du temps, je vais sauter une partie de mon exposé pour aller directement à la page 4. J'appuie vivement le projet de loi S-224 parce qu'il vise à faire en sorte que le premier ministre assume l'une de ses fonctions constitutionnelles fondamentales, à savoir protéger le Parlement du Canada en tant qu'assemblée délibérante fonctionnant bien. Ne pas demander au Gouverneur général de combler les vacances à mesure qu'elles arrivent conformément à l'article 32 de la Loi constitutionnelle, comme vous l'avez mentionné, est en violation, à mon sens, de la Constitution du Canada.

Par conséquent, le projet de loi S-224 doit être vu comme une tentative raisonnable d'inscrire dans une loi les priviléges parlementaires du Sénat afin qu'il puisse exercer sa fonction cruciale d'organisme délibérant au Parlement du Canada. Étant donné que les sièges vacants le sont depuis longtemps, le premier ministre peut sûrement trouver des personnes compétentes et ayant les qualifications voulues pour devenir sénateur dans les 180 jours suivant toute vacance au Sénat, ainsi que l'a recommandé le sénateur Moore.

Comme l'a signalé le sénateur Moore, si la Loi sur le Parlement du Canada exige que le premier ministre déclenche des élections partielles dans les six mois à compter du jour où un siège de député se libère, rien ne justifie que l'autre Chambre du Parlement n'ait pas un délai semblable au cours duquel le premier ministre serait tenu d'exercer ses prérogatives et de recommander au Gouverneur général des candidats au poste de sénateur.

Il faut insister sur le fait qu'il s'agit de pouvoirs de prérogative. Une loi peut y déroger. Cette loi peut être appliquée par les tribunaux, et je peux vous citer la jurisprudence afférente. Je suis étonné que M. Tremblay n'ait pas compris qu'une loi puisse être appliquée par les tribunaux, à la demande des parties intéressées.

Le projet de loi S-224 est une tentative légitime de limiter législativement l'abus de prérogatives ou des pouvoirs conventionnels du premier ministre utilisés dans le but de

deliberative body by not requesting the Governor General to appoint qualified candidates. To allow the present Prime Minister to slowly strangle one of the Houses of Parliament is a profound violation of the fundamental principles of Canadian democracy.

Senator Andreychuk: Thank you, Mr. Mendes. You certainly are provocative. You seem to have based your assessments on some negativity about this Prime Minister. Would that be correct?

Mr. Mendes: If you call negativity attempting to change the Constitution by stealth, then yes, that is negative.

Senator Andreychuk: You have come to the conclusion that it is by stealth and not by incremental means. We have had great debate in this country about the fact that changing the Constitution is not as easy in Canada as elsewhere. We have had reflective, thoughtful debate about whether one does so as a package or incrementally.

Mr. Mendes: Have you had reflective, thoughtful consultation?

Senator Andreychuk: I asked the question and I would like an answer.

Mr. Mendes: I will answer the question. Take Bill C-20 as an example. Have you had any consultation with any of the provinces on Bill C-20? You know that major provinces like Quebec and some of the Atlantic provinces have clearly stated their opposition to Bill C-20. Ontario has as well.

That represents, in my view, more than 50 per cent of the section 38 provinces, the seven provinces. Therefore have you really done that thoughtful, careful consultation with the partners in Confederation? My answer to that is clearly not.

Senator Andreychuk: You are talking about Bill C-20, on which you have just given some evidence to the other side, and you are basing it on that. I am talking about Bill S-224.

You have come to the conclusion, despite the fact that there have been many prime ministers who, for motives, reasons, or objectives that may or may not have been laudable at the time, have not filled vacancies quickly, that this is the crunch moment that this bill is necessary. You are basing that conclusion on future actions. You asked whether a prime minister who is re-elected over a very long period could even abolish the Senate by stealth by not appointing any senators.

We now have elections every four years. We have had witnesses say that the sanction would be political. Therefore, are you basing this on legal premises or on political premises? I would agree with you, if you make your submissions on the political ground that you do not particularly like what is happening now and therefore you want to change it.

Mr. Mendes: I base it on the fundamental legal premises of the Constitution, which include the notion of parliamentary privilege that requires both Houses of Parliament to be able to carry on their functions as deliberative bodies. That is the core of your

miner le fonctionnement du Sénat, un organisme délibérant, en ne demandant pas au Gouverneur général de nommer des candidats adéquats. En permettant au premier ministre d'étouffer doucement l'une des Chambres du Parlement, on porte gravement atteinte aux principes fondamentaux de la démocratie canadienne.

Le sénateur Andreychuk : Merci, monsieur Mendes. Vous êtes certainement un provocateur. Vous semblez fonder votre analyse sur un certain négativisme du premier ministre, n'est-ce pas?

M. Mendes : Si c'est du négativisme d'essayer de changer la Constitution de manière sournoise, alors oui, c'est le cas.

Le sénateur Andreychuk : Vous en venez à la conclusion que c'est une manière sournoise, et non progressive. Au Canada, nous avons eu de grands débats au sujet de la difficulté qu'il y a ici de modifier la Constitution, une difficulté supérieure à celle des pays étrangers. Nous avons eu des débats de réflexion sur la façon de procéder, de manière progressive ou soudaine.

M. Mendes : Vous avez eu des consultations réfléchies?

Le sénateur Andreychuk : J'ai posé la question et je voudrais une réponse.

M. Mendes : Je vais vous répondre. Prenez l'exemple du projet de loi C-20. Avez-vous consulté l'une ou l'autre des provinces au sujet du projet de loi C-20? Vous savez que des provinces importantes comme le Québec et certaines des provinces de l'Atlantique ont clairement manifesté leur opposition au projet de loi C-20. Même chose pour l'Ontario.

À mon avis, cela représente plus de 50 p. 100 des provinces prévues à l'article 38, soit les sept provinces. Par conséquent, peut-on dire qu'il y a eu une consultation réfléchie et rigoureuse des partenaires au sein de la Confédération? Je vous dirai qu'il est clair que ce n'est pas le cas.

Le sénateur Andreychuk : Vous parlez du projet de loi C-20, pour lequel vous venez de témoigner dans un comité de l'autre endroit, et vous vous fondez là-dessus. Je vous parle du projet de loi S-224.

De nombreux premiers ministres, pour des raisons, des motifs ou des objectifs plus ou moins louables se sont traînés les pieds pour combler les vacances au Sénat, auparavant. Pourtant, vous en venez à la conclusion que maintenant, ce projet de loi est nécessaire. Vous fondez cette conclusion sur des mesures futures. Vous vous demandez même si un premier ministre qui a un long mandat pourrait même en venir à abolir le Sénat de manière sournoise, en ne nommant pas de nouveaux sénateurs.

Nous avons maintenant des élections tous les quatre ans. Des témoins nous ont dit que la sanction pour le premier ministre serait d'ordre politique. Pour vos déclarations, vous fondez-vous sur des prémisses juridiques ou politiques? Je comprends que vous puissiez dire, pour des raisons politiques, que vous n'aimez pas particulièrement ce qui se passe maintenant et que vous voulez y remédier.

M. Mendes : Je me fonde sur les prémisses juridiques fondamentales de la Constitution, qui englobent le privilège parlementaire exigeant que les deux Chambres du Parlement puissent fonctionner comme organismes délibérants. C'est au

functions. If, over time, you are deprived of the ability to do that in committees, if you are deprived of the ability to actually scrutinize your constitutional duties in terms of legislation, that could not be more legal. That is part of the fundamental legal constitutional basis of the Senate of Canada.

Senator Andreychuk: That is precisely what I would like you to address. There are 14 vacancies now. Portions of your presentation talk about the future, and we may have a totally different situation in the future which may warrant some action.

Are you saying, from a legal point of view, that 14 vacancies gives legitimacy to Bill S-224, but four vacancies, say, would not?

Mr. Mendes: I will put forward to you, Senator Andreychuk, that one of the fundamental duties of legislatures is to look at not only the present danger but also the future danger. That underlies almost every piece of legislation that you have scrutinized. It would be very unusual for a Senate to focus only on a present danger and not look at the consequences of future dangers arising from legislation.

If it is clear that there is a present future danger, which could arise as close as the end of next year when there may be 30 vacancies, it is clear that the danger then is one that this Senate is correctly apprised of dealing with and putting forward proposals.

Senator Andreychuk: I am asking you at what point those dangers arise. You have showed us the threats that we will not be able to do committees or pass legislation, and so on. I want to know at what point that is. Is it at 14 vacancies that we are now not doing our job and cannot do our job, or is it in the future, and if in the future, at what point?

Mr. Mendes: I will suggest that it is a very present danger for two reasons. First, as I mentioned, if you go back to the 1864 deliberations of the resolutions that created the British North America Act, there was greater focus on the Senate than there was on the division of powers. Part of the deliberations was the representation of the founding provinces in Confederation. Is it not a present danger that British Columbia now has 50 per cent of its representation? Is it not a present danger that the Atlantic provinces, one of the founding partners of Confederation, are down to one or two senators now?

My answer is that, given the founding partners of our Constitution, the present danger exists right now. The lack of the territories not having any representation is a present danger.

Senator Joyal: There is an essential element that we cannot ignore on both the follow up and the questions raised by Senator Andreychuk. In the past there were 12 or 14 vacancies. However, the fundamental difference between then and now is that we currently have a Prime Minister who has stated quite clearly, repeatedly, that he will not recommend to the Governor General until either of two things occurs: either the provinces adopt a

coeur même de vos fonctions. Si, avec le temps, on vous enlève cette capacité de fonctionner en comité, de bien examiner les lois comme l'exige votre devoir constitutionnel, ce serait illégal. Cela fait partie des fondements constitutionnels juridiques du Sénat du Canada.

Le sénateur Andreychuk : C'est précisément ce dont je veux vous entendre parler. Il ya actuellement 14 vacances. Dans votre exposé, vous parlez de l'avenir, quand la situation pourrait être tout à fait différente, et justifierait que des mesures soient prises.

D'un point de vue juridique, diriez-vous que 14 vacances rendent légitime le projet de loi S-224, mais, par exemple, pas quatre vacances seulement?

M. Mendes : Madame le sénateur Andreychuk, je vous répondrais que l'un des devoirs fondamentaux des assemblées législatives, c'est de tenir compte non seulement des risques actuels, mais aussi des risques pour l'avenir. C'est un principe qui sous-tend l'examen de tous les projets de loi dont vous êtes saisis. Il serait très inusité que le Sénat ne se concentre que sur les risques actuels, sans tenir compte des conséquences éventuelles des mesures législatives.

Il est clair qu'il y a un risque à court terme, qui pourrait se présenter dès la fin de l'année prochaine, quand 30 postes pourraient être vacants. Ce risque justifie que le Sénat s'en occupe et formule des propositions.

Le sénateur Andreychuk : Je voulais savoir à quel moment, à votre avis, le risque se présente. Vous avez parlé du risque que les comités ne puissent plus fonctionner ou que nous ne puissions plus adopter des lois, par exemple. Je veux savoir quel est le point critique. Est-ce lorsqu'il y a 14 vacances, est-ce que nous ne pouvons pas déjà faire notre travail, ou est-ce plus tard, et à quel moment?

M. Mendes : Je vous dirais qu'il y a un risque très réel, pour deux raisons. D'abord, je l'ai déjà dit, si nous remontons aux délibérations de 1864 entourant les résolutions qui ont mené à l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, on constate qu'on s'y est consacré davantage sur le Sénat que sur la répartition des pouvoirs. Les délibérations ont porté notamment sur la représentation des provinces fondatrices de la Confédération. N'y a-t-il pas actuellement un risque, quand la Colombie-Britannique n'a que 50 p. 100 de sa représentation? N'y a-t-il pas aussi un risque, quand les provinces atlantiques, qui sont des fondatrices de la Confédération, n'ont plus qu'un ou deux sénateurs pour les représenter?

Ma réponse, c'est qu'étant donné les partenaires fondateurs de la Constitution, il y a véritablement un risque, maintenant. Le fait que certains territoires sont sous représentés est un risque.

Le sénateur Joyal : Il y a un élément essentiel dont on ne peut faire fi dans les questions, notamment complémentaires, posées par le sénateur Andreychuk. Autrefois, il y avait 12 ou 14 postes vacants. La différence, actuellement, c'est que nous avons un premier ministre qui a déclaré clairement, à maintes reprises, qu'il ne ferait pas de recommandation à la Gouverneure générale, à moins que deux choses se produisent : que les provinces adoptent

so-called consultation or election of senators, such as the Alberta Election Act, which I think is unconstitutional and invalid; or Parliament adopts a mechanism to “consult” — that is to say, elect senators — which I think is reasonably held by some parliamentarians and senators and by a large number of provinces representing more than 50 per cent of the Canadian population, Quebec, Ontario and New Brunswick and probably Newfoundland, to be a mechanism to change the method of selection of senators under section 42(1)(b). This Prime Minister we have now stated that he will not recognize that, holding the institution as a hostage. That is a different situation than a prime minister not caring to appoint. It is not about not caring; rather, there is a specific purpose, which is either to compel provinces or to go in a direction that provinces have stated clearly they question the legality of. Provinces said that if that bill were to be adopted, they would challenge it in court. We are in a different context than just a careless prime minister not bothering about the Senate and not thinking it is important enough in the legislative process.

Mr. Mendes: That is the core of the reason I think your rights as parliamentarians and senators are being undermined in terms of your privileges. If that is on the record — and I am not sure where he said it or when — then it is clear evidence that your parliamentary privileges are being violated.

Senator Joyal: That is why the argument of Senator Andreychuk is valid. We know now, if there is a general election only in October 2009, according to the predictability of retirement — and there is predictability because there is a compelling date of retirement — exactly when this house will be short almost one third of its membership and that some regions will be directly affected under regional representation because a majority of seats will become vacant. That is why I think there is a specific context into which this bill is put, and the bill must be seen and evaluated or analyzed in the political context we are in.

To return to the essential element that you stated, the constitutional element, can Parliament frame a prerogative power? If so, under which conditions? How have the courts interpreted the framing of the prerogative power? This is one of the key questions that underpin section 32 or section 96 of the Constitution. Let us stay with section 32 because I think it is the section of the Constitution that is under consideration in Bill S-224. It is a fundamental issue, it seems to me, that we must be satisfied that Bill S-224 is a reasonable answer to the conditions of the framing of the prerogative.

Mr. Mendes: It is absolutely possible to frame the exercise of the prerogative and a conventional power. It is done all the time. There is nothing to stop Parliament passing statutes that limit or curtail the prerogative powers. That is a clear constitutional principle. Ordinary statutes can override and curtail prerogative powers.

Senator Joyal: In this case, in your opinion, Bill S-224, which in a way is the framing of the prerogative of the Prime Minister to recommend to the Governor General in a specific period of time, is within the Parliament of Canada's capacity to introduce a bill

le processus de soi-disant consultation ou d'élection des sénateurs prévue par la Loi électorale de l'Alberta, qui est à mon avis inconstitutionnelle et sans effet, ou que le Parlement adopte un mécanisme de « consultation », c'est-à-dire d'élections des sénateurs, dont un certain nombre de députés, de sénateurs et beaucoup de provinces représentant plus de 50 p. 100 de la population canadienne, soit le Québec, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick et probablement Terre-Neuve-et-Labrador pensent que c'est un mécanisme visant à modifier le mode de sélection des sénateurs prévu à l'alinéa 42(1)b). Notre premier ministre a déclaré qu'il ne reconnaissait pas cette méthode, et a pris en otage cette institution. Ce n'est pas la même chose qu'un premier ministre qui ne se donne pas la peine de nommer des sénateurs. Il ne s'agit pas simplement de négligence, c'est délibéré, de manière à forcer la main aux provinces ou pour agir d'une manière dont elles ont clairement contesté la légalité. Les provinces ont affirmé que si le projet de loi était adopté, elles le contesterait devant les tribunaux. Ce n'est plus le même contexte, il ne s'agit pas d'un premier ministre négligent qui se désintéresse du Sénat, qu'il juge trop peu important au sein du processus législatif.

M. Mendes : C'est principalement la raison pour laquelle je crois que vos droits et priviléges comme parlementaires et de sénateurs sont menacés. S'il l'a dit de manière officielle, et je ne sais trop quand ni où cela a été dit, cela prouve qu'il y a eu atteinte à vos priviléges de parlementaires.

Le sénateur Joyal : Et voilà qui explique la validité de l'argument du sénateur Andreychuk. Si la prochaine élection n'a lieu qu'en octobre 2009, comme on peut prédir les retraites au Sénat, puisqu'il y a pour chacun une date prévue, nous savons très précisément que notre Chambre sera amputée du tiers de sa composition, et que certaines régions seront directement touchées, au niveau de leur représentation régionale, avec une majorité de sièges vacants. Voilà pourquoi je pense que ce projet de loi s'insère dans un contexte précis, et qu'il faut le considérer, l'évaluer et l'analyser dans le contexte politique actuel.

Revenons à l'élément essentiel dont vous avez parlé, l'élément constitutionnel. Le Parlement peut-il accorder un pouvoir de prérogative? Le cas échéant, à quelles conditions? Comment les tribunaux ont-ils interprété les limites à cette prérogative? C'est l'une des questions clés qui touche les articles 32 et 96 de la Constitution. Tenons-nous-en à l'article 32, l'article de la Constitution qui est modifié par le projet de loi S-224. C'est une question fondamentale, à mes yeux. Nous devons nous assurer que le projet de loi S-224 est une solution raisonnable pour limiter cette prérogative.

M. Mendes : Il est absolument possible d'accorder la prérogative et le pouvoir conventionnel. Cela se fait couramment. Rien n'empêche le Parlement d'adopter des lois qui limitent ou réduisent la prérogative. C'est un principe constitutionnel clair. Les lois ordinaires peuvent limiter la prérogative.

Le sénateur Joyal : Vous pensez donc que le projet de loi S-224, qui est d'une certaine façon le cadre de la prérogative du premier ministre à recommander des nominations à la Gouverneure générale, en lui donnant des délais précis, respecte la capacité du

and to accept a bill that would limit the time frame within which the Prime Minister exercises a prerogative to recommend to the Governor General a candidate for a Senate position.

Mr. Mendes: Absolutely. If you go into the historical background of the prerogative powers, the reason Parliament in Great Britain came into existence was to curtail the prerogative powers of the monarch. That is the role of ordinary statutes, to reflect the democratic will of the people to determine the residual power left to the monarch. This is one more example of that. It happens all the time. I do not understand what the problem is in terms of the ability of Parliament to limit or curtail the exercise of the prerogative power.

Senator Joyal: An argument can be made to the contrary, because before Confederation there was an elected legislative council. In other words, they framed the prerogative of appointment of legislative counsellors when Confederation took place. When the British North America Act was adopted, the prerogative was reinstated with a certain number of limitations that we have in terms of age, qualification and so on.

In other words, we can do and undo the prerogative that might be the privilege or the purview of the Crown.

Mr. Mendes: Absolutely. Keep in mind that the very office of the Prime Minister is a conventional device, apart from one very tiny reference to it in the 1982 Constitution. The entirety of our system of responsible government is, in some respects, based both on conventions and prerogative powers, but that has not stopped us, over the history of this country and over the history of Great Britain, to legislate parameters to that.

Senator Joyal: In your opinion, at which point would the framing of the prerogative of the Prime Minister affect the position of the Governor General? As you know, section 41 of the Constitution provides that the unanimity rule applies if we are touching the office of the Queen. At which point does a change in the prerogative under section 32 affect the office of the Queen, that is, the Governor General?

Mr. Mendes: In my view, you are not so much affecting the prerogative of the Governor General. Keep in mind that, while she makes the appointment, it is the recommendation part that you are dealing with right now. That is purely a conventional power of the Prime Minister. There is nothing to stop you from legislating on the conventional aspect of the appointment process to the Senate.

Senator Joyal: In your opinion, this bill does not affect the power of the Governor General — that is, the Queen — under section 41 in relation to the office of the Governor General.

Mr. Mendes: No; I do not think so. It is the way that the recommendation is made to the Governor General.

Senator Joyal: I asked that question clearly because I think it is important to the fundamental structure of the whole exercise of appointing a senator. There are a certain number of constitutional questions that we must ask ourselves in order to come to the conclusion that this bill is constitutionally valid.

Parlement du Canada de déposer et d'adopter un projet de loi imposant un délai pour l'exercice de la prérogative du premier ministre de recommander à la Gouverneure générale un candidat au poste de sénateur.

M. Mendes : Tout à fait. Si on considère le contexte historique de la prérogative, la raison même de la création du Parlement de la Grande-Bretagne était de limiter les pouvoirs de prérogative du monarque. C'est le rôle des lois ordinaires, de refléter la volonté démocratique du peuple de déterminer les pouvoirs résiduels du monarque. Ce n'est qu'un autre exemple. Cela se fait couramment. Je ne vois pas où est le problème quant à la capacité du Parlement de limiter l'exercice de la prérogative.

Le sénateur Joyal : On pourrait prétendre le contraire, puisque avant la Confédération, il y avait un conseil législatif élu. Autrement dit, on a fixé les conditions de la prérogative de nomination des conseillers législatifs au moment de la Confédération. À l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, la prérogative a été rétablie et assortie de certaines limites associées à l'âge, à la compétence, et cetera.

Autrement dit, on peut modifier la prérogative qui peut être un privilège de l'État.

M. Mendes : Absolument. N'oubliez pas que le cabinet du premier ministre n'est qu'une convention, hormis une petite référence à son sujet dans la Constitution de 1982. Tout notre régime de gouvernement responsable est à certains égards fondé sur des conventions et des prérogatives, sans que cela nous ait empêchés, pendant toute l'histoire du pays et pendant celle de la Grande-Bretagne, de légiférer pour en déterminer les paramètres.

Le sénateur Joyal : À votre avis, à quel point la formulation de la prérogative du premier ministre touche-t-elle la fonction du Gouverneur général? Comme vous le savez, l'article 41 de la Constitution prévoit que la règle de l'unanimité s'applique, quand on traite de la charge de la reine. Comment une prérogative accordée en vertu de l'article 32 touche-t-elle la charge de la reine, c'est-à-dire le poste de Gouverneur général?

M. Mendes : À mon avis, il n'y a pas d'effet sur la prérogative du Gouverneur général. N'oubliez pas que si c'est la Gouverneure générale qui fait la nomination, vous traitez actuellement de la recommandation formulée par le premier ministre en vertu d'un pouvoir découlant de la convention. Rien ne vous empêche de légiférer sur l'aspect conventionnel des nominations au Sénat.

Le sénateur Joyal : À votre avis, le projet de loi n'affecte en rien le pouvoir de la Gouverneure générale, c'est-à-dire de la reine, en vertu de l'article 41.

M. Mendes : Non, je ne pense pas. Le projet de loi porte sur la recommandation qui est faite à l'intention de la Gouverneure générale.

Le sénateur Joyal : Je pose la question de manière précise parce qu'à mon avis, c'est important pour la structure fondamentale du processus de nomination des sénateurs. Il y a un certain nombre de questions constitutionnelles que nous devons nous poser pour déterminer la constitutionnalité de ce projet de loi.

Mr. Mendes: Yes; I agree.

Senator Joyal: Similarly, when the Prime Minister introduced Bill C-20 or Bill C-43, we must ask ourselves at which point the bill might be constitutional or unconstitutional or at which point are there questions that need to be answered, and then, of course, we need to seek outside opinion from the court.

The Chair: You are correct; this is a core element. Do you think we have covered it, at least on the first round?

Senator Joyal: Yes. I will reflect on it.

The Chair: I believe you said you had case law in connection with the prerogative. I will not ask you to cite it now.

Mr. Mendes: I think one of you asked Mr. Tremblay if there is any way you can enforce a statute.

The Chair: Could you give those references to the clerk so that we can circulate them?

Senator Di Nino: I will leave the technical questions and discussions to those better qualified than I. However, it seems to me that you phrased your whole presentation this morning with the suggestion, indeed maybe even a verbal fabrication, of a potential crisis. I think you talked about future danger. Those are very strong words. I suggest to you that that is probably inappropriate at this time. We do also run the institutions from past practices and past conventions, and I think you would agree with me that in the past 20 or so years the body called the Senate of Canada has had vacancies much greater than the 14 that exist today. Is that correct?

Mr. Mendes: Yes.

Senator Di Nino: Under Prime Minister Mulroney, it was something like 24 or 25, and the Senate seemed, maybe with a little extra effort, to conduct itself and do its business reasonably well. Am I correct?

Senator Moore: He would not know that.

Senator Di Nino: He has expressed the opinion that there will be a huge crisis.

Mr. Mendes: There is a present crisis in terms of representation, which is the foundation of this august body. I made the same answer to Senator Andreychuk and will say again that there is a present crisis because 50 per cent of British Columbia is not represented and there is no representation from the territories. That is a present crisis.

Senator Di Nino: Would you agree that, if you call this a crisis, there have been a number of occasions in the past that were at least as bad if not a worse crisis, and the Senate functioned?

Mr. Mendes: The added function is what Senator Joyal indicated, which is that there is a stated intention that this will get worse. If it is on the record, I have not seen it, but if it is on the record that there will be no further appointments unless he gets his way, that is a crisis.

M. Mendes : Oui, j'en conviens.

Le sénateur Joyal : Ainsi, lorsque le premier ministre a déposé le projet de loi C-20 ou le projet de loi C-43, nous devons nous demander dans quel cas le projet de loi est constitutionnel ou inconstitutionnel, quelles questions doivent trouver réponse et ensuite, bien entendu, obtenir l'avis d'un tribunal.

La présidente : Vous avez raison, c'est un élément essentiel. Pensez-vous avoir fait le tour de la question, du moins pour la première ronde?

Le sénateur Joyal : Oui. Je vais y réfléchir.

La présidente : Je crois que vous avez déclaré qu'il y avait une jurisprudence relative à la prérogative. Je ne vous demanderai pas de la citer immédiatement.

M. Mendes : Je pense que l'un de vous a demandé à M. Tremblay s'il était possible d'appliquer une loi.

La présidente : Pourriez-vous donner les références au greffier, afin qu'on les distribue?

Le sénateur Di Nino : Je vais laisser à mes collègues plus compétents les questions aux discussions d'ordre technique. Il me semble que tous vos propos de la matinée reposent sur la suggestion, peut-être même l'hypothèse exprimée d'une crise potentielle. Vous avez parlé de risque futur. Ce sont des mots très forts. Je vous dirai que c'est probablement inapproprié, pour l'instant. Nos institutions sont gérées aussi en fonction des pratiques et conventions du passé et vous conviendrez avec moi qu'au cours des 20 dernières années, environ, le Sénat du Canada a connu des moments où il y avait bien plus que 14 vacances, n'est-ce pas?

Mr. Mendes : Oui.

Le sénateur Di Nino : Sous le premier ministre Mulroney, il y en avait 24 ou 25 et avec un peu d'effort, le Sénat semblait se débrouiller et s'acquitter de ses tâches raisonnablement bien, n'est-ce pas?

Le sénateur Moore : Il ne le saurait pas.

Le sénateur Di Nino : Il a exprimé l'opinion selon laquelle il y aura une grave crise.

M. Mendes : Il y a déjà une crise de la représentativité, le fondement même de cette auguste institution. J'ai donné la même réponse au sénateur Andreychuk. Je le répète, il y a actuellement une crise, puisque 50 p. 100 de la Colombie-Britannique n'est pas représenté, et qu'il n'y a pas de représentation non plus pour les territoires. C'est une crise, déjà maintenant.

Le sénateur Di Nino : Seriez-vous d'accord pour dire, puisque vous qualifiez la situation de crise, qu'il y a eu plusieurs crises dans le passé qui étaient aussi graves sinon pires, et le Sénat a néanmoins continué de fonctionner?

M. Mendes : L'élément supplémentaire a été signalé par le sénateur Joyal, c'est-à-dire qu'il y a une volonté déclarée d'aggraver les choses. Je n'ai pas vu une telle déclaration, mais si telle déclaration a été faite pour indiquer qu'il n'y aura plus de nominations jusqu'à ce que la volonté du premier ministre soit respectée, alors là il y a crise.

Senator Di Nino: That was going to be my next question. Frankly, I have never heard this Prime Minister say that he would allow the Senate to become dysfunctional or allow the Senate to reach a point where it could not function. I have never heard that, and I would like to see it. You have not heard that either, have you?

Mr. Mendes: I am repeating what Senator Joyal said. The difference now is that this pattern will continue as long as the advisory elections — which I think is also unconstitutional — are not passed by this Parliament.

Senator Di Nino: It is also true, is it not, that this Prime Minister has made two appointments in the short two-plus years he is been in power, so he is appointing people.

Mr. Mendes: I would suggest that they are there for two very interesting reasons, one to have political representation in the cabinet and the other to be a reflection of his position that unless there are advisory elections he will not appoint.

Senator Di Nino: For whatever reason, the fact is that he has made two appointments in the period of time he has been there.

Mr. Mendes: It is very interesting what the reasons are.

Senator Di Nino: I appreciate that.

Senator Milne: Professor Mendes, you say that statutes clearly can curtail the prerogative powers of the Prime Minister.

Mr. Mendes: Yes.

Senator Milne: To come around to Senator Andreychuk's question, and mine as well, what are the possible sanctions? If we pass this bill and the Prime Minister still does not do what his constitutional duties require him to do, what are the possible sanctions, other than political?

Mr. Mendes: If a statute has been duly passed by Parliament and mandates the Prime Minister to fill vacancies, as section 32 says, on a vacancy arising, just as if he disobeyed the equivalent provision in the House of Commons, anyone could go to court, under the public interest standing rules, and ask for either a declaration or one of the administrative remedies to force the Prime Minister to do it. It has happened in the past, and it could happen in this situation too.

Senator Milne: What, then, are the administrative remedies? Would the Governor General to do it on her own?

Mr. Mendes: No, it would be directed towards the Prime Minister. It would be shocking if a Prime Minister disobeyed a declaration from the courts of this country. It would be a direct violation of the rule of law.

Le sénateur Di Nino : C'était ma prochaine question. En toute franchise, je n'ai jamais entendu dire le premier ministre qu'il allait laisser le Sénat devenir un canard boiteux ou encore d'être hors d'état de fonctionner. Je n'ai jamais entendu une telle déclaration et j'aimerais bien qu'on m'en montre la preuve. Vous non plus, vous ne l'avez pas entendu, n'est-ce pas?

M. Mendes : Je répète les propos du sénateur Joyal. Ce qui distingue la situation actuelle, c'est que cette tendance se poursuivra tant que le projet de loi sur les élections consultatives — qui, à mon avis, ne sont pas conformes à la Constitution — n'aura pas été adopté par le Parlement.

Le sénateur Di Nino : N'est-il pas vrai que le premier ministre a nommé deux sénateurs depuis qu'il a accédé au pouvoir, c'est-à-dire depuis deux ans et des poussières? Il fait des nominations.

M. Mendes : Je vous dirais que ces deux nominations ont été faites pour deux raisons fort intéressantes, d'une part pour assurer une représentation politique au Cabinet et, d'autre part, pour renforcer sa position voulant qu'il n'y aura pas d'autres nominations jusqu'à ce qu'il y ait des élections consultatives.

Le sénateur Di Nino : Quelle que soit la raison, il demeure qu'il ait fait deux nominations depuis son arrivée au pouvoir.

M. Menses : Les raisons sont fort intéressantes.

Le sénateur Di Nino : Je le comprends.

Le sénateur Milne : Monsieur Mendes, vous avez indiqué que la législation permet clairement de contrecarrer la prérogative du premier ministre.

M. Mendes : Oui.

Le sénateur Milne : Pour revenir à la question du sénateur Andreychuk, qui est la mienne aussi d'ailleurs, quelles sont les sanctions possibles? Si nous adoptons ce projet de loi et le premier ministre continue de se soustraire à ses obligations constitutionnelles, quelles sont les sanctions possibles à part les sanctions politiques?

M. Mendes : Si le Parlement a adopté un projet de loi en bonne et due forme, projet de loi qui oblige le premier ministre à combler des vacances au fur et à mesure qu'elles sont créées, tel que l'indique l'article 32, le recours serait le même comme s'il avait désobéi à une disposition équivalente à la Chambre des communes. N'importe quel citoyen pourrait invoquer le Règlement sur l'intérêt public et demander aux tribunaux d'exiger une déclaration ou d'imposer un recours administratif afin d'obliger le premier ministre à respecter ses obligations. De telles mesures ont été prises dans le passé et cela pourrait se reproduire dans la situation actuelle.

Le sénateur Milne : Quels sont les recours administratifs? La Gouverneure générale agirait-elle seule?

M. Mendes : Non, le recours viserait le premier ministre. Ce serait choquant si un premier ministre désobéissait à une déclaration émanant des tribunaux canadiens. Ce serait une violation directe de la primauté du droit.

Senator Moore: Thank you, professor, for being here. I want to touch on the point Senator Andreychuk seemed to be focusing on with regard to the current 14 vacancies and the Senate's being able to function and what is the critical number. Others have mentioned that within a year there could be as many as 30 vacancies. That is only one aspect of this.

One of the main reasons for my initiating this bill is the constitutional right of the people of Canada to have representation in both Houses of Parliament. You mentioned the Maritime region. We are entitled to 24 senators under the Constitution, and we now have five vacancies. We are down almost 25 per cent. The functioning of the Senate in terms of doing its job, committee work and having the manpower to do all that, is one aspect of it, but before that, the reason my province entered Confederation was a compromise, and the Senate and the filling of those seats is the compromise that we agreed to. If a prime minister wants to reduce Nova Scotia's representation in Parliament, is it legitimate for him or her to achieve that by attrition rather than by an amendment to the Constitution?

Mr. Mendes: This goes back to the discussion that you had with the previous witness and with me. Section 32 clearly says that the Governor General shall appoint on a vacancy arising. I link that to the concept of parliamentary privilege, which means that when you refuse to appoint when a vacancy arises, and when that has the effect of undermining this body as a deliberative body, plus undermining the adequate representation of the partners in confederation, you have a serious constitutional problem.

The Chair: Colleagues, we will be going in camera for a short period of time, maximum five minutes, so there is certainly time for a second round.

Senator Andreychuk: I want to go back to my point, because I am preoccupied with Bill S-224. If the Prime Minister made no statement, although you claim he has —

Mr. Mendes: I have not claimed. I said I heard Senator Joyal say that.

Senator Andreychuk: Let us assume there are no statements made by the Prime Minister. We just have no appointments, no statements whatsoever and no Bill C-20. Would your position still be that we are at a point of crisis? I am asking for an academic and a legal point of view. Take away Bill C-20 or any other bills floating around somewhere about changes in the Senate, and no statements from the present Prime Minister or anyone about changes in methodology. As Senator Moore is saying, he has a bill here because of 14 vacancies and the duty to appoint. I do not want to misrepresent Senator Moore's point.

Senator Moore: I will not let you.

Senator Andreychuk: Good. I knew you were a good lawyer.

Le sénateur Moore : Monsieur le professeur, merci d'être venu. J'aimerais aborder le sujet qu'a soulevé le sénateur Andreychuk, c'est-à-dire les 14 vacances actuelles et la capacité de fonctionner du Sénat, ainsi que la masse critique. D'autres personnes ont indiqué que d'ici un an, il pourrait y avoir jusqu'à 30 sièges vacants. Il s'agit d'un seul aspect de la question.

L'une des raisons qui ont motivé mon projet de loi, c'est le droit constitutionnel du peuple canadien à une représentation dans les deux Chambres du Parlement. Vous avez mentionné la région maritime. En vertu de la Constitution, nous avons droit à 24 sénateurs, et actuellement il y a cinq vacances. C'est presque 25 p. 100. Le bon fonctionnement du Sénat, des travaux des comités et les effectifs nécessaires, c'est bien sûr un aspect de la question. Ce qui est encore plus important, c'est que ma province a fait un compromis en entrant dans la Confédération, contre lequel elle a obtenu de sièges au Sénat. Si un premier ministre veut réduire la représentation de la Nouvelle-Écosse au Parlement, il peut y parvenir légitimement par attrition plutôt que par modification de la Constitution?

M. Mendes : Vous faites référence à la discussion que vous avez eue avec le témoin précédent et avec moi-même. L'article 32 indique clairement que le Gouverneur général nommera un sénateur lorsqu'une vacance se produit. Je fais le lien entre cette disposition et la notion du privilège parlementaire, ce qui veut dire que lorsqu'on refuse de nommer une personne à un siège vacant, et lorsque ce refus mine l'appareil dans ses délibérations ainsi que la représentation adéquate des membres de la confédération, il y a un problème constitutionnel grave.

Le président : Chers collègues, nous allons délibérer à huis clos pendant une courte période, cinq minutes au plus, donc il nous reste certainement assez de temps pour une deuxième série de questions.

Le sénateur Andreychuk : J'aimerais revenir à ma question, car le projet de loi S-224 me préoccupe. Si le premier ministre n'a pas fait de déclaration, je crois que vous affirmez le contraire...

M. Mendes : Je n'ai rien affirmé. J'ai dit que j'avais entendu le sénateur Joyal le dire.

Le sénateur Andreychuk : Disons qu'il n'y a pas eu de déclaration de la part du premier ministre. Il n'y a pas de nomination, pas de déclaration et pas de projet de loi C-20. Seriez-vous toujours de l'avis que nous sommes en période de crise? Je vous le demande pour obtenir une réponse théorique et juridique. Faites abstraction du projet de loi C-20 et de tous les autres projets de loi portant sur la réforme du Sénat, et faites abstraction de toute déclaration de la part du premier ministre actuel ou de qui que ce soit en ce qui concerne la modification de la méthodologie. Comme le dit le sénateur Moore, il a déposé son projet de loi en raison des 14 sièges vacants et de l'obligation de nommer des personnes à ces sièges. Je ne veux pas déformer la position du sénateur Moore.

Le sénateur Moore : Je ne vous laisserai pas faire.

Le sénateur Andreychuk : C'est bien. Je savais que vous étiez un avocat compétent.

As I understand it, the point of the bill is that “shall” means now, and having 14 vacancies warrants moving on this bill.

Mr. Mendes: Again, I refer to section 32, shall appoint on a vacancy, and I tie in Senator Moore’s comments adding that some provinces now are down to 50 per cent of their representation. You link the two together, and even if there were no other statements by the Prime Minister and Bill C-20 did not exist and Bill S-4 did not exist and Bill C-19 did not exist, it is still the same issue.

Senator Andreychuk: Therefore would it have been the same issue with other prime ministers?

Mr. Mendes: Absolutely. I put the table before you, and I think it is legitimate to say that even under Liberal administrations, these vacancies have gone on for too long. I basically stated that this should be changed both for Liberal and for Conservative administrations.

Senator Andreychuk: Or any other party that may come along.

Mr. Mendes: Yes.

Senator Joyal: I have a comment on this point. I think the Prime Minister himself, when he appeared at the Special Senate Committee on Senate Reform, the Hays committee, is on the record in answer to that question.

Senator Oliver: It was a hypothetical.

Senator Joyal: Of course. I only wanted to add that.

Mr. Mendes, I have a slight nuance to your introductory remarks in relation to the powers and privileges of the Senate, and including the membership on the Senate within the definition of the powers and privileges of the Senate.

It might look a little nuanced but, as I understand, the privileges of the Senate are the sets of special powers of the Senate to be able to perform its legislative duty as much as the House of Commons enjoys the same power and privileges under section 18 of the Constitution. You know this very well; you quoted it. In the *Vaid* case, the Supreme Court of Canada unanimously ruled on that quite recently.

You include in those powers and privileges the membership or the composition of the Senate. I do not think we are in the realm of the power and the privileges, unless I misread or misunderstand your presentation. There is a nuance, in my humble opinion, to the power and privileges versus the composition.

Mr. Mendes: It is basically a logical set of analyses asking this question: When does the lack of sufficient senators affect your ability to perform your critical functions? It is more a logical exercise. Will it reach a point where you will not be able to perform your critical functions because of the lack of appointments?

D’après ce que je comprends, le mot « shall » dont la version anglaise désigne une mesure immédiate, et le fait qu'il y ait 14 vacances justifie le traitement accéléré du projet de loi.

M. Mendes : Là encore, je fais référence à l'article 32, qui indique que le Gouverneur général nommera un sénateur lorsqu'une vacance se produit, et je tiens compte de l'observation faite par le sénateur Moore, selon laquelle certaines provinces ont vu leur représentation baissée de 50 p. 100. Vous faites le lien entre ces deux choses, et même s'il n'y a pas de déclaration faite par le premier ministre, même si les projets de loi C-20 et, S-4 et C-19 n'existaient pas, la question demeurerait entière.

Le sénateur Andreychuk : Donc, la situation aurait été la même sous d'autres premiers ministres?

M. Mendes : Tout à fait. Je vous ai fourni un tableau, et je crois qu'il est légitime d'affirmer que même sous les libéraux, les sièges sont demeurés vacants trop longtemps. Mon observation visait à la fois les libéraux et les conservateurs.

Le sénateur Andreychuk : Ou n'importe quel autre parti.

M. Mendes : Oui.

Le sénateur Joyal : J'ai quelque chose à ajouter. Je crois que le premier ministre lui-même, lorsqu'il a comparu devant le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat, le comité Hays, a répondu à la question.

Le sénateur Oliver : C'était une question hypothétique.

Le sénateur Joyal : Bien sûr, mais je voulais le dire.

Monsieur Mendes, j'aimerais commenter votre exposé sur les pouvoirs et les priviléges du Sénat, notamment la composition du Sénat compte tenu de ses pouvoirs et priviléges.

C'est peut-être une nuance, mais à ma connaissance, les priviléges du Sénat sont les pouvoirs particuliers qui lui permettent de s'acquitter de ses devoirs législatifs, tout comme le fait la Chambre des communes en vertu de l'article 18 de la Constitution. Vous le savez très bien, vous l'avez même cité. La Cour suprême du Canada a rendu une décision unanime sur la question récemment dans l'affaire *Vaid*.

Selon vous, les pouvoirs et priviléges sont inhérents à la composition du Sénat. J'ai peut-être mal compris vos propos, mais je ne crois pas que nous évoluons dans le domaine des pouvoirs et priviléges. Il y a nuance, à mon humble opinion, entre les pouvoirs et priviléges et la composition.

Mr. Mendes : En fait, c'est une série d'analyses logiques qui nous amènent à poser la question suivante : à quel point le manque de sénateurs a-t-il une influence sur votre capacité de vous acquitter de vos fonctions essentielles? Ce serait plutôt un exercice de logique. Y aura-t-il un point où vous ne serez pas en mesure d'assumer vos fonctions essentielles à cause de l'absence de nominations?

Senator Joyal: I agree. However, it is our duty to give our advice and consent under section 91 of the Constitution, as you know, to the legislative powers. It is essentially an exercise in which you have to two concurring on advice and consent to one specific bill.

Mr. Mendes: That is right.

Senator Joyal: Then the Governor General or the Queen legislates. It is the Queen who legislates, but only on the concurring advice and consent. It needs both at the same time, on the same issue.

When you arrive at that element of consent, you need a specific power. For instance, you need freedom of expression. You cannot be sued in court for what we say here around this table. It is a very specific power, in our deliberative function trying to understand a bill, trying to debate a bill, trying to exercise the democratic debate, which is opinion, counter-opinion, replica and so forth as the court has defined democratic debate.

Therefore, the composition of the chamber of the Senate or the composition of the House of Commons is not an essential element of the privileges; it is not a specific power. It is an essential element to achieve, of course, the consent. If there is no one around the table, there is no consent or advice.

Mr. Mendes: Absolutely. That is why that logical conclusion has to be that.

Senator Joyal: I think that if the Senate were deprived of an opposition party, there would be a fundamental convention also breached in our democratic system. As the Supreme Court has said clearly, the preamble of the Constitution provides for arguments and counter-arguments. I think we would probably be faced with exactly the same Bill S-224 if one of the parties represented in the Senate were to be totally deprived of its membership.

Mr. Mendes: That is the logical conclusion that I have tried to draw.

Senator Joyal: You understand there is a nuance between the composition of the Senate and the specific powers and privileges that the Senate has, as much as the House of Commons, to express its advice and consent — that is, to deliberate, to exercise its legislative function. That is why, when I read and listen to your presentation, there is a nuance we must make sure that we understand.

Mr. Mendes: I agree.

Senator Murray: I want to add briefly to the arguments that you have made, Professor Mendes, regarding the seriousness of the situation. That British Columbia has only 50 per cent of its representation in the Senate at the moment is a gravely urgent situation. Getting more serious is that Nova Scotia is missing three of its representatives, and even little Prince Edward

Le sénateur Joyal : Je suis d'accord. Toutefois, il nous incombe, en vertu de l'article 91 de la Constitution, qui porte sur les pouvoirs législatifs, de fournir des conseils et d'accorder notre consentement. Au fond, il s'agit d'un exercice où l'on s'entend sur les conseils et le consentement visant un projet de loi en particulier.

M. Mendes : C'est ça.

Le sénateur Joyal : C'est ensuite au tour du Gouverneur général ou de la reine de légiférer. C'est la reine qui légifie, en se fiant cependant aux conseils et au consentement. Il faut donc qu'il y ait ces conseils et ce consentement parallèles sur un projet de loi donné.

Pour ce qui est du consentement, cela exige un pouvoir particulier. Par exemple, il faut avoir la liberté d'expression. Aucun d'entre vous ne sera poursuivi en justice pour ses propos tenus ici pendant une séance. C'est un pouvoir très particulier qui vise nos délibérations servant à comprendre un projet de loi, à en débattre, à entretenir un débat démocratique. La cour a défini le débat démocratique comme étant un échange d'opinions, de répliques et ainsi de suite.

On peut en conclure donc que la composition du Sénat ou de la Chambre des communes ne fait pas partie inhérente des priviléges, ce n'est pas un pouvoir particulier. Cette composition s'avère nécessaire toutefois pour l'obtention du consentement. Si personne n'est présent, il n'y a ni consentement ni conseils.

M. Mendes : Tout à fait. C'est la seule conclusion logique.

Le sénateur Joyal : Je crois que si l'on privait le Sénat de son parti de l'opposition, il y aurait violation de l'une des conventions fondamentales de notre système démocratique. Comme l'a indiqué clairement la Cour suprême, le préambule de la Constitution autorise des affirmations et des contre-affirmations. Je crois qu'un projet de loi pareil au projet de loi S-224 serait déposé si l'un des partis représentés au Sénat n'y avait plus un seul membre.

M. Mendes : C'est la conclusion logique à laquelle je suis arrivé.

Le sénateur Joyal : Vous comprenez qu'il existe une nuance entre la composition du Sénat et ses pouvoirs et priviléges particuliers l'autorisant, tout comme la Chambre des communes, à exprimer ses conseils et son consentement, c'est-à-dire, délibérer, exercer une fonction législative. C'est la raison pour laquelle j'insiste pour dire qu'il y a une nuance à faire afin que nous puissions comprendre votre exposé.

M. Mendes : Je suis d'accord.

Senator Murray : J'aimerais renchérir rapidement sur les arguments avancés par le professeur Mendes quant à la gravité de la situation. La Colombie-Britannique, qui n'a que 50 p. 100 de sa représentation au Sénat actuellement, se trouve dans une situation on ne peut plus urgente. Ce qui est encore plus grave, c'est que la Nouvelle-Écosse est privée de trois de ses

Island, which sets great store by its Senate representation as a balance to representation by population, is down by 25 per cent.

There are other aspects of the situation, actual and potential, that are perhaps more familiar to those of us who sit in this place. For many years we were concerned about what happens during long periods of one-party domination when the ranks of the official opposition in the Senate get dangerously thinned out. When Mr. Diefenbaker became Prime Minister after 22 years of Liberal rule, there were I think six or seven members in the official opposition. No one can pretend that the Senate functioned as it should as a proper legislative body under those circumstances. I remember it and I remember that the Senate would shut down for three weeks at a time, if it pleased it to do so.

When Mr. Clark became Prime Minister, there were 10 or 12 Progressive Conservatives left. He was able to appoint 11.

None of us ever foresaw a situation in which the government would be reduced to a quarter or fewer of the seats in the Senate. However, that is the situation we face today. The government members are very thinly spread across the many active committees that we have; they are too thinly spread. I make no comment and, if I had a comment to make, it would be positive one about the quality of those who are left. However, they are too thinly spread across committees.

It is a convention that it is the responsibility of government senators to maintain quorum. I am telling you that on most days the government senators could not maintain quorum in this place. It is only because of mostly Liberal senators and a few independents that they are able to maintain quorum.

“Crisis” may be too strong a word to describe the situation today, but it is heading in that direction inevitably and inexorably under the situation that we now face. At one point when the opposition ranks were very thin we discussed trying to establish a convention where the government would agree that we would never allow the opposition ranks to diminish below one third of the members of the Senate.

The problem now is that the government ranks are too thin to provide proper leadership to the Senate.

There is a serious problem today. It is urgent in how it affects British Columbia and is affecting Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland and Labrador in terms of representation. It is a growing problem heading for crisis as matters now stand.

Mr. Mendes: I agree with you. That is why, in my discussion with Senator Joyal, I said that you must start thinking about your privileges. Having quorum is part of your privileges. You can see how my logic takes me to that step.

représentants, et même la petite Île-du-Prince-Édouard, qui tient énormément à sa représentation au Sénat pour pallier sa représentation proportionnelle, n'a que 75 p. 100 de ses représentants.

Il y a d'autres aspects de la situation, réels et hypothétiques, que connaissent peut-être mieux les membres qui se trouvent dans cette enceinte. Pendant de nombreuses années, nous étions inquiets en raison des longues périodes dominées par un parti pendant lesquelles l'opposition officielle au Sénat s'amenuisait dangereusement. Lorsque M. Diefenbaker est devenu premier ministre après 22 années de régime libéral, je crois qu'il ne restait que six ou sept membres de l'opposition officielle. Nul ne peut prétendre que le Sénat a fonctionné correctement sur le plan législatif dans de telles circonstances. Je me souviens bien de cette époque pendant laquelle le Sénat cessait ses activités pendant des périodes de trois semaines, selon son gré.

Lorsque M. Clark est devenu premier ministre, il ne restait que dix ou 12 progressistes conservateurs. Il a pu en nommer 11.

Aucun d'entre nous n'a anticipé une situation dans laquelle le gouvernement n'aurait que le quart ou même moins de sièges au Sénat. Toutefois, voilà la situation à laquelle nous sommes confrontés aujourd'hui. Les membres du gouvernement sont répartis parmi les nombreux comités actifs du Sénat et ils ne sont pas en nombre suffisant. Je ne porte aucun jugement, cependant si je devais le faire, je louerais les compétences des membres restants. Il demeure, toutefois, qu'ils sont trop peu pour participer aux comités.

La convention veut qu'il incombe aux sénateurs représentant le gouvernement d'assurer le quorum. Je peux vous affirmer que la plupart des jours, les sénateurs représentant le gouvernement ne peuvent pas assurer le quorum dans cette enceinte. Ce n'est que grâce aux sénateurs pour la plupart libéraux, et à quelques indépendants, que le quorum est maintenu.

Le mot « crise » est peut-être trop fort pour décrire la situation actuelle, mais compte tenu des circonstances, nous nous dirigeons inévitablement et inexorablement vers une crise. À une époque, lorsque les rangs de l'opposition étaient clairsemés, nous avons discuté de la possibilité d'instaurer une convention selon laquelle le gouvernement ne permettrait jamais que les rangs de l'opposition se situent en deçà du tiers.

Nous avons maintenant le problème suivant, à savoir que les rangs du gouvernement sont trop clairsemés pour offrir un leadership adéquat au Sénat.

Le problème est grave. Il urge parce qu'il nuit à la représentation de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve-et-Labrador. C'est un problème croissant et si rien n'est fait, nous nous dirigeons vers une crise.

M. Mendes : Je suis d'accord avec vous. C'est la raison pour laquelle j'ai dit, lorsque je discutais avec le sénateur Joyal, que vous devez commencer à songer à vos priviléges. Le quorum fait partie de vos priviléges. Vous comprenez bien ma progression logique.

The Chair: Colleagues, I will close this portion of this meeting at one o'clock. We will then take less than five minutes for a meeting in camera, which will give us ten minutes before the bells begin to ring. With that in mind, colleagues, we have Senator Moore and a final question from Senator Joyal.

Senator Moore: Professor Mendes, you mentioned at the outset of your comments that you did not have time to address the part of the bill that deals with the sequential calling of by-elections in the House of Commons. However, you said that you would be prepared to answer questions about that issue.

Recently, in the riding of Roberval—Lac-Saint-Jean, the elapsed time between vacancy and writ was 13 days and the time between the vacancy and voting day was 50 days. In the riding of Toronto Centre, the time between vacancy and writ was 172 days and the time between vacancy and voting day was 259 days. Do you think that situation is proper in a modern democracy?

Mr. Mendes: No, I do not, and I will tell you why. I do not think that democracy should be a kind of wrestling match where you basically try to wrestle your opponent into a corner and see what happens. We have inherited our democratic system from Great Britain. Obviously, countries like Great Britain have come to the conclusion that that situation should not go on, and they have put in a limit of about 90 days, if I am correct.

Senator Moore: No, it is shorter than that.

Mr. Mendes: Maybe it is shorter. That occurred in Great Britain because of the understanding that, ultimately, if trust and the avoidance of cynicism by the public are to prevail, you cannot have these types of World Wrestling Federation political tactics that force opponents into a corner and then try to get advantage out of it. That is more a political argument than a legal one, but given that the preamble to our Constitution clearly states that our Constitution is similar to Great Britain's and given that Great Britain has gone through this process and has come to the conclusion that this should be changed, then I think we should take a serious lesson from that.

Senator Moore: Do you have any comment with regard to the Commons by-elections in light of my comment about the constitutional right of citizens to have representations, in this case in the House of Commons? I do not see why one group of people should have a member representing them within 50 days while another group has to wait 8 or 9 months.

Mr. Mendes: That, unfortunately, I think is more a misuse of democratic powers rather than a constitutional violation. However, I think we should take that situation very seriously. If our mother Parliaments have looked at it and gone to a different system, then we should take that seriously.

Le président : Chers collègues, cette partie de la réunion prendra fin à 13 heures. Nous aurons ensuite une séance à huis clos de moins de cinq minutes, ce qui nous laissera dix minutes avant que le timbre ne retentisse. Cela dit, le sénateur Moore a la parole et ensuite le sénateur Joyal pourra poser une dernière question.

Le sénateur Moore : Monsieur Mendes, vous avez indiqué au début de votre exposé que vous n'aviez pas le temps de parler des dispositions du projet de loi qui portent sur le déclenchement d'élections partielles des députés à la Chambre des communes. Toutefois, vous avez indiqué que vous seriez prêt à répondre aux questions à ce sujet.

Tout récemment, dans la circonscription de Roberval—Lac-Saint-Jean, le temps qui s'est écoulé entre la vacance et l'émission du bref a été de 13 jours et le temps qui s'est écoulé entre la vacance et le jour de scrutin a été de 50 jours. Dans la circonscription de Toronto-Centre, il s'est écoulé 172 jours entre la vacance et l'émission du bref et 259 jours entre la vacance et le jour de scrutin. Trouvez-vous que de telles situations conviennent à une démocratie moderne?

M. Mendes : Non, et je vous dirai pourquoi. Je ne crois pas que la démocratie devrait être un bras-de-fer dans le cadre duquel on tente d'écraser son opposant. Nous avons hérité du système démocratique de la Grande-Bretagne. C'est évident que des pays comme la Grande-Bretagne sont arrivés à la conclusion que de telles situations ne peuvent perdurer. Ils ont prévu un délai maximal de 90 jours, si ma mémoire est bonne.

Le sénateur Moore : Non, le délai est encore plus court.

M. Mendes : Peut-être. Le gouvernement de la Grande-Bretagne a pris cette décision parce que s'il voulait jouir de la confiance du public et éviter le cynisme, il faut éviter ces tactiques politiques à la Hulk Hogan qui permettent de coincer ses opposants et d'en tirer parti. Cet argument est davantage politique que juridique, mais compte tenu que le préambule de notre Constitution indique clairement que celle-ci ressemble à la Constitution de la Grande-Bretagne, et compte tenu que la Grande-Bretagne a déjà connu cette situation et est arrivée à la conclusion qu'il fallait changer sa façon de procéder, je crois que le Canada devrait en tirer la même leçon.

Le sénateur Moore : Voulez-vous dire quelque chose au sujet des élections partielles à la Chambre des communes à la lumière de ce que j'ai dit sur le droit constitutionnel des citoyens d'être représentés, en l'occurrence à la Chambre des communes? Je ne comprends pas comment il se fait qu'un groupe de citoyens soit représenté par un député après moins de 50 jours alors qu'un autre groupe doit patienter huit à neuf mois.

M. Mendes : Malheureusement, je pense qu'il s'agit d'un mauvais usage de pouvoirs démocratiques plutôt qu'une violation de la Constitution. Toutefois, je pense que nous devons prendre cette situation très au sérieux. Si les Parlements dont notre système s'est inspiré se sont penchés sur cette question et ont changé de système, nous avons intérêt à prendre cela au sérieux.

What do we want to achieve with this type of game playing? When you see the turnouts in elections these days, that should be one of the most worrying aspects for anyone interested in keeping our democratic system stable. The turnouts in Alberta, and potentially now in other provinces, is something to be really concerned about. Why is that? It is because of the increasing cynicism and lack of trust by the population in the games that are being played.

Senator Moore: Did you look at that aspect of Bill S-224, or did you just focus on the Senate?

Mr. Mendes: As much as I support what you are doing, I would recommend splitting it because there is less of a constitutional focus on the by-elections than there is on the Senate. I think you have a strong piece of legislation if you focus only on the Senate and discuss the differences between the practice now in Great Britain and ourselves on the political level.

Senator Moore: We had evidence yesterday about that from other witnesses.

Senator Joyal: Professor Mendes, I want to draw your attention to the element that I was referring to in my earlier question regarding the need for contradictory debates in the chambers of Parliament to maintain democracy. I want to refer you to the Supreme Court decision of 1938 in the *Reference re Alberta Statutes* case, a very famous case presided over by Justice Duff. I am sure that Professor Oliver will know who Justice Duff is. I am quoting from *Protecting Canadian Democracy*. In all fairness, I am not quoting from my own writing, senator; I am quoting from Professor Rémillard's writing.

The quotes from Justice Duff's decision are as follows:

Under the Constitution established by [The Constitution Act, 1867], legislative power for Canada is vested in one Parliament consisting of the Sovereign, an upper house styled the Senate, and the House of Commons. . . .

The preamble of the statute, moreover, shows plainly enough that the constitution of the Dominion is to be similar in principle to that of the United Kingdom. The statute contemplates a parliament working under the influence of public opinion and public discussion. There can be no controversy that such institutions derive their efficiency —

That is the quote I want to insist upon. It goes on to state:

— from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack; from the freest and fullest political proposals.

À quoi ça sert, ce jeu? Si on veut vraiment s'assurer que notre système démocratique demeure stable, eh bien nous devrions nous préoccuper davantage des faibles taux de participation aux élections de nos jours. Le taux de participation en Alberta, et éventuellement dans d'autres provinces, est très inquiétant. Pourquoi? Eh bien, la population fait de moins en moins confiance aux élus et est de plus en plus cynique face aux jeux politiques.

Le sénateur Moore : Vous vous êtes penché sur cet aspect-là du projet de loi S-224, ou est-ce que vous avez simplement mis l'accent sur le Sénat?

M. Mendes : Même si j'appuie votre démarche, à mon avis, il vaudrait mieux scinder le projet de loi puisqu'on met moins l'accent sur la constitutionnalité des élections partielles que sur le Sénat. C'est un projet de loi qui a le potentiel d'être robuste, mais seulement si on met l'accent sur le Sénat et tient compte des différences au niveau des pratiques politiques entre la Grande-Bretagne et le Canada.

Le sénateur Moore : Nos invités d'hier en ont témoigné.

Le sénateur Joyal : Monsieur Mendes, je veux attirer votre attention sur la question que j'ai posée tout à l'heure concernant la nécessité de débats contradictoires dans les Chambres du Parlement qui permettent de maintenir notre démocratie. J'aimerais vous parler de la décision de la Cour suprême en 1938 dans l'affaire *Reference re Alberta Statutes*, une affaire célèbre présidée par le juge Duff. Je suis certain que M. Oliver sait de qui je parle. Je cite le livre *Protéger la démocratie canadienne*. Je dois dire que je ne cite pas mes propres propos, sénateur; je cite les propos du professeur Rémillard.

Alors, voici les citations tirées de la décision du juge Duff :

En vertu de la Constitution établie par [l'Acte de l'Amérique du Nord de 1867], la compétence législative du Canada est conférée dans un Parlement constitué du Souverain, d'une Chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des communes, qui est investie du pouvoir législatif pour le Canada [...]

En outre, le préambule de la Loi indique assez clairement que la Constitution du Dominion doit ressembler en principe à celle du Royaume-Uni. La loi prévoit un Parlement dont l'activité est influencée par l'opinion et la discussion publique. Il ne peut y avoir de controverse au sujet du fait que ces institutions tirent leur efficience...

Et c'est sur cette citation que je veux insister. Ça se poursuit comme suit :

... de la libre discussion publique des affaires, de la critique, de la réponse et de la contre-critique, des attaques qui visent les politiques et l'administration, de leur défense et de leur contre-attaque, des propositions publiques les plus libres et les plus complètes.

It is quite clear that in order for a chamber to act, there must be contradiction. We must be of different views. We must attack one another not personally, but on the merits of what we propose and what we suggest.

This principle is enshrined in the preamble, as Justice Duff said in 1938, more than 50 years ago. If the Senate, as a chamber, is not in a position to act efficiently — that is, to have those kinds of differences of opinions, ideas, nuances, amendments, sub-amendments, and all the deliberative functions and legislative functions that we enjoy — then we cannot give the advice and consent that is requested from us.

Mr. Mendes: You have just explained in a different way what I am talking about in terms of your parliamentary privileges being undermined.

The Chair: Senator Joyal was asking whether you agree.

Professor Mendes, thank you very much. As usual, this was a most stimulating and interesting session. We are very grateful to you.

The committee continued in camera.

Il est assez clair que pour que la Chambre intervienne, il doit y avoir contradiction. Il doit y avoir une divergence d'opinions. Il faut s'en prendre les uns aux autres non pas sur le plan personnel, mais sur les mérites de ce que nous proposons et ce que nous faisons valoir.

Ce principe est enraciné dans le préambule, comme l'a dit le juge Duff en 1938, depuis plus de 50 ans. Si le Sénat, en tant que Chambre, n'est pas à même d'intervenir avec efficience — c'est-à-dire, d'être confronté à des divergences d'opinions, d'idées, des nuances, des modifications, des sous-amendements, et toutes les fonctions délibératives et législatives dont nous jouissons — eh bien, nous ne sommes pas en mesure de prodiguer les conseils et de donner le consentement voulu.

M. Mendes : Vous venez d'expliquer d'une autre façon ce que je disais au sujet de vos priviléges parlementaires et de la manière dont ils sont minés.

Le président : Le sénateur Joyal vous demandait si vous étiez d'accord.

Merci beaucoup, professeur Mendes. Comme d'habitude, c'était une discussion fort intéressante et palpitante, et nous vous en sommes très reconnaissants.

Le comité poursuit ses travaux à huis clos.



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, April 30, 2008

As individuals:

C.E.S. (Ned) Franks, Professor Emeritus, Department of Political Studies, Queen's University;

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

Don Desserud, Professor, Department of Political Science, University of New Brunswick;

David Smith, Professor Emeritus, Department of Political Studies, University of Saskatchewan.

Thursday, May 1, 2008

As individuals:

Gérald R. Tremblay, Partner, McCarthy Tétrault LLP;

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

TÉMOINS

Le mercredi 30 avril 2008

À titre personnel :

C.E.S. (Ned) Franks, professeur émérite, Département d'études politiques, Université Queen's;

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

Don Desserud, professeur, Département de science politique, Université du Nouveau-Brunswick;

David Smith, professeur émérite, Département d'études politiques, Université de la Saskatchewan.

Le jeudi 1^{er} mai 2008

À titre personnel :

Gérald R. Tremblay, partenaire, McCarthy Tétrault LLP;

Errol P. Mendes, professeur, Section de common law, faculté de droit, Université d'Ottawa.