



Le 17 avril 2016

L'honorable Tom McInnis
Sénat du Canada Ottawa
(Ontario) K1A 0A4

Monsieur le Sénateur,

Je vous remercie de m'avoir invité à comparaître devant le Comité sénatorial spécial sur la modernisation du Sénat. J'ai bien aimé cette expérience et les discussions subséquentes.

J'ai refusé de répondre à une question du sénateur Paul Massicotte, qui me demandait si le Sénat avait le pouvoir, dans les faits, de changer la manière dont son président est choisi, c'est-à-dire en mettant en place un système de vote à scrutin secret similaire à celui en place actuellement à la Chambre des communes. Cela pourrait-il se faire sans une modification constitutionnelle?

À première vue, je croyais que la réponse serait simple. Ce n'est pas le cas. L'article 34 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit clairement que le président du Sénat est choisi par le gouverneur général. Tout changement à ce processus nécessiterait par conséquent une modification constitutionnelle.

Toutefois, plus j'y pensais, plus la question se compliquait. J'ai maintenant passé quelques jours à examiner cette question et, avec votre accord, je voudrais vous faire part de mes réflexions qui sont, je tiens à le préciser, préliminaires.

Veuillez agréer, Monsieur le Sénateur, mes salutations distinguées.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Donald A. Desserud".

Donald A. Desserud, Ph. D.
Professeur de sciences politiques

550 University Avenue, Charlottetown, Île-du-Prince-Édouard, Canada C1A 4P3

people • excellence • impact

Élection du président du Sénat : Réflexions préliminaires

Don Desserud, Ph. D.
Université de l'Île-du-Prince-Édouard

Le président de la Chambre des communes du Canada est élu par les membres de cette chambre (*Loi constitutionnelle de 1867*, article 44). Il s'agit d'une tradition intégrée dans le système de Westminster qui remonte à une époque où les Communes étaient constituées d'un groupe de pétitionnaires représentatifs qui souhaitaient impressionner le roi avec leur longue liste de griefs (Lyon, 2003: 105-106). Le roi refusait de répondre à leurs griefs jusqu'à ce qu'ils choisissent un porte-parole, et ils nommaient donc leur « président ». La réponse éventuelle du roi était bien sûr le discours du Trône.

Au Canada, pendant un temps, l'« élection » du président n'était qu'une formalité. Par convention, le président était choisi par le premier ministre. Une élection avait tout de même lieu, mais puisque le scrutin n'était pas secret, le parti de la majorité – et son chef – choisissait le président en devenir. Toutefois, cette pratique a pris fin en 1986 à la suite des changements apportés au *Règlement* dans le cadre de la mise en œuvre partielle des recommandations du rapport du Comité Lefebvre et du rapport du Comité McGrath. La recommandation la plus importante mise en œuvre à ce moment était l'introduction du vote secret comme moyen pour choisir le président. Ainsi, aux premières heures du 1^{er} octobre 1986, et après onze tours de scrutin, John Fraser est devenu le trente-deuxième président de la Chambre des communes et le premier président élu en utilisant ce processus (Levy, 1986/87).

Comme les honorables sénateurs le savent, le président du Sénat n'est pas élu par les sénateurs. L'origine historique du rôle de président du Sénat est différente et inspirée du poste de Président de la Chambre des Lords britannique, un titre et une fonction déjà occupés par le lord chancelier de la Chambre des lords du Parlement britannique, qui a précédé le président des Communes. Tout comme le lord chancelier était nommé par le monarque¹, le président du Sénat est nommé par le gouverneur général (tous les deux sur avis de leur premier ministre respectif). Le pouvoir du gouverneur général de nommer le président se trouve dans l'article 34 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « Le gouverneur général pourra, de temps à autre, par instrument sous le grand sceau du Canada, nommer un sénateur comme orateur du Sénat, et le révoquer et en nommer un autre à sa place ».

Dans le cas du processus de sélection du président de la Chambre des communes, l'adoption du scrutin secret n'a pas eu d'effet sur la disposition constitutionnelle voulant que le président soit élu. Toutefois, il semble qu'un changement similaire pour permettre l'élection du président du Sénat constituerait un changement à la disposition constitutionnelle voulant que le président soit nommé, et qu'il le soit par le gouverneur général. Lorsqu'il était président du Sénat, on a demandé à l'honorable Dan Hays si un projet de loi, faisant l'objet d'un débat et dont l'objectif était de prévoir l'élection du président, nécessiterait une recommandation du gouverneur général (sanction royale). Les projets de loi ayant des répercussions sur les prérogatives et les pouvoirs du gouverneur général requièrent une telle recommandation. Ce projet de loi aurait-il un effet sur les prérogatives et pouvoirs du gouverneur général? Le président Hays croit que oui, parce que le

¹ Après la *Constitutional Reform Act* de 2005, le poste de Président de la Chambre des lords a été séparé de celui de lord chancelier. Le Président de la Chambre des lords est maintenant élu par les membres de la Chambre des lords.

projet de loi aurait un effet sur le pouvoir du gouverneur général de nommer des sénateurs, comme le prévoit l'article 34 de la *Loi constitutionnelle de 1867*². Ainsi, il est raisonnable de conclure qu'instituer une élection pour le rôle de président du Sénat nécessiterait une modification constitutionnelle.

Néanmoins, la question n'est pas si simple (elle ne l'est jamais).

Premièrement, si une modification constitutionnelle devait être effectuée, quelle formule devrait être utilisée? Je tends à être d'accord avec le sénateur Hays, qui estimait également qu'il serait possible de modifier la façon de choisir le président en utilisant la formule de modification contenue dans l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Hays, 2007: 21; voir aussi Hays, 2009). Cette formule se lit comme suit : » Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes ».

Deuxièmement, ce changement constituerait-il une altération des pouvoirs (et donc du bureau) du gouverneur général. Si le gouverneur général n'était plus en mesure de nommer un président à cause d'un changement à la procédure, cela ne constituerait-il pas une limite imposée à son pouvoir de prérogative? Dans l'affirmative, l'institution de l'élection du président du Sénat nécessiterait-elle donc une modification constitutionnelle conformément à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la règle de l'unanimité (qui exige l'appui de toutes les provinces du Canada de même que celui du Parlement du Canada)³?

C'est possible, mais cela exigerait que l'expression « le Bureau du gouverneur général » ait beaucoup de poids. Est-il raisonnable de lire cette expression comme si elle signifiait *toutes les fonctions* exercées par ce bureau? Ou « bureau » signifie-t-il simplement le poste lui-même?

Peut-être pourrions-nous tirer des leçons du récent Renvoi sur le Sénat (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32.). On pourrait affirmer que le changement du mode de sélection des sénateurs a eu un effet sur le bureau du gouverneur général. Cependant, la Cour suprême a préféré choisir l'intention la plus claire de l'alinéa 42 s.1(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (les pouvoirs du Sénat et la méthode de sélection des sénateurs) selon laquelle, pour changer la façon dont les sénateurs sont choisis, il faudrait utiliser la formule générale et non la règle de l'unanimité. De même, l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la *Constitution* du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes) devrait inclure toute tentative par le Sénat de changer la façon dont le président est choisi, puisqu'il s'agit bel et bien d'un changement administratif. Bien que cela puisse améliorer le fonctionnement du Sénat, cela ne modifie en rien son caractère, sa capacité de représenter les provinces et sa fonction de chambre de second examen objectif.

² Voir la décision du président à propos du projet de loi S-13 du sénateur Donald Oliver, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 et la Loi sur le Parlement du Canada (présidence du Sénat) : *Journaux du Sénat*, 1^{re} session, 38^e législature, mercredi 17 novembre 2004. La question précise dans ce cas, toutefois, était de déterminer s'il était approprié de débattre d'un projet de loi avant de recevoir un tel avis.

³ Article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;

Or, il y a un autre problème : le libellé précis de l'article 34 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est intéressant et inhabituel, et pourrait fournir une certaine marge de manœuvre, et éviter de devoir recourir à une modification constitutionnelle.

L'article 34 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se lit comme suit : « Le gouverneur général pourra, de temps à autre, par instrument sous le grand sceau du Canada, nommer un sénateur comme orateur du Sénat, et le révoquer et en nommer un autre à sa place. » (je souligne)⁴

Il importe de noter l'utilisation du mot « pourra » par contraste avec le mot « seront » utilisé notamment à l'article 13 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « Les dispositions de la présente loi relatives au gouverneur général en conseil *seront* interprétées de manière à s'appliquer au gouverneur général agissant de l'avis du Conseil Privé de la Reine pour le Canada »;

Article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « Le gouverneur général *mandera* de temps à autre au Sénat, au nom de la Reine et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues; et, sujettes aux dispositions de la présente loi, les personnes ainsi mandées *deviendront* et *seront* membres du Sénat et sénateurs »;

Article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « Le gouverneur général *convoquera*, de temps à autre, la Chambre des communes au nom de la Reine, par instrument sous le grand sceau du Canada ».

Pensons maintenant à la différence dans ces articles si l'on substituait le conditionnel au futur simple.

La différence entre le futur simple et le conditionnel dans les documents juridiques a fait l'objet de bien des débats. Le *Black's Law Dictionary* indique que dans la construction des lois, l'utilisation du conditionnel par rapport au futur simple prescrit la discrétion ou le choix entre deux possibilités ou plus (5^e éd., 1979 : 883). Cependant, ce ne sont pas tous les juristes qui s'entendent pour dire que ces mots sont utilisés avec une intention précise et qu'ils ont une portée particulière (pour discussion, voir Kirk, 1970-1971; Charrow, 1982 : 186; et Issacharoff, 2001: 644). Nous devrions également faire preuve de prudence quant à l'imposition d'une signification exacte à des mots qui pourraient (!) avoir été utilisés sans une telle précision il y a 150 ans.

Cela dit, le libellé me porte à croire que la nomination du président par le gouverneur général était peut-être destinée à être une mesure temporaire. Dans leur hâte pour mettre le Parlement sur pied, les auteurs de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* ont convenu de se pencher sur plusieurs dispositions à une date ultérieure (Ward, 1950 : 62; 1957, 531)⁵. Certaines de ces dispositions sont surprenantes, notamment les qualifications pour être élu à la

⁴ La version anglaise se lit comme suit : « The Governor General may from Time to Time, by Instrument under the Great Seal of Canada, appoint a Senator to be Speaker of the Senate, and may remove him and appoint another in his Stead. »

⁵ Article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

Chambre des communes et même les qualifications pour voter. L'objectif, toutefois, était de mettre le Parlement sur pied, de le rendre opérationnel, puis de régler les autres détails.

Je suis conscient que c'est un peu fort, mais il est possible que cet étrange libellé signifie que le président du Sénat serait nommé par le gouverneur général jusqu'à ce que le Sénat trouve le moyen de le faire lui-même. Je n'ai pas de preuve en ce sens, mais j'ai l'intention d'étudier les premiers débats pour voir si je pourrai y trouver quelque chose. Soit dit en passant, la signification de la disposition (article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) selon laquelle le Sénat serait l'organe décideur de la vacance d'un siège au Sénat (parce qu'un sénateur n'est pas admissible) a fait l'objet d'un débat au Sénat en 1884. Le débat visait à déterminer quel pouvoir au juste cette disposition donnait au Sénat. Cela signifie-t-il qu'ils pouvaient recommander une disqualification, ou qu'ils pouvaient également mettre en œuvre une disqualification? Peut-être y a-t-il eu un débat similaire sur la nomination du président.

Quoi qu'il en soit, l'article 34 de la *Loi constitutionnelle de 1867* semble indiquer que le gouverneur général n'est pas obligé de nommer un président, ce qui laisse supposer qu'il aurait la prérogative nécessaire pour céder cette tâche au Sénat, s'il le désirait. Cela ne pourrait pas lui être imposé, mais sans doute lui être demandé. Si une telle demande était acceptée (et je suppose qu'il existe une manière formelle de la reconnaître), le Sénat serait libre de déterminer lui-même la procédure pour élire un président.

Il reste une question, c'est-à-dire que le gouverneur général agit seulement sur avis du premier ministre. C'est sans doute une question sans intérêt puisque je ne crois pas que le premier ministre actuel s'opposerait aux changements discutés. Cependant, d'un point de vue constitutionnel, c'est un autre point intéressant. Quelle serait, pour les besoins de la discussion, la position constitutionnelle si le premier ministre insistait pour dire que lui seul a le « droit » de choisir le président du Sénat, quoique toujours sous la forme d'un avis au gouverneur général? Je me pose des questions depuis longtemps sur les limites de l'avis que donne un premier ministre à un gouverneur général, de même que sur les limites de la Chambre des communes et sa capacité (ou son incapacité) d'influencer les procédures et les fonctions du Sénat⁶. Il s'agit peut-être ici d'un exemple de cette limite.

À quel titre le premier ministre donnerait-il son avis sur le choix d'un président du Sénat? À titre de chef de l'exécutif politique ou de chef de la majorité à la Chambre des communes? Évidemment, le premier ministre demeure la seule personne pouvant conseiller le gouverneur général sur les personnes à nommer au Sénat. Mais autrement, le premier ministre a-t-il le droit d'influencer la façon dont le Sénat administre ses propres procédures et affaires? Je comprends que le gouverneur général serait placé dans une situation intenable s'il devait décider entre le président recommandé par le premier ministre et celui choisi par le Sénat; toutefois, à mon avis, il

⁶ La récente « crise » de la prorogation a engendré maints débats à savoir si la gouverneure générale était obligée d'accepter l'avis du premier ministre, et à partir de quel moment elle ne le ferait pas (pour plus de détails, voir MacDonald, 2011). En ce qui a trait à la relation entre les Communes et le Sénat, je songe au conflit historique entre la Chambre des communes et le Sénat sur le droit de ce dernier de modifier des projets de loi à incidence financière. Le paragraphe 80(1) du *Règlement* de la Chambre des communes indique que : « Il appartient à la Chambre des communes seule d'attribuer des subsides et crédits parlementaires au Souverain. Les projets de loi portant ouverture de ces subsides et crédits doivent prendre naissance à la Chambre des communes, qui a indiscutablement le droit d'y déterminer et désigner les objets, destinations, motifs, conditions, limitations et emplois de ces allocations législatives, sans que le Sénat puisse y apporter des modifications ». Il s'agit là d'une affirmation contredite par *Le Rapport du Comité spécial chargé de déterminer les droits que possède le Sénat en matière de lois de finances* (le *Rapport Ross*), déposé au Sénat le 9 mai 1918. Pour discussion, voir Albinski, 1963.

aurait tout intérêt à choisir la personne sélectionnée par les sénateurs eux-mêmes. Étant donné que le Sénat n'est pas une chambre de confiance, le premier ministre ne serait pas en mesure (je ne crois pas) de dire que le fait d'ignorer son avis équivaut à un retrait de la confiance du gouverneur général envers lui.

Finalement, les deux chambres doivent agir, et être capables d'agir, de façon indépendante si l'on souhaite préserver l'équilibre imaginé par les auteurs, et réitéré par la Cour suprême.

Albinski, 1963. Henry S. Albinski, « The Canadian Senate: Politics and the Constitution », *The American Political Science Review*, 57: 378-391.

Charrow, 1982. Veda R. Charrow, Jo Ann Crandall et Robert P. Charrow, « Characteristics and Functions of Legal Language », chapitre 6 de Richard Kittredge et John Lehrberger, éditions *Sublanguage: Studies of Language in Restricted Semantic Domains*, Berlin: Walter de Gruyter.

Hays, 2007. Dan Hays, « Renewing the Senate of Canada: A Two-Phase Proposal », 25 mai. Article non publié, 42 p.

Hays, 2009. Dan Hays, « Modernisation de quelques dispositions constitutionnelles désuètes portant sur le Sénat », *Revue parlementaire canadienne*, 32: 21-25.

Issacharoff, 2001. Samuel Issacharoff, « Political Judgements », *University of Chicago Law Review*, 68: 637-656.

Kirk, 1970-1971. Maurice Kirk, « Legal Drafting : The Ambiguity of ‘And’ and ‘Or’ », *Texas Tech Law Review*, 2: 235 -

Levy, 1986/1987. Gary Levy, « Un soir inoubliable : la première élection d'un président au scrutin secret », *Revue parlementaire canadienne*, 9 : 10-14.

Lyon, 2003. Ann Lyon, « *Constitutional History of the United Kingdom* », London : Cavendish Publishing Limited.

MacDonald, 2011. Nicholas A. MacDonald et James W.J. Bowden, « Prorogation : aucune latitude pour le gouverneur général », *Affaires parlementaires canadiennes*, 34.1: 9-16.

Ward, 1950. Norman Ward, *The Canadian House of Commons : Representation*, Toronto: Presse de l'Université de Toronto.

Ward, 1957. Norman Ward, « Called to the Bar of the House of Commons », *La Revue du Barreau canadien*, mai : 529-46.